
ANTITRUSTE OU DIREITO DA CONCORRÊNCIA, INTERNACIONAL

Jürgen Basedow¹
Professor Dr. Dr. h.c. da Universidade de Hamburgo e
Diretor do Instituto Max Planck

Tradução de Maria Rosa Guimarães Loula,
Tatiana de Campos Aranovich e
Virgínia de Melo Dantas

SUMÁRIO: A. Natureza e objetivo; B. O *enforcement*² da Lei da Concorrência doméstica às situações fáticas transnacionais; 1 Abordagens Nacionais; 2 Limites impostos pelo Direito Internacional; C Unificação Internacional do Direito da Concorrência; 1 Considerações sobre Políticas; 2 Projetos de Harmonização e de Unificação; D Mecanismos de Cooperação e de Coordenação; 24 E O *enforcement* do Direito da Concorrência estrangeiro; F Conclusão.

1 O texto do Professor Jürgen Basedow, no original em inglês, constitui um verbete da Enciclopédia de Direito Internacional Público do Instituto Max Planck (Max Planck Encyclopedia of Public International Law), publicada pela Oxford University Press. Por esse motivo, o Autor emprega símbolos, como setas, e remissões em colchete. Tais recursos indicam ao leitor a possibilidade de leitura adicional sobre os temas em outras partes da Enciclopédia.

2 A definição do termo *enforcement* abrange diversos conceitos jurídicos, tais como coação, aplicação, observância das leis, “*advocacy*”, dentre outros, motivo pelo qual se opta pela permanência do termo na língua de origem, para evitar qualquer modificação diante do proposto pelo Autor.

A NATUREZA E OBJETIVO

1. O Direito da Concorrência Internacional trata da implementação, em âmbito internacional, de leis e princípios criados para combater restrições a concorrência em âmbito privado. Enquanto que a concorrência pode ser restringida por medidas estatais (v.g. direitos aduaneiros, cotas para exportação e importação, monopólios estatais e subsídios), este artigo tratará apenas de restrições de concorrência em âmbito privado. O artigo tampouco cobrirá a questão da lei de concorrência injusta. O principal objetivo desse tipo de lei é a paridade da concorrência, não a concorrência em si. Ao passo que tal lei possa ter o mesmo ímpeto da lei antitruste em alguns casos, ela também pode servir para restringir a concorrência em outros.

2. O Direito da Concorrência é essencialmente aplicado pelas autoridades estatais e, em alguns casos, pela justiça criminal. Adicionalmente, a *enforcement* da lei no âmbito da responsabilidade privado (*private enforcement*) tem um importante papel nos EUA, e este papel vem crescendo na Europa. Dependendo do tipo de *enforcement* da lei, o Direito da Concorrência Internacional toma parte no → Direito Administrativo Internacional, no → Direito Internacional Criminal ou no → Direito Internacional Privado. Seja qual for seu lugar no sistema, princípios genéricos de Direito Internacional Privado podem controlar seu emprego (→ Direito Internacional Geral [*Princípios, Regras e Padrões*]).

3. A disciplina tem se desenvolvido ao redor do mundo em diferentes épocas. Essencialmente, iniciou-se nos EUA com o *Sherman Act* de 1890, o qual foi posteriormente complementado pelo *Federal Trade Commission Act* de 1914 e o *Clayton Antitrust Act*, do mesmo ano. Enquanto esses estatutos legais tornavam a cartelização e a monopolização crimes, muitos países europeus favoreciam cartéis e monopólios naquele tempo, ou até mesmo os tornaram compulsórios. O conflito na política econômica existiu até as décadas de 1960 e 1970 e, repetidamente, gerou tensões diplomáticas e disputas legais. Eles diminuíram em números somente depois de a Comunidade Européia (CE) ser instituída e de iniciada a segunda fase do desenvolvimento do Direito da Concorrência. As proibições aplicáveis diretamente a cartéis e a abusos de posição dominante, colocados no Tratado da CE e no Ato alemão contemporâneo contra restrições à concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* [*Kartellgesetz*]), foram o ponto de partida de um desenvolvimento na Europa Ocidental que conduziu à adoção, por todos os Estados membros da CE, de estatutos antitruste confeccionados mais ou menos com base nos artigos 81 e 82 do Tratado da CE. A terceira fase do desenvolvimento mundial do Direito da Concorrência iniciou-se após a queda de regimes socialistas, ocasião em que o modelo de planejamento central da Economia perdeu sua atração. Desde então, quase 100 países ao redor do mundo aprovaram estatutos legais de concorrência.

4. Os problemas que surgiram no âmbito do Direito da Concorrência Internacional alteraram-se no curso dos três estágios acima definidos.

