



PAULA A. FORGIONI

OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

2.^a edição revista e atualizada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS





OS FUNDAMENTOS DO ANTITRUSTE

2.^a edição revista e atualizada

PAULA A. FORGIONI

1.^a edição: 1998; *1.^a tiragem:* março de 1998; *2.^a tiragem:* outubro de 2000.

© desta edição: 2005

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso *site*: www.rt.com.br

Serviço de Atendimento ao Consumidor: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)



e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (01 - 2005)

ISBN 85-203-2701-X



SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1. ^a EDIÇÃO – EROS ROBERTO GRAU	7
INTRODUÇÃO	23
1. DISCIPLINA DO COMPORTAMENTO DOS AGENTES ECONÔMICOS NOS MERCADOS E CONCORRÊNCIA: TRÊS MOMENTOS DIVERSOS	27
1.1 Introdução	27
1.2 O primeiro período. A disciplina da concorrência para eliminar distorções tópicas	34
1.2.1 Antiguidade grega	34
1.2.2 Antiguidade romana	37
1.2.3 Idade Média	39
1.2.4 Mercantilismo	50
1.2.5 A batalha entre os teóricos	54
1.3 O segundo período. A concorrência e o liberalismo econômico	57
1.3.1 Estados Unidos da América. O <i>Sherman Act</i> . Seu significado no contexto de evolução da dis- ciplina da concorrência. A coroação do segun- do período	69
1.3.2 O contexto social, econômico e político do <i>Sherman Act</i>	72

1.3.3	A atualidade das discussões que antecederam a promulgação do <i>Sherman Act</i>	81
1.4	O terceiro período. As normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas. A concorrência-instrumento	83
2.	A CONCORRÊNCIA NO BRASIL	94
2.1	A fase fiscalista	95
2.2	D. João VI e a transferência da Corte portuguesa para o Brasil	99
2.3	O Brasil independente	104
2.4	Constituições brasileiras de 1934 e 1937. Decreto-lei 869, de 1938	108
2.5	A luta contra os trustes e seu caráter nacionalista. Agamemnon Magalhães	117
2.6	Decreto-lei 7.666, de 1945	119
2.7	Constituição de 1946 e os diplomas de repressão ao abuso do poder econômico emanados sob sua égide. 123	
2.7.1	Lei 4.137, de 1962. Vinte e nove anos de vigência desprovida de eficácia material	125
2.7.1.1	Os debates que antecederam a promulgação da Lei Antitruste e a discussão sobre sua necessidade e função	125
2.7.1.2	As sempre atuais críticas lançadas contra o projeto de Agamemnon Magalhães e o texto que acabou por ser promulgado	128
2.7.1.3	A constante busca por segurança e previsibilidade	130
2.7.1.4	A instrumentalidade da Lei 4.137, de 1962	134
2.7.1.4.1	A associação de empresas ..	134

2.7.1.4.2	A possibilidade de autorização de práticas restritivas ...	135
2.7.1.5	A falta de eficácia material da Lei 4.137, de 1962. Contradição entre seu texto e a política concentracionista atuada pelo governo federal?	136
2.7.1.6	Lei 4.137: um punhado de “surto de vigência”	141
2.8	Lei 8.158, de 1991	141
2.9	Lei 8.884, de 1994	143
3.	O SISTEMA DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA	146
3.1	Separação das práticas restritivas e caracterização da ilicitude pelos efeitos	146
3.2	A responsabilidade do grupo pelas infrações à ordem econômica	152
3.3	Os sujeitos da Lei Antitruste. Sujeitos públicos e sujeitos privados	155
3.4	Efeitos potenciais das práticas	159
3.5	A forma do ato	160
4.	OS OBJETIVOS DAS LEIS ANTITRUSTE: AS POLÍTICAS ECONÔMICAS ATUADAS	162
4.1	Escola de Harvard e Escola de Chicago: a passionalidade do debate	167
4.2	A visão européia do antitruste: a concorrência instrumental	181
4.3	O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento	190
4.4	As normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas	193
5.	AS VÁLVULAS DE ESCAPE	200
5.1	Primeira válvula de escape. Regra da razão, isenções e autorizações	203

