

COMBATE A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSNACIONAIS: O GRANDE DESAFIO DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI.

Fernanda Manzano Sayeg

I – Introdução

Muito tem-se falado em globalização e liberalização comercial, ressaltando-se a relevância desses dois fenômenos para a economia mundial. De fato, os fenômenos da globalização e da liberalização comercial causaram inúmeras transformações ao cenário econômico internacional, tendo em vista o forte crescimento do volume do comércio de bens e serviços e o crescente fluxo de investimentos diretos verificados na última década¹. O aumento do número de subsidiárias de empresas transnacionais também não deixa dúvidas de que, no início do século XXI, praticamente não há fronteiras territoriais para o comércio e para os investimentos em nível internacional.

Como consequência da internacionalização das economias nacionais, da transnacionalização das empresas e da intervenção do Estado na economia, constata-se um incremento das práticas comerciais transnacionais, notadamente das práticas que produzem efeitos negativos na economia de Estados diferentes daqueles em que a empresa se situa. Operações de concentração de empresas que produzem efeitos em mais de um país, cartéis transfronteiriços, acordos para excluir competidores estrangeiros de certas vendas e abusos de posição dominante na área internacional são alguns exemplos desses atos nocivos à livre concorrência. Tais práticas, conhecidas como práticas anticompetitivas transnacionais, devem merecer maior atenção nos próximos anos, em função de seu impacto sobre o comércio internacional e os mecanismos de defesa da concorrência. Por estarem em desacordo com o objetivo de maior eficiência dos fatores econômicos, as práticas anticompetitivas podem, em último grau, colocar em perigo todos os benefícios propiciados pela liberalização comercial.

¹ Segundo Vera Thorstensen “O forte crescimento do volume do comércio de bens e serviços atesta o impacto da liberalização no contexto mundial. As empresas estão também se adaptando a estratégias globais na área de produção e na prestação de serviços, explorando as vantagens comparativas de diferentes países, relocando fatores de produção e entrando em novos mercados”, in OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras Multilaterais do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, São Paulo, Aduaneiras, 2001, pg. 321.

As práticas anticompetitivas internacionais culminam, quase sempre, na intervenção de mais de um órgão de defesa da concorrência, o que nos leva a enfrentar questões delicadas, entre elas a aplicação extraterritorial de leis, a cooperação internacional entre os órgãos de defesa da concorrência, a harmonização das legislações e, até mesmo, a criação de um sistema multilateral para a defesa da concorrência. O presente trabalho visa a discutir as principais questões que surgem em decorrência das práticas anticompetitivas internacionais, e buscar apresentar algumas propostas que poderão conferir maior eficácia à proteção da defesa da concorrência em nível mundial.

II – Extraterritorialidade das leis antitruste

Como regra fundamental do Direito Internacional e da organização da Comunidade Internacional, cada Estado possui um ordenamento jurídico interno, que, em princípio, é aplicável em seu âmbito territorial. A aplicação extraterritorial de um direito nacional pode ser verificada sempre que um Estado aplica suas leis a situações total ou parcialmente constituídas no exterior, utilizando-se das normas de conflito de leis no espaço.²

Enquanto a jurisdição estatal deve se restringir ao território de determinado Estado, a atuação das empresas multinacionais não se limita a fronteiras territoriais, é internacional. Surge, assim, um grande dilema: ao aplicar leis nacionais a empresas transnacionais cujos atos produzam efeitos em seu território, estaria o Estado violando o princípio da territorialidade da jurisdição?

A questão da extraterritorialidade é uma questão polêmica, que esbarra em um conceito delicado: o conceito de soberania. João Grandino Rodas define soberania como “poder incontestável de fixar competências e de querer coercitivamente”. Ainda segundo o autor, tal poder teria sido atribuído aos Estados modernos, cujos direitos internos, de caráter imperativo, seriam aplicáveis a seus sujeitos, pessoas físicas ou jurídicas particulares, mas não eram suscetíveis de imposição aos outros Estados, pessoas jurídicas de Direito Internacional Público.³

² Cf. Vaz, Isabel, “Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade”, in *Revista do IBRAC*, vol. 4 nº 6, 1997, pg. 264.