Enquanto eles se focavam em pretensões de jurisdição conflitantes na primeira fase, a necessidade de uma estrutura de cooperação e assistência mútua tornou-se mais e mais visível, na medida em que estava crescendo o número de países que essencialmente perseguiram os mesmos objetivos políticos, por exemplo, o combate a comportamentos anticoncorrenciais. Toda a gama de problemas do Direito da Concorrência Internacional inclui: o alcance da aplicação da lei de foro contra práticas anticoncorrenciais; regras de conflito que requerem a aplicação de uma lei estrangeira contra práticas anticoncorrenciais; regras substantivas específicas introduzidas para lidar com situações transnacionais, *vg.*, regras que estabelecem a extensão geográfica do mercado relevante ou que determinam a relevância da legislação estrangeira ou atos executivos para o *enforcement* da lei de concorrência doméstica; questões de procedimento civil e administrativo internacional, tais como efetuar citações e notificações em atos estrangeiros ou conduzir investigações no exterior, as restrições colocadas sobre legisladores nacionais pelo Direito Internacional e a harmonização e aproximação internacional das legislações contra comportamentos anticoncorrenciais.

B O *ENFORCEMENT* DE LEI DA CONCORRÊNCIA DOMÉSTICA ÀS SITUAÇÕES FÁTICAS TRANSNACIONAIS

5. Na ausência de um regime internacional de Direito da Concorrência, fica a cargo do Direito Interno proteger, no âmbito internacional, a concorrência de restrições. Isso levanta duas questões: (1) Até que ponto a lei nacional comanda sua própria aplicação a situações fatuais transnacionais? Esse é um problema de lei doméstica e, em particular, das regras nacionais do conflito de leis (veja parágrafos 6–11 abaixo). Estatutos nacionais de defesa da concorrência irão lidar com essa questão seja por força de envolvimento nas previsões singulares de leis substantivas, seja por regras separadas de conflito de leis. (2) Está a aplicação como ordenado pelo Direito da Concorrência doméstico conforme com o Direito Internacional Público? Essa questão está relacionada particularmente a princípios conhecidos de → Direito Internacional costumeiro (veja parágrafos 12–16 abaixo).

1. ABORDAGENS NACIONAIS

6. O alcance de aplicação da lei de concorrência doméstica não está, de modo algum, uniformemente regulado. Quatro tipos de regras para conflitos foram distinguidas no passado, três dos quais anda subsistem: territorialidade subjetiva ou restrita, pseudoterritorialidade, a teoria dos efeitos e a abordagem equilibrada.

7. Na visão tradicional, o *enforcement* de lei doméstica pressupõe que o agente de fato esteja presente e cometa os atos relevantes no país. Como explicado pela *US Supreme Court* em 1909, entende-se que:

[a] regra geral e quase universal... de que o caráter de um ato, como legal ou não, deve ser determinado inteiramente pela lei do país onde o ato é realizado... Para outra jurisdição, se acontecesse de apreender o agente, de conferir a ele tratamento de acordo as noções daquela jurisdição, ao invés de conforme as noções da jurisdição do lugar onde cometeu os atos, isso não só seria injusto como seria uma interferência na autoridade de outra soberania, contrária ao *comity of nations*, o que o outro Estado envolvido justamente poderá desaprovar (*American Banana Co v United Fruit Co* [1909]).

Esse conceito de territorialidade está ligado à presença do agente no país e ao local onde o ato foi cometido; se efeitos foram produzidos no território de outro Estado é irrelevante. Portanto, o conceito pode ser chamado de territorialidade subjetiva ou restrita. Em especial, a Grã-Bretanha aderiu a este princípio sob o chamado *forms legislation* até recentemente.

8. Com o passar do tempo, comportamentos transnacionais cometidos em um país e produzindo efeitos em outro se tornaram mais e mais frequentes. Tais práticas claramente demonstram que, além do lugar onde os atos relevantes foram cometidos, pode existir uma conexão de território adicional a outro país, ou seja, o país onde a competição é restringida. Assim como o tiro de uma arma descarregada no Estado A e matando uma vítima no Estado B tem uma conexão territorial com ambos os países, um cartel acordado em A e colocado em operação em B tem uma conexão com os territórios de ambos os Estados. Essa observação fez surgir diferentes regras de conflitos.

9. A Corte Europeia de Justiça (CEJ), apesar de aderir à linguagem de territorialidade, tem apoiado duas regras conflitantes que podem afetar atos estabelecidos e agindo fora da CE. A abordagem pode, portanto, ser caracterizado como pseudoterritorial. A CEJ tem sustentado que existe conexão territorial suficiente entre uma companhia atuante estabelecida e incorporada num Estado não-membro e a CE, se uma subsidiária daquela companhia, apesar de ter personalidade jurídica distinta, estiver estabelecida na CE (*Imperial Chemical Industries Ltd v Commission of the European Communities* [1972] 662). Até se esse não for o caso, atos conduzidos fora da CE por uma corporação estrangeira ainda podem estar sujeitas à lei de concorrência da CE se as restrições de concorrência puderem ser implementadas dentro da CE (*Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] 5243 parágrafos 16–18). Contudo, a abordagem é muito próxima à teoria dos efeitos que a CEJ não aprovava. Isso pode dever-se ao fato que a Grã Bretanha, um dos Estados membros, havia expressado previamente a visão de que a doutrina de efeitos não estaria de acordo com o Direito Internacional (veja parágrafos 12–16 abaixo).