5.1.1	O sistema norte-americano: <i>rule of reason</i>	204
5.1.1.1	O sistema norte-americano e as isenções em bloco	210
5.1.2	O sistema europeu. As isenções	215
5.1.3	O sistema brasileiro. A autorização das práticas restritivas da concorrência	222
5.1.3.1	Condições para a concessão da autorização	224
5.1.3.2	Eficácia das práticas até a concessão da autorização	224
5.1.3.3	As isenções antitruste em bloco no sistema brasileiro e seu fundamento jurídico. Lei geral de defesa da concorrência e leis específicas (microsistemas jurídicos)	225
5.1.3.4	Autorizações, isenções em bloco e prejuízos causados a terceiros	228
5.1.3.5	Revisão da autorização pela autoridade antitruste	229
5.2	Segunda válvula de escape. O elástico conceito de mercado relevante	230
5.2.1	O mercado relevante geográfico	233
5.2.2	O mercado relevante material	241
5.2.3	A elasticidade do mercado relevante	251
5.2.4	Contraponto: notas críticas ao método tradicional para a delimitação do mercado relevante	254
5.2.5	A delimitação do mercado relevante nos Estados Unidos	255
5.2.6	A delimitação do mercado relevante na Europa	258
5.2.7	A delimitação do mercado relevante no Brasil e a influência do sistema norte-americano	259

5.3	Terceira válvula de escape. O jogo do interesse protegido.....	261
5.3.1	Inciso I. Tutela da livre concorrência e da livre iniciativa	271
5.3.2	Incisos II e IV. Domínio de mercado e abuso de posição dominante. Ainda a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa	276
5.3.3	Inciso III. A tutela do consumidor, além da livre iniciativa e da livre concorrência	279
5.3.4	As duas almas do art. 20 da Lei 8.884, de 1994	283
5.3.5	Lei Antitruste, Lei da Propriedade Industrial e Código de Defesa do Consumidor. Três diplomas e três diversos interesses protegidos	284
5.3.5.1	Lei da Propriedade Industrial	284
5.3.5.2	Código de Defesa do Consumidor	293
5.3.5.3	Os diferentes interesses protegidos e o aproveitamento de institutos típicos de outros ramos do direito	296
5.4	As válvulas de escape e a insegurança jurídica	298
6.	ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	313
6.1	Considerações iniciais sobre posição dominante	313
6.1.1	Poder econômico, posição dominante e <i>potestas</i> . A óbvia e inegável identidade	313
6.1.2	Vantagem competitiva e posição dominante. Uso e abuso do poder econômico	319
6.2	O agente econômico detentor de posição dominante .	327
6.3	Determinação da existência de posição dominante	329
6.3.1	Indicativos da existência de posição dominante	331
6.3.1.1	<i>Market share x market power</i>	331
6.3.1.2	Concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos	334
6.3.1.3	Comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores	341

6.3.1.4	Potência econômica da empresa	342
6.3.1.5	Estrutura avançada da empresa	343
6.3.1.6	Vantagens tecnológicas	343
6.3.1.7	Grau de crescimento do setor	344
6.3.1.8	Aspecto temporal	345
6.3.2	A necessária conjugação dos indicativos	345
6.3.3	Da estrutura do mercado ao comportamento da empresa	346
6.4	Posição dominante derivada de vantagem competitiva. A atenção das autoridades antitruste	348
6.5	Abuso de posição dominante. Práticas típicas	350
6.5.1	Imposição de preços não equitativos	353
6.5.2	Imposição de preços excessivos	353
6.5.3	Imposição de preços abaixo do custo	360
6.5.3.1	Venda justificada	361
6.5.3.2	Racionalidade da conduta	364
6.5.3.3	Preço de custo e a venda por preço inferior	368
6.5.4	Imposição de preços de aquisição de matérias-primas dos concorrentes	370
6.5.5	Vendas casadas	372
6.5.5.1	Definição de vendas casadas e critérios para definição de sua ilicitude	372
6.5.5.2	A venda casada e o aumento de participação no mercado do produto vinculado	374
6.5.5.3	Fechamento (<i>foreclosure</i>) do mercado do produto vinculado	377
6.5.5.4	Discriminação entre os adquirentes ...	378
6.5.5.5	Segurança da qualidade do produto ..	379