³ De acordo com João Grandino Rodas: “Daí a cunhagem do brocardo: *Par in parem non habet imperium nec iudicium*, o igual não possui soberania sobre o seu igual, nem pode exercer jurisdição sobre ele”. Sobre a imunidade de jurisdição, discorre o autor que: “a regra da imunidade da estatal sofreria, nas últimas décadas, exceções. Precedentes jurisprudenciais, inicialmente do Estado da Flórida e do Reino Unido, estabeleceram que o reconhecimento da imunidade dependia de ter o Estado agido em função de sua soberania — *jus imperii*. Relativamente a meros atos de gestão — *jus gestionis* — mesmo que praticados por Estados, não seria reconhecida a imunidade

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 4º incisos I, IV e V, determina que as relações internacionais brasileiras rejam-se, entre outros princípios, pela independência nacional, pela não intervenção e pela igualdade entre os Estados. Desse modo, seria correto dizer que a submissão voluntária à jurisdição estrangeira por parte do Estado brasileiro, sem que se tratasse de razão de indiscutível relevância, não estaria em consonância com os princípios constitucionais pátrios.⁴ Todavia, será que em se tratando de atos que ameacem a livre concorrência e, conseqüentemente, a Ordem econômica, não estaríamos lidando com questões de indiscutível relevância para nosso país?

Ao analisarmos o art. 170⁵ da Constituição Federal constatamos que o exercício das atividades econômicas no país, em virtude do princípio da livre iniciativa, somente será assegurado se a atividade econômica respeitar o princípio da soberania nacional, pelo qual é vedado o exercício de qualquer atividade contrária aos interesses da nação. Constatamos, ainda, que a livre concorrência não constitui um valor absoluto, mas um princípio informador das atividades econômicas, a serviço do desenvolvimento econômico e dos interesses da economia nacional. Logo, podemos considerar que “a questão da extraterritorialidade da lei de defesa da concorrência é também uma questão de soberania nacional de natureza econômica”.⁶

Em consonância com os princípios constitucionais supracitados, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência - Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 - consagra, em seu artigo 2º, sua aplicação extraterritorial, ao estabelecer que: “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”. Portanto, não

em tela. Encontra-se, hoje, mundialmente assente, a possibilidade de se fazer essa diferenciação. Inobstante, o conceito de soberania do Estado tenha evoluído nos últimos tempos, pode-se dizer que a imunidade estatal continua sendo a regra, representando exceção a submissão de um Estado à jurisdição estrangeira, quando este age como gestor ou como *État commerçant*”, in “Brasil Submetido à Jurisdição dos Estados Unidos?”, *Correio Braziliense*, disponível em <http://www.correioweb.com.br>.

⁴ Com relação a eventuais limitações do art. 4º da Constituição vigente, José Carlos Magalhães afirma que “Não comportam, tais princípios, limitações que não as impostas pelo direito internacional, como deixou assente a Corte Permanente de Justiça Internacional”, fazendo referência à sentença final da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lótus*, in “Leis da Concorrência e Globalização”, in Avances Del Derecho Internacional Privado em América Latina, Montevideu, Fundación de Cultura Universitária, 2002, pg. 366.

⁵ Art. 170 da Cf/88, caput e inciso I.

⁶ Apud Vaz, Isabel, op. cit., pg. 269.

restam dúvidas de que a legislação brasileira possibilita a aplicação extraterritorial da legislação antitruste brasileira, qualquer que seja a representação da empresa estrangeira em nosso país.⁷

Apesar de grande parte das legislações antitruste prever sua aplicação extraterritorial, há muitas divergências entre essas legislações sobre aspectos importantes. Os Estados Unidos defendem a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência visando não apenas ao combate de condutas anticompetitivas ocorridas fora de seu território que gerem efeito negativo em seu mercado interno, mas também aquelas condutas que dificultem a entrada ou a atividade de empresas americanas em outros Estados. Tal posicionamento, desde os anos 60, tem provocado o repúdio de diversos Estados, sob a alegação de que a aplicação "extraterritorial" da legislação transcende o escopo legítimo da jurisdição dos Estados Unidos e caracteriza um desrespeito à sua soberania. Em 1982, o Congresso dos Estados Unidos promulgou a Foreign Trade Antitrust Improvements Act, que passou a limitar a incidência da jurisdição antitruste dos Estados Unidos a condutas que tivessem um efeito "direto, substancial, e razoavelmente previsível" sobre seu comércio doméstico, incluindo exportações. O Departamento de Justiça, em 1988, limitou os casos em que exerceria jurisdição sobre a conduta anticompetitiva estrangeira àqueles em que os consumidores americanos fossem prejudicados. Tal política foi abolida em 1992, e, atualmente, os órgãos do governo podem se opor a condutas que prejudiquem as exportações dos Estados Unidos, não fazendo diferença o fato de os consumidores serem ou não prejudicados. Mais recentemente, em um caso em que o Departamento de Justiça apresentou objeções contra um suposto cartel de fabricantes de papel de fax do Japão, um tribunal federal de recursos sustentou a capacidade do Departamento de Justiça de usar

⁷ De acordo com o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.884/94: "Reputa-se situada