10. O terceiro tipo de regra de conflito é a teoria dos efeitos. Seu raciocínio está enraizado no Direito da Concorrência substantivo ao qual diz respeito, não aos atos em si, mas aos seus efeitos sobre a concorrência. Portanto, o fator de conexão apropriado para a aplicação do estatuto legal

da concorrência não é a ligação territorial de um ato ou do agente, mas o efeito daqueles atos na concorrência do mercado doméstico. A teoria dos efeitos foi adotada pela primeira vez no famoso caso *Alcoa* nos EUA em 1945 (*US v Aluminium Co of America* [1945]) e foi depois confirmada pela Corte Suprema dos EUA. No caso *Hartford Fire Insurance Co et al v California et al* (1993), essa Corte demonstrou estar “bem estabelecido agora que se aplica o Sherman Act a condutas estrangeiras que pretendiam produzir, e de fato produziram, algum efeito material nos Estados Unidos da América” (at 796). Tais efeitos têm que ser “diretos, materiais e razoavelmente previsíveis” (veja agora o *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* [1982]). Na Alemanha, a teoria dos efeitos foi codificada pela legislação em 1957, e muitos países aderiram à mesma abordagem em suas legislações nesse período (veja Basedow [2002] 28; Schwartz e Basedow parágrafos 67–73). Considerando que o *enforcement* do Direito da Concorrência doméstico depende, à luz da teoria dos efeitos, de efeitos produzidos no mercado doméstico, essa regra de conflito subentende a não obrigatoriedade de seu *enforcement* a todos os atos anticoncorrenciais que forem exclusivamente dirigidos a mercados estrangeiros, em particular os chamados cartéis de exportação puros. Contudo, essa exceção está perdendo significância ao passo que barreiras de mercado nacionais são derrubadas no curso da → globalização; como uma consequência, práticas anticoncorrenciais frequentemente terão alguma repercussão no mercado doméstico.

11. Ambas a teoria dos efeitos e a abordagem pseudoterritorial podem levar a conflitos de jurisdição. Eles surgem quando o Estado A, onde os atos anticoncorrenciais são efetuados, permite ou até determina tal comportamento que é proibido no Estado B, onde eles produzem seus efeitos. Com o fito de enfrentar tais conflitos é que a abordagem equilibrada foi concebida. A abordagem está principalmente ligada a considerações sobre o Direito Internacional Público e será, dessa forma debatida abaixo.

2. LIMITES IMPOSTOS PELO DIREITO INTERNACIONAL

12. Estados afetados pela aplicação extraterritorial (de leis estrangeiras)¹ frequentemente reagiram de forma ambígua. Eles invocavam a ilegalidade da aplicação extraterritorial e, com base na suposta ilegalidade, aprovaram estatutos nacionais de bloqueio (*blocking statutes*) (para os últimos atos, veja Lowe 79–225). Eles proibem a produção de documentos para o uso em procedimentos de concorrência estrangeira, autoriza seus governos a proibir seus cidadãos e empresas² a cumprir julgamentos estrangeiros e ordens de autoridades administrativas estrangeiras, eles barram a execução de julgados estrangeiros em questões de antitruste e chegam até a conceder o direito de recuperação frente a danos triplos (*triple damages*) pagos no exterior por uma empresa doméstica.

1 Inserimos os parênteses para melhor adaptar o sentido do texto à estrutura da língua portuguesa.

2 No original *undertakings*.

13. Preocupações relacionadas à compatibilidade da aplicação extraterritorial com o Direito Internacional Público foram expressas por muitos países, mais particularmente pelo Reino Unido nas décadas de 1960 e 1970. Uma distinção entre a estrita execução territorial de uma jurisdição e a jurisdição prescritiva foi estabelecida. No que concerne à segunda, o governo britânico interpretou que a extensão da aplicação do Direito interno somente estaria de acordo com o Direito Internacional se certos conectivos existissem entre o país e os fatos do caso. Somente o princípio da nacionalidade e o princípio da territorialidade, o último referindo-se a atos cometidos no Estado do Foro, foram reconhecidos como fatores de conexão cabíveis. A aplicação de Direito interno a situações de fato não ligadas ao Estado do Foro por um desses princípios supostamente viola o princípio da não interferência nas questões legítimas de outros Estados. Essa posição foi reafirmada numa nota diplomática enviada pela Embaixada britânica em Washington para o governo dos EUA em 1978, que dizia: “O Governo de Sua Majestade considera que, no estado atual do Direito Internacional, não há base para a extensão da jurisdição antitruste de um país a atividades praticadas fora desse país por estrangeiros” (Nota Nº 196 da Embaixada britânica em Washington para o Departamento de Estado dos EUA 390).