6.5.5.6	Outros efeitos das vendas casadas	380
6.5.5.7	A visão norte-americana das vendas casadas. O caso <i>Kodak</i>	382
6.5.5.8	A visão europeia das vendas casadas	386
6.6	Dependência econômica e abuso de posição dominante	387
7.	ACORDOS ENTRE AGENTES ECONÔMICOS	393
7.1	Acordos verticais e acordos horizontais. Definição ...	395
7.2	Acordos horizontais: os cartéis	396
7.2.1	Os cartéis e suas justificativas	401
7.2.2	Os cartéis de preço	403
7.2.3	Acordos entre agentes econômicos em posição de igualdade	406
7.2.4	Acordos de <i>price leadership</i>	410
7.2.5	Cartéis, paralelismo consciente e a prova da infração à ordem econômica	411
7.2.6	Uma constante exceção: os cartéis de exportação	415
7.3	Acordos verticais: a proteção da concorrência entre não-concorrentes	418
7.3.1	Efeitos concorrenciais dos acordos verticais ..	419
7.3.1.1	Acordos verticais e custos de transação	422
7.3.1.2	Acordos verticais e coibição da atuação de <i>free riders</i>	427
7.3.2	Tipologia das restrições verticais	429
7.3.3	Imposição/sugestão dos preços de revenda. Exemplos do direito comparado	431
7.3.4	Acordos verticais e exclusividade	443
7.3.5	Efeitos anticoncorrenciais da exclusividade ...	447
7.3.5.1	Fechamento do mercado	447

7.3.5.2	O aumento dos custos dos concorrentes	451
7.3.5.3	A exclusividade e a facilitação de cartéis	453
7.3.5.4	A diminuição das opções do consumidor. Diminuição do grau de concorrência no ponto de venda	454
7.3.6	Críticas pós-Chicago em relação à visão complacente dos acordos verticais. Outros possíveis efeitos anticompetitivos das restrições verticais	455
7.3.6.1	Arrefecimento da concorrência intramarca. Facilitação de conluio	456
7.3.6.2	Exploração de falhas de informação dos consumidores	458
7.3.6.3	Aumento dos preços para os consumidores	460
7.3.6.4	Levantamento de barreiras à entrada de <i>discounters</i>	460
7.3.6.5	Prejuízo aos <i>inframarginal consumers</i> e indução de publicidade excessiva ...	461
7.4	Análise caso a caso	461
8.	CONCENTRAÇÕES ENTRE AGENTES ECONÔMICOS	463
8.1	A concentração e seus tipos, conforme a classificação consagrada pela doutrina	464
8.2	Razões da concentração	470
8.3	Disciplina das concentrações	473
8.4	Avaliação das concentrações	480
8.4.1	Impacto das concentrações sobre o mercado ..	487
8.4.2	Necessidade de submissão da operação de concentração à apreciação do CADE	493



SUMÁRIO	21
8.4.3 O sistema brasileiro e o compromisso de desempenho	496
8.4.4 Notificação prévia ou notificação <i>a posteriori</i> ? Sistemas brasileiro, europeu e norte-americano	499
9. EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE	502
9.1 Conflito de jurisdições	508
9.2 Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (<i>blocking laws</i>)	512
9.3 Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição	518
BIBLIOGRAFIA	523



EXTRATERRITORIALIDADE DAS LEIS ANTITRUSTE

“If most nations act more or less selfishly in matters of international trade, each must protect its own interests as best as it can” – AREEDA e KAPLOW.

SUMÁRIO: 9.1 Conflito de jurisdições – 9.2 Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (*blocking laws*) – 9.3 Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição.

A extraterritorialidade das normas antitruste é questão visceralmente ligada ao seu caráter instrumental e à implementação de políticas públicas. Com efeito, é bastante comum que os países procurem estender seu poder para regulamentar e julgar todas as práticas antitruste que, de alguma forma, sejam aptas a afetar, ainda que remotamente, seus interesses comerciais ou aqueles dos agentes econômicos nacionais. A respeito, são bastante elucidativas as palavras de Myres McDougal, transcritas por José Carlos de Magalhães:¹ “Quando a Suíça ou o Canadá ou qualquer outro país emprega seu aparato governamental para proteger empresários, em atividades que prejudiquem o funcionamento sadio do processo comunitário dentro dos Estados Unidos, eles estão interferindo com os negócios internos e domésticos dos Estados Unidos, tanto quanto os Estados Unidos podem estar interferindo com os negócios de outros países, ao aplicar suas leis antitruste às atividades causado-

⁽¹⁾ Aplicação extraterritorial de leis nacionais, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso*, p. 668-669.

Mais uma vez, é bastante claro o texto do art. 2.º da Lei 8.884, de 1994, *in fine*, colocando sob o abrigo da lei brasileira as práticas que “produzam ou possam produzir efeitos” no território nacional.⁷ Desta forma, além do critério da territorialidade, nossa lei adota, expressamente, o critério dos efeitos. Note-se, ademais, que a jurisdição brasileira será competente para apreciar a prática restritiva ainda que seus efeitos não se tenham concretizado em território brasileiro, mas exista a possibilidade de que tal fato venha a ocorrer. Ou seja, a competência brasileira estender-se-á ainda que os efeitos considerados sejam potenciais.

Como no Tratado CE o único critério adotado é aquele dos efeitos, a Comissão Europeia já teve a oportunidade de conceder atestado negativo a prática restritiva da concorrência cujos efeitos seriam sentidos apenas no Oriente Médio.⁸

Por fim, pelo *critério da nacionalidade*, deve ser aplicada a lei antitruste do país onde estiverem sediadas as empresas partícipes ou, no caso de pessoas físicas, a lei do Estado de sua nacionalidade.

legislazione antitrust statunitense in materia di commercio internazionale: recenti sviluppi, *Diritto del Commercio Internazionale*, 7.2/304 e ss., abr./jun. 1993.

⁽⁷⁾ V. Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro*, p. 7-8.

⁽⁸⁾ Cf. Frignani e Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, p. 29. O Tratado CE versa, somente, sobre os acordos entre empresas que “sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum” (art. 81). Da mesma maneira, o art. 82 veda o abuso de posição dominante apenas na medida em que tal prática seja “susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros”. Daí decorre a orientação da jurisprudência europeia, que sistematicamente afirma não ter competência para julgar práticas cujos efeitos são sentidos além do território europeu (cf. D.E.C.A. e AEG-Elotherm, e atestados negativos concedidos à Bendix-Mertens, Grosfillex-Fillistorf, Nicholas-Vitapro, referidos por Frignani e Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, p. 29) e também aplica penalidades às empresas ou sociedades que não possuem sede em qualquer país da União Europeia, mas que praticaram atos cujos efeitos ali são sentidos.