14. Em resposta a essas objeções e a uma ampla discussão internacional (Meessen 145–49), as Cortes dos EUA e o *American Law Institute* conceberam a abordagem equilibrada como uma solução conciliatória. A abordagem coloca as Cortes sob a obrigação de sopesar as circunstâncias existentes entre os fatos e os vários Estados envolvidos, bem como os interesses daqueles Estados *no enforcement* de suas próprias leis no caso em questão (veja *Timberlane Lumber Co v Bank of America* [1976]). A abordagem foi codificada no *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* (1987), o qual distingue a jurisdição prescritiva como tal, do seu exercício que pode ser avaliado apenas depois da ponderação de vários fatores e interesses envolvidos (no parágrafo 415 e parágrafo 403 (2)).

15. A abordagem do equilíbrio foi aclamada, mas também criticada desde o começo. Foi apontado que juízes sentados em Cortes nacionais não tinham a habilidade de conduzir a uma harmonia neutra dos interesses em concorrência (veja *Laker Airways Ltd v Sabena Belgium World Airways* [1984]). Em ambos os lados do Atlântico, o debate chegou a um fim quando a Suprema Corte America e a CEJ recusaram-se a seguir essa abordagem, com exceção dos casos de conflito real entre o estatuto legal doméstico e o estrangeiro, ou seja, exceto para casos nos quais a lei do mercado afetado inibiria certos atos enquanto que o país onde os atos foram cometidos determinaria tal comportamento (*Hartford Fire Insurance Co et al v California et al* 798–99; *Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] 5193 parágrafo 20).

16. Dada a difusão da codificação da teoria dos efeitos entre as recentes legislações nacionais, a suposta transgressão ao Direito Internacional por essa teoria não pode mais ser sustentada. Sua legalidade emerge como

um princípio geral do Direito devido a seu reconhecimento quase que mundial pelas regras de conflitos nacionais. No entanto, isso não advoga por um exercício de jurisdição irrestrita baseado na doutrina dos efeitos. A moderação jurídica é necessária em situações em que as partes privadas de outra forma estariam sujeitas a obrigações contraditórias advindas das leis de diferentes Estados.

C. UNIFICAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICAS³

17. O Direito da Concorrência Internacional é confrontado por vários dilemas que são particularmente notáveis, desde que tal Direito seja implementado por regras da legislação nacional. O primeiro problema é o fato de que os Estados raramente têm as mesmas políticas de defesa da concorrência. Em alguns casos, essas políticas estão em claro contraste. Em outros, os Estados envolvidos podem aplicar as mesmas regras e usar a mesma linguagem, mas ainda seguir objetivos diferentes. Em especial, a proibição do comportamento anticoncorrencial é geralmente imposta⁴ para proteger o mercado doméstico, enquanto que a maioria dos países faz vista grossa a práticas restritivas dirigidas a mercados estrangeiros. O comportamento anticoncorrencial que é ilegal em âmbito doméstico é considerado um jogo de esporte quando se trata de concorrência entre diferentes economias nacionais. Ainda que o consenso geral da comunidade internacional sobre os efeitos prejudiciais das restrições da concorrência tenha crescido desde 1990, políticas claramente divergentes ainda podem ser averiguadas em restrições verticais, abusos de posição dominante, empresas estatais, ‘campeões nacionais’, etc. Apesar de o marco legal para fusões ou o abuso na posição dominante de mercado ser similar em ambos os lados do Atlântico, casos importantes como o da fusão da Boeing/McDonnell Douglas ou o caso da Microsoft evidenciam uma avaliação divergente na conduta anticoncorrencial.

18. Um segundo dilema enfrentado pelo Direito Concorrencial Internacional surge da disfunção entre a natureza sem fronteiras dos mercados abertos e a restrição territorial que afeta os Estados soberanos chamados a regulá-los. A doutrina dos efeitos pode aliviar esse problema até certa medida, desde que o alcance da legislação nacional seja levado em conta. No entanto, quando se parte para o *enforcement*, v.g., para investigações a serem conduzidas em países diferentes ou para o *enforcement* de decretos e ordens no exterior, a limitação territorial da soberania estatal ainda é um grande empecilho para uma proteção efetiva da concorrência. Devido a essas limitações, a regulação econômica realizada por Estados individualmente não pode acompanhar os passos da crescente interação globalizada dos negócios, incluindo práticas restritivas.

³ Na versão original, o termo utilizado foi o *policy*.

⁴ No original o termo utilizado foi *enforced*.

19. Um terceiro dilema aflui do relacionamento obscuro entre interesses públicos e privados nesta área. Conquanto atores privados tenham um interesse iminente na segurança jurídica, o que inclui, em mercados internacionais, segurança quanto à aplicação de uma lei nacional específica, pouquíssimas cortes no mundo estão preparadas até o momento para honrar esse interesse ao aplicar o Direito Internacional da Concorrência. Ao invés disso, elas irão executar sua própria lei de concorrência ou simplesmente negar-se a lidar com o caso.