9.1 Conflito de jurisdições

Embora possa comportar desrespeito à tradicional doutrina do direito internacional, podemos afirmar que as leis antitruste, de modo geral, não utilizam a terminologia adequada, deixando de diferenciar, de forma clara, os institutos da *lei aplicável* e da *jurisdição competente*.¹⁴

national policy, is vital to the litigation, and may be accommodated by the foreign sovereign, *Virginia Journal of International Law*, v. 20, fasc. 4, 1980), relata os protestos levantados por Austrália e Grã-Bretanha, transcrevendo parte da decisão proferida no caso *Rio Tinto Zinc. Corp. v. Westinghouse Elec. Corp.* (1978) 2 WLR at 108: “For many years now the United States has sought to exercise jurisdiction over foreigners in respect of acts done outside the jurisdiction of that country. This is not in accordance with international law”. O mesmo autor assinala, ainda, que “the Canadian government ‘tolerates’ extraterritorial impact when it serves to promote objectives consonant with Canadian interests, but rejects U. S. action with conflicts with ‘established and important economic and social policies’”. Cf., ainda, Americo Beviglia Zampetti, *Applicazione della legislazione antitrust statunitense in materia di commercio internazionale: recenti sviluppi*, *Diritto del Commercio Internazionale*, p. 304.

⁽¹⁴⁾ Por exemplo, a lei brasileira de 1994, em seu art. 2.º, refere-se, claramente, à *lei aplicável* e não à jurisdição competente. O mesmo se diga do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, de 1982, que dispõe sobre a aplicabilidade do *Sherman Act* (cf. Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, p. 700). Trata-se de um problema de “competência internacional” que, como assinala José Ignacio Botelho de Mesquita: “Não é propriamente um problema de competência; é, antes e mais precisamente, um problema de limite da extensão da jurisdição nacional em face da jurisdição de outros Estados igualmente soberanos” (Da competência internacional e dos princípios que a informam, *Revista de Processo*, n. 50, p. 51). Interessante notar que alguns autores chegam a falar de *connecting factors* das leis antitruste (Karl M. Meesem, *Antitrust jurisdiction under customary international law*, *The American Journal of International Law*, v. 78, 1984, p. 796). Americo Beviglia Zampetti faz, ainda, referência a “criteri di collegamento” ou “presupposti di applicabilità” que constituíriam “bases of jurisdiction” (*Applicazione della legislazione antitrust statunitense in materia di*

9.2 Limites à extraterritorialidade. As leis de bloqueio (*blocking laws*)

Muito embora os países tendam a aplicar sanções ou expedir ordens a empresas ou pessoas físicas sediadas ou domiciliadas no exterior, os efeitos extraterritoriais das leis antitruste sofrem limitações impostas pelas soberanias dos outros países. Algumas vezes a imposição de limites manifesta-se pela promulgação e aplicação de uma lei de bloqueio (*blocking law*) destinada a impedir, em território nacional, a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas.

Nem sempre uma *blocking law* vem posta pelo Estado de forma inequívoca, mediante a promulgação de um texto de lei que veda, expressamente, v.g., a execução de sentenças estrangeiras. Ao contrário, podemos considerar como uma lei de bloqueio aquela que, sistematicamente, vem atuada pela jurisprudência ou órgãos administrativos de molde a impedir a produção de efeitos de atos de autoridades estrangeiras.

Tal função poderia 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”. Assim, o Supremo Tribunal Federal estaria autorizado a proferir decisão idêntica àquelas muitas vezes emanadas por outras cortes, recusando o cumprimento de ordens judiciais estrangeiras que versam sobre questões antitruste. Não se pode esquecer, ainda, que, no Brasil, o art. 181 da CF determina que “o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente”.

Justifica-se geralmente a lei de bloqueio com base na proteção da soberania nacional, no poder do país sobre informações e documentos situados em seu território, bem como na tutela dos interesses comerciais do Estado e de seus cidadãos, que poderiam ser prejudicados tanto pela execução de sentença estrangeira quanto pela divulgação de informações.

De forma geral, acreditamos na existência de três principais tipos de leis de bloqueio: (i) as primeiras, impedem a homologação/execução de sentenças estrangeiras; (ii) outras dificultam ou impedem a colaboração de autoridades, pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou sediadas no país, em processos conduzidos por autoridades estrangeiras; (iii) o terceiro tipo elimina os efeitos já produzidos por sentença estrangeira, como é o caso de algumas disposições da Lei Britânica de 1980.²²

As leis de bloqueio que têm por escopo impedir a constituição de provas destinadas a instruir processos estrangeiros acabam por negar a colaboração de autoridades judiciárias nacionais ou ainda por vedar a residentes ou domiciliados o cumprimento de ordens de autoridades estrangeiras. Podemos classificar esse tipo de lei de bloqueio segundo o método utilizado com o propósito de impedir a constituição de provas: (i) pode ser terminantemente proibida (e penalizada com sanção bastante rigorosa) qualquer divulgação de certo tipo de informação, como, por exemplo, ocorre na Suíça relativamente às normas que protegem o sigilo bancário,²³ ou ainda às normas que impedem divulgação de dados sobre sociedades de capital estrangeiro, sediadas nos chamados “paraísos fiscais”; (ii) outro grupo de normas de bloqueio veda a divulgação de informações, a menos que haja autorização prévia da autoridade competente; (iii) já o terceiro tipo autoriza a prestação da informação, outorgando, não obstante, o poder a determinada autoridade nacional de intervir para impedir a divulgação.

É dado constatado empiricamente que “ondas” de *blocking laws* coincidem com períodos de instrução de grandes processos antitruste nos Estados Unidos. Por essa razão, ainda que não tenha sido expressamente declarado por ocasião de sua promulgação, a maioria

⁽²²⁾ Luigi Fumagalli, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, p. 150.

⁽²³⁾ Sobre o sigilo bancário na Suíça, v. Filippo Beck e Marco Jagmetti, *Il segreto bancario in Svizzera*, *Diritto del Commercio Internazionale*, 7.2/279 e ss., abr./jun. 1993.

A *House of Lords* da Grã-Bretanha negou a execução da ordem estrangeira em seu território, por entendê-la contrária à soberania nacional.²⁶ O Canadá, por sua vez, tratou de promulgar rapidamente uma lei de bloqueio, que serviu de base para os juízes denegarem a constituição de provas em território canadense. A Austrália não seguiu caminho diverso, promulgando também leis de bloqueio.²⁷

Uma das mais significativas leis de bloqueio do referido período é a promulgada em 1980 pelo Parlamento britânico, com o declarado objetivo de proteger o Reino Unido “contra tentativas de outros países de executar suas políticas econômicas e comerciais unilateralmente”.²⁸ Esse diploma estabelece três tipos de medidas que

⁽²⁶⁾ Como relata Lowe, foi argumentado à época que “1) The antitrust laws of the United States of America (‘U. S.’) should not provide jurisdiction for U. S. courts to investigate non U. S. companies and non U. S. individuals in respect of their actions outside the U. S.; 2) For the purposes of United Kingdom sovereignty the U. K. does not recognise any such investigation as having validity or as being proper; 3) The matters set out above are rendered a fortiori by virtue of the penal character of the antitrust laws; 4) Any use of the U. S. antitrust laws or procedures for the above purposes, except with the authority of the U. K., is an invasion of and prejudicial to U. K. sovereignty”. A Casa dos Lordes, por sua vez, acolheu integralmente essa argumentação que havia sido deduzida pelo Poder Executivo (Blocking extraterritorial jurisdiction: the British protection of trading interests act, 1980, *The American Journal of International Law*, p. 270). O desenrolar do caso do cartel do urânio foi decisivo para que a Grã-Bretanha emanasse, em 1980, o *British Protection of Trade Interest Act*, a que nos referimos adiante.