20. Essas observações militam a favor de um esforço para uma solução verdadeiramente uniforme: a unificação do Direito da Concorrência em um nível supranacional ou internacional. Existe pouca esperança que o egocentrismo nacional possa ser superado por outros meios. Argumentos adicionais em favor da unificação ou da harmonização emergem da liberalização do comércio mundial. Enquanto barreiras estatais para o livre comércio, incluindo barreiras alfandegárias, são desmontadas pelo → Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (1947 e 1994) ('GATT'), rodadas de negociação com empresas beneficiadas em diversos mercados nacionais recebem fortes incentivos para perpetuar barreiras ao comércio por meio da cartelização. Numa via similar, o reconhecimento mundial dos direitos de propriedade intelectual (→ *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio* [1994] ['TRIPS']) favorece o surgimento de posições dominantes em muitos mercados e indiretamente o seu abuso pelos seus proprietários. A comunidade internacional deve ponderar as consequências de sua política de comércio mais cedo ou mais tarde e garantir que seus benefícios não sejam arrancados por comportamento *rent-seeking*⁵ anti-concorrencial dos atores privados.

2. PROJETOS DE HARMONIZAÇÃO E DE UNIFICAÇÃO

21. No âmbito global, o movimento rumo a uma unificação internacional do Direito da Concorrência teve início após a Primeira Guerra Mundial (para um breve relato, veja Schwartz e Basedow parágrafos 112–13). Dois relatórios para a → Conferência Econômica da Liga das Nações em 1927 fizeram recomendações pertinentes, particularmente no que concerne a cartéis internacionais. No período pós-guerra, a Carta de Havana de 1948, que deveria estabelecer uma organização do comércio mundial como um marco para a liberalização do comércio mundial, também continha um capítulo especial com regras sobre práticas restritivas de negócios (Wilcox 281–87). No curso das negociações, essas previsões haviam sido diluídas a uma extensão tal que foram tidas como ineficientes nos EUA, o qual finalmente recusou ratificar todo o tratado. Mesmo a Carta de Havana nunca se efetivando, ela serviu como um ponto de partida para discussões posteriores sobre o esboço de acordo negociado no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (→ *United Nations, Economic and Social Council*

5 Quando uma empresa, organização ou indivíduo usa seus recursos para obter ganhos de outros, por meio da criação de riquezas, sem qualquer reciprocidade dos benefícios para a sociedade.

(ECOSOC)), que, contudo, não foi seguido quando diferenças fundamentais na política da concorrência dos Estados envolvidos tornaram-se aparentes. Até meados dos anos 50, havia tornado-se óbvio que um instrumento universal vinculatório⁶ não poderia ser alcançado.

22. Ao longo das próximas décadas, os protagonistas da harmonização tornaram-se mais modestos. Alguns instrumentos adotados nas décadas de 1970 e 1980 ainda eram universais em alcance, mas não obrigatórios → *soft law*: (1) uma Declaração da → Organização para Cooperação Econômica e Cooperação (OCDE) sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais de 1976, anexa a qual estão os princípios concernentes às Práticas Comerciais Restritivas; (2) os Princípios e Regras de Equidade⁷ para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas (1980), documento acordado sob a égide da → Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e chamado de UN-RBP-Code; (3) o Código de Conduta para a Transferência de Tecnologia, igualmente negociado no âmbito da UNCTAD, que contém, dentre outras, regras sobre práticas comerciais restritivas no campo dos acordos de licenciamento. Outros instrumentos ainda aderem ao modelo de regras vinculatórias, mas estão restritas no seu alcance substantivo ou geográfico. Um exemplo desse último tipo anterior dá-se na indústria de navegação pelo Código de Conduta para Conferências de Cargueiros da UNCTAD (1974), o qual proíbe certas práticas comerciais restritivas, tais como conferências fechadas ou a organização dos chamados navios de luta usados pelo cartel para retirar os não membros do mercado. No tocante aos instrumentos regionais, o exemplo mais proeminente é obviamente dado pelos artigos 81 e 82 do Tratado da CE. Na América Latina, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai negociaram um Protocolo para a defesa da concorrência na estrutura do → MERCOSUL. Dentre tais instrumentos, a lei de concorrência da CE é a única que se tornou uma arma efetiva contra práticas não concorrenciais; o seu impacto foi tão forte que os Estados Membros, com o passar dos anos, escreveram suas leis de concorrência nacionais com base no modelo da CE.

23. Nos anos 90, novas iniciativas foram tomadas para uma harmonização da lei de concorrência em um instrumento universal vinculativo. Um grupo de trabalho formado por letrados internacionais espertos na área apresentaram um esboço de um Código Internacional de Antitruste para o Secretário Geral do GATT (1993). Isso deu novo ímpeto aos debates acadêmicos (*Monopolkommission* XII 351 ss; veja também Basedow [1998]). A Comissão Européia deu apoio político às negociações do projeto na estrutura da recém criada → Organização de Comércio Mundial (OMC). Contudo, países em desenvolvimento demonstraram preocupação, e a Administração dos EUA demonstrou-se também relutante em aceitar qualquer tratado vinculatório que buscasse estabelecer uma lei de concorrência internacional. Finalmente, as negociações iniciadas na chamada → Rodada de Doha foram suspensas (Baetge 440-443). Até o presente momento, nenhuma outra

6 Na versão original em inglês, *biding*.

7 No original lia-se *equitable principles and rules*.

negociação sobre a harmonização da lei antitruste é esperada. Ao invés de harmonização, a coordenação tem recebido um aumento da atenção nos últimos anos.