⁽²⁷⁾ V., sobre o caso, Luigi Fumagalli, *Conflitti tra giurisdizioni nell’assunzione di prove civili all’estero*, p. 158, nota 122. Verifique-se, também, Michel Calabrese (Jurisdiction – Limitations on concurrent jurisdiction – U. S. Court may order discovery of foreign documents, notwithstanding foreign law, if discovery will support national policy, is vital to the litigation, and may be accommodated by the foreign sovereign, *Virginia Journal of International Law*, p. 925 e ss.).

⁽²⁸⁾ Cf. declaração do Secretário de Estado para o Comércio (*Secretary of State for Trade*), transcrita por A. V. Lowe, Blocking extraterritorial

9.3 Proposta para diminuição dos conflitos de leis e de jurisdição

A doutrina dos chamados países desenvolvidos costuma colocar duas ordens de sugestão para solucionar conflitos de normas e jurisdição antitruste: a *progressiva harmonização das legislações*, para que se evitassem grandes disparidades entre os sistemas, ou a celebração de tratados visando à colaboração das autoridades antitruste e à diminuição dos problemas políticos decorrentes da extraterritorialidade.³³

Quanto a esses tratados, vale destacar que a facilitação do acesso a novos mercados é um dos fatores que impulsiona a busca por uma maior efetividade das leis antitruste e sua aplicação conforme critérios técnicos, procurando-se minimizar a influência da política interna de cada país. Dessa forma, nos últimos anos, foram intensificados os trabalhos que tendem a uma maior aproximação entre as legislações e sua aplicação (tais como aqueles desenvolvidos pela *International Competition Network*). As explicações dadas por membros das autoridades antitruste norte-americanas são bastante coerentes com essa visão: “Em um mundo onde muitas transações são revistas por várias agências antitruste, o risco de conflitos substantivos (em especial referentes a grandes transações) aumenta dramaticamente. (...) Uma vigorosa e competitiva economia de mercado produz milhares de acordos comerciais e transações todos os dias. (...) E, em nosso entendimento, o escopo das agências antitruste é

⁽³³⁾ Exemplo característico é o acordo celebrado entre Austrália e Estados Unidos, em 29 de junho de 1982, relativo à cooperação em questões antitruste. No preâmbulo do referido acordo, as partes reconhecem que “conflicts have arisen between the interest reflected in United States antitrust laws and policies and those reflected in Australian laws and policies, and that such conflicts may arise in the future”. A íntegra do acordo consta de apêndice ao livro de F. Capotorti et al., *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale* (atti e documenti del convegno di Napoli del 29 aprile 1988), p. 541. Sobre as práticas restritivas da concorrência e a cooperação econômica internacional, Alberto P. Xavier, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, p. 55 e ss.

importers and consumers in developing countries have also been affected by that cartel, EU and US antitrust officials never shared their findings with colleagues in the South”.³⁶

Na busca dessa “colaboração”, chegou a ir-se mais além, com a defesa da necessidade da criação de *órgão supranacional* competente para julgar questões internacionais antitruste e ditar as pautas de interpretação a serem seguidas pelos tribunais nacionais.³⁷

O primeiro ponto que merece relevo é que essa linha de pensamento denota a percepção do antitruste apenas como um instrumento para eliminarem-se os efeitos autodestrutíveis do mercado. Parte-se do seguinte raciocínio: práticas restritivas da concorrência podem ser prejudiciais ao comércio internacional e, portanto, devem ser reprimidas. Não vem considerada, entretanto, a aplicação de uma determinada política pública mediante a utilização das normas antitruste, motivo por óbvio suficiente para afastar a submissão da prática às autoridades estrangeiras, não comprometidas com políticas internas.

⁽³⁶⁾ Thomas Fritz, *The wrong forum: competition policy in the WTO*.