D. MECANISMOS DE COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO

24. Contrastando com o pano de fundo das atividades econômicas globalizadas, o *enforcement* de lei nacional de concorrência com frequência depende de procedimentos que transcendem os limites nacionais: pode ser necessário efetivar intimações no estrangeiro, coletar indício de atos estrangeiros ou ouvir testemunhas em países estrangeiros, ter acesso a informações sobre a estrutura de mercados estrangeiros ou sobre atividades comerciais sucedidas no estrangeiro; para serem efetivos, ordens e decretos emitidos por autoridades domésticas podem precisar de *enforcement* em outros países. Considerando que a jurisdição de *enforcement*, ou seja, o exercício do poder público envolvido em todas essas atividades, está estritamente confinada ao território do país investigado, a execução da lei de concorrência em matérias internacionais dependem da cooperação de cortes e de autoridades estrangeiras.

25. No que concerne à execução privada (*private enforcement*) da lei de concorrência em litígios civis, as Convenções da Haia de Notificação no estrangeiro de documentos judiciais ou extrajudiciais em matérias civis e comerciais de 1965 e de Obtenção de provas no Exterior em matérias civil e comercial de 1970 podem fornecer auxílio. Como estas são exclusivamente aplicáveis às questões civis e comerciais, suas aplicações podem causar debate, *v.g.*, no que diz respeito a ações de dano triplo (*triple damage*) que, às vezes, são consideradas como possuindo um caráter punitivo. Dúvidas similares podem surgir quando se trata do reconhecimento e *enforcement* de julgados relativos a danos estrangeiros com base em instrumentos internacionais tais como a Convenção de Lugano (1988).

26. De qualquer forma, o *enforcement* público pelas autoridades concorrenciais é muito mais importante. Nesse campo, numerosos instrumentos internacionais foram adotados para facilitar a tarefa das autoridades concorrenciais nacionais. No entanto, os instrumentos mais antigos originados na UNCTAD ou na OCDE têm um caráter de *soft law* que não necessariamente reduz sua significância prática. Ainda que os procedimentos de cooperação nesse campo frequentemente sejam informais por natureza, a dependência mútua dos Estados participantes na assistência oferecida pelas autoridades estrangeiras produz incentivos para cooperar. Dessa forma, a sinalização de garantia de reciprocidade dada pelos instrumentos de *soft law* pode ser suficientes em muitos níveis. Contudo, começando pelo Acordo entre o Governo dos EUA e o Governo República Federal da Alemanha de 1976, numerosos acordos sobre cooperação administrativa em matérias concorrenciais foram concluídos bilateralmente. Muitas nações industrializadas, incluindo a União Européia, estão envolvidas (Schwartz e Basedow parágrafo 91). Esses instrumentos

tratam da troca de informação disponível entre autoridades concorrenciais. Alguns deles também contêm regulamentação sobre intimações e condução de investigações nos outros Estados incluindo a citação. Ademais, alguns tratados incluem regras sobre → consultas em casos de reivindicação de jurisdição conflitante. À luz do Tratado entre a UE e os EUA, uma parte, acreditando que seu mercado está sendo afetado por uma conduta anticoncorrencial de empresas estabelecidas no território da outra parte, pode requerer a iniciação de uma investigação por uma autoridade da outra parte, o chamado *comity* positivo (ibid); no entanto, esse instrumento não provou ser muito efetivo.

27. A cooperação mundial entre as autoridades concorrenciais gerou a criação de uma rede permanente, a Rede Internacional de Concorrência (ICN⁸), no final de 2001. A Rede foi estabelecida pelas autoridades concorrenciais, não pelos Estados e seus governos. Os fundadores foram cerca de 40 autoridades concorrenciais, principalmente de países industrializados. Mas, mais e mais “novas” autoridades dos Estados com uma legislação concorrencial muito recente reuniram-se à ICN, que tem aproximadamente 100 membros atualmente. A ICN não é uma organização internacional, mas é dirigida por uma reunião das autoridades membros. Sua tarefa não é a unificação do Direito Concorrencial, mas a convergência pela troca de idéias e a elaboração de recomendações e melhores práticas nas reuniões anuais (Baetge 343-348, 359-363). As deliberações da ICN ocorrem em vários grupos de trabalho, *ng.*, grupos sobre fusões ou condutas unilaterais que são reunidos de forma separada dos encontros anuais. Recomendações e documentos, incluindo muitos estudos preparatórios, são publicados no sítio da ICN.

28. Ao se avaliar a ICN, vários aspectos devem ser considerados. Primeiro, a ICN é um forum profícuo de comunicação entre funcionários públicos que, em suas atuações diárias, são freqüentemente dependentes de informações disponíveis em uma autoridade concorrencial estrangeira. Conhecer funcionários públicos na autoridade estrangeira mostrou-se ser útil. Isso mitiga a desconfiança na postura da autoridade estrangeira que foi com frequência vista como protecionista em outros tempos. Por outro lado, a operação da ICN, às vezes, é criticada por não ser transparente. Particularmente, os acordos alcançados nos grupos de trabalho frequentemente representam apenas um número muito limitado de jurisdições, a maioria das quais de países industrializados. Nas reuniões anuais, uma dominância clara das autoridades de concorrência anglo-americana é perceptível. Até onde este Autor conhece, com base em sua participação na delegação de várias reuniões anuais, os delegados de “novas” autoridades de concorrência não raro reclamaram de discussões excessivamente sofisticadas que não abarcam questões básicas, tais como a garantia de independência ou a importância de objetivos de políticas não econômicas na aplicação da lei de concorrência. Ademais, os grupos de

8 Sigla em inglês de *International Competition Network*.

trabalho nem sempre consideram os limites impostos pelas legislações internas de várias jurisdições para a implementação de recomendações. Por exemplo, os patamares da notificação de fusão estão frequentemente postos nas respectivas leis internas de concorrência que as autoridades de concorrência são obrigadas a seguir. Como consequência, uma recomendação da ICN sobre a questão só pode ser considerada como uma proposta para a legislação nacional naquele campo. No entanto, autoridades de concorrência normalmente não estão numa posição de submeter propostas legislativas, e os governos nacionais, que estariam, não estão representados na ICN. Essa observação leva à conclusão que a ICN terá que ser complementada pela harmonização obrigatória de leis de concorrência nacionais em um estágio posterior.

E. O *ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ESTRANGEIRO

29. Como todas as autoridades, as autoridades concorrenciais foram montadas para aplicar a sua própria lei doméstica. O Direito estrangeiro pode ser levado em consideração em algumas ocasiões, por exemplo, como uma proteção, mas uma aplicação, estritamente falando, está fora de questão, a não ser que seja especificamente ordenada pela legislação interna.

30. Isso é diferente na litigância privada (*private litigation*). Se um demandante quiser executar um contrato sujeito a uma lei estrangeira na corte doméstica, contra um demandado que invoca um descumprimento da lei da concorrência estrangeira, criando uma insolvência contratual, seria uma surpresa se o juiz ignorasse o estatuto legal de concorrência estrangeiro. A situação seria similar se o demandante reclamasse danos pelo desrespeito, pelo demandado, da lei da concorrência estrangeira do Estado A em respeito ao mercado daquele país. O princípio básico do direito internacional privado, em dar efeito às expectativas legítimas das partes no que concerne ao *enforcement* de uma lei específica, iria requerer o *enforcement* da lei de concorrência estrangeira, assim como justificaria o *enforcement* de lei estrangeira em outros contextos.

31. O número de decisões de cortes publicadas dando apoio a essa assertiva é muito limitado, no entanto (veja Schwartz e Basedow, parágrafos 105–6). É somente nos anos mais recentes que a legislação especificamente confere tratamento à questão e não deixa dúvidas de que juízes têm o poder e até a obrigação de aplicar a lei de concorrência estrangeira. A primeira previsão desse tipo pode ser encontrada no art. 137 da Lei Federal da Suíça sobre Direito Internacional Privado de 1987: “Pleitos oriundos da restrição da competição são governados pela lei do Estado naqueles mercados em que a parte injuriada é afetada diretamente pela restrição”. O mesmo princípio, com base na doutrina dos efeitos acima descrita, foi recentemente adotado pela CE no art. 6 (3) da Regulação de Roma II sobre Lei Aplicável às Obrigações Não Contratuais de 2007. Em resposta a uma longa disputa sobre violações multiestatais que exigiriam a aplicação simultânea de diversas leis, o Art. 6 (3)

(b) da Regulação de Roma II permite que a pessoa que busca compensação opte pela aplicação da *lex fori*⁹ sob certas circunstâncias. Essa previsão pode levar à aplicação de diferentes leis que regulem danos à concorrência nos procedimentos públicos de *enforcement* (veja B acima) e em litígios privadas (Basedow [2007] 247 ss).

F. CONCLUSÃO

32. O Direito da Concorrência internacional passou por mudanças profundas no curso dos últimos 20 anos. Enquanto conflitos de jurisdição chamaram atenção nos anos de 1970 e 1980, a proliferação mundial de estatutos legais da concorrência favoreceu a cooperação de autoridades concorrenciais, e a coordenação de leis nacionais no marco da Rede de Concorrência Internacional. A disposição de levar percepções estrangeiras do Direito da Concorrência em consideração é claramente visível em legislação recente relacionada à aplicação privada do Direito da Concorrência. A globalização dos mercados, que é evidenciada e favorecida pelo comércio mundial, permite a previsão de futuras tentativas para harmonização de princípios do Direito da Concorrência no futuro próximo.