⁽³⁷⁾ As palavras de Bernini (*Un secolo di filosofia antitrust*, p. 122) sintetizam essa corrente de pensamento: “Manca, inoltre, un ente, agenzia od organo internazionale, con giurisdizione internazionale, in materia antitrust. La disciplina giuridica degli scambi internazionali è lasciata alle singole Autorità giudiziarie statali, che applicano la loro legge nazionale. È un approccio unilaterale, esclusivo. Non ci si chiede quale, di una moltitudine di leggi, nazionali od estere, sarebbe più opportunamente applicabile ad un caso concreto. Ci si preoccupa solo di rivendicare egoisticamente la giurisdizione del proprio ordine giudiziario. Ciò provoca conflitti e sovrapposizioni nel commercio internazionale, senza favorire la creazione di un tessuto unitario, capace di comporre antinomie che non restano limitate al settore economico, ma si spingono anche a livelli più marcatamente socio-politici”. A respeito da mesma questão, é indispensável, para que se conheça a opinião mais difundida entre juristas de países desenvolvidos, a consulta ao artigo de Karl M. Meessen, que, após analisar as principais decisões tratando de conflitos derivados da extraterritorialidade das leis antitruste, apresenta uma série de sugestões para seu superamento (*Antitrust jurisdiction under customary international law*, *The American Journal of International Law*, p. 783-810).

BIBLIOGRAFIA

- AAVV. *Il mercato delle regole*. Analisi economica del diritto civile. Bologna: Il Mulino, 1999.
- _____. *La crisi del diritto*. Padova: Cedam, 1953.
- _____. *Tarifas, quotas, e comércio*: a política do protecionismo. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- ABDALA, Edson Vieira e POPP, Carlyle. *Comentários à nova lei antitruste*. Curitiba: Juruá, 1994.
- AGHION, Philippe e BOLTON, Patrick. Contracts as a barrier to entry. *The American Economic Review* 77/388, 1987.
- ALESSI, R. e OLIVIERI, G. *La disciplina della concorrenza e del mercato*. Torino: Giappichelli, 1991. (Quaderni di Diritto Commerciale Europeo)
- ALESSI, Renato. *La revoca degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1942.
- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.
- AMATO, Filippo e SUBIOTTO, Romano. The reform of the European competition policy concerning vertical restraints. *Antitrust Law Journal* 69/147, 2001.
- AMERICANO, Jorge. *Aplicações do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.
- _____. Parecer. *RT* 129/59, 1939.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. In: FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

- , MATTOS, Ubiratan e VIEIRA, Carolina. Brazil – Cartel regulation. *Global Competition Law Review*, Londres, 2004.
- ANDREWS, P. W. S. *On competition in economic theory*. London: MacMillan, 1964.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Suma contra los gentiles*. Madrid: Autores Cristianos, 1953.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ARAÚJO JR., José Tavares de. Mercosul, Plano Bush e competitividade internacional da indústria brasileira. *Brasil: o desafio da abertura econômica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.
- AREEDA, Phillip. The changing contours of the per se rule. *Antitrust Law Journal*, v. 54, p. 27-30, 1985.
- e KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases*. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988; e suplemento de 1994.
- ARHEL, Pierre. *La pratique des accords de distribution*. Paris: EFE, 2000.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Atena, 1955.
- ARLANCH, Leila Cristina Garbin. A tutela dos interesses difusos e a intervenção administrativa. In: DALLARI, Adilson de Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico – 2*. São Paulo: RT, 1991.
- ASCARELLI, Tullio. *Consorti volontari tra imprenditori*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1937.
- . *Ensaio e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- . *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- . *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.
- . Abuso do poder econômico – Agrupamento de empresas – Concorrência – Sociedade por quotas – Gestão de negócio – Ratificação. *Revista Forense*, p. 61-73, jan. 1949.
- . La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* 32/1-39.



Diagramação eletrônica
Oficina das Letras Apoio Editorial Ltda.
CNPJ 03.391.911/00001-85

Impressão e acabamento
RR Donnelley
CNPJ 01.860.960/00001-94

A.S. L4173