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

Seção de Direito Concorrencial do *American Bar Association* (ed) *International Antitrust Cooperation Handbook* (American Bar Association Section of Antitrust Law Chicago 2004).

D Baetge *Globalisierung des Wettbewerbsrechts: Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht* (Mohr Siebeck Tübingen 2009).

J Basedow 'Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law' in J Basedow (ed) *Private Enforcement of EC Competition Law* (Kluwer The Hague 2007) 229–53.

J Basedow (ed) *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization* (Kluwer The Hague 2002).

J Basedow *Wettkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen* (Mohr Siebeck Tübingen 1998).

E Elhauge and D Geradin *Global Competition Law and Economics* (Hart Oxford 2007).

BE Hawk (ed) *International Antitrust Law and Policy* (Juris Publishing New York 2008).

9 Lei do lugar.

MR Joelson *An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union, and other Key Competition Laws in the Global Economy* (2nd edn Kluwer The Hague 2001).

AV Lowe *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials* (Grotius Cambridge 1983).

KM Meessen *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts* (Nomos Baden-Baden 1975).

IE Schwartz and J Basedow 'Chapter 35: Restrictions on Competition' in K Lipstein (ed) *International Enciclopédia de Direito Comparado vol 3 Direito Internacional Privado* (Mohr Siebeck Tübingen 1995) 1–139.

C Wilcox *A Charter for World Trade* (Macmillan New York 1949).

DOCUMENTOS SELECIONADOS

Acordo entre o Governo dos EUA e o Governo da República Federal da Alemanha sobre Cooperação Mútua na área de Práticas Comerciais Restritivas (assinado em 23 de junho de 1976, entrou em vigor em 11 de setembro de 1976) 1039 UNTS 345.

American Banana Co v United Fruit Co Corte Suprema dos Estados Unidos (26 de abril de 1909) 213 US 347.

American Law Institute (ed) *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* vols 1–2 (American Law Institute St Paul 1987).

Embaixada britânica 'Nota n° 196 da Embaixada britânica em Washington para o Departamento de Estado dos Estados Unidos: (27 de julho de 1978) (1978) XLIX BYIL 390'.

Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (18 de dezembro de 1987, entrou em vigor em 1° de janeiro de 1989) BBl 1988 I 5 (Suíça).

Caso 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd v Commission of the European Communities* [1972] ECR 619.

Caso 89/85 *Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] ECR 5193.

Clayton Antitrust Act 1914, 15 USC §12–27 and 29 USC §52–53 (1914).

Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences (conclusa em 6 de abril de 1974, entrou em vigor em 6 de outubro de 1983) 1334 UNTS 15.

Convenção sobre Notificação no estrangeiro de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial (realizado em 15 de novembro de 1965, entrou em vigor em 10 de fevereiro de 1969) 658 UNTS 163.

Convenção sobre o recolhimento de provas no estrangeiro em material civil e comercial (assinado em 18 de março de 1970, entrou em vigor em 7 de outubro de 1972) 847 UNTS 231.

Acordo ente o governo dos EUA e a Comunidade europeia sobre a Aplicação das leis de Concorrência (assinado e colocado em vigor em 23 de setembro de 1991) 30 ILM 1491.

Federal Trade Commission Act 1914, 15 USC § 41–58 (1914).

Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982, 15 USC § 6a (1982).

Hartford Fire Insurance Co et al v California et al United States Supreme Court (28 June 1993) 509 US 764.

Havana Charter for an International Trade Organization (assinado em 24 de março de 1948) UN Doc E/CONF.2/78, 3.

Grupo de Trabalho do Código Internacional Antitruste 'Draft International Antitrust Code' (10 de julho de 1993) (1993) 5(5) World Trade Materials 126.

Laker Airways Ltd v Sabena Belgium World Airways Corte de Apelações dos EUA (6 de março de 1984) 731 F 2d 909.

Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (assinado em 16 de setembro de 1988, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992) 28 ILM 620.

MERCOSUL 'Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL' (16 de dezembro de 1996) CMC/DEC No 18/96 in J Basedow *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen* (Mohr Siebeck Tübingen 1998) 161.

Monopolkommission (ed) *Hauptgutachten 1996/97: Marköffnung umfassend verwirklichen* (Nomos Baden-Baden 1998).

OCDE 'Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais' (adotada em 21 de junho de 1976) DAF/IME(2000)20, 5.

Regulação (CE) No 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 sobre o Direito aplicável a obrigações não contratuais (Roma II) [2007] OJ L 199/40.

Conjunto de princípios e regras justos para o controle de práticas comerciais restritivas (22 de abril de 1980) (1980) 19 ILM 813.

Sherman Antitruste Act 1890, 15 USC § 1–7 (1890).

Timberlane Lumber Co v Bank of America Corte de Apelações dos EUA (Nono Circuito, 27 de dezembro de 1976) 549 F 2d 597.

United States v Aluminium Co of America Corte de Apelações dos EUA (Segundo Circuito, 12 de março de 1945) 148 F 2d 416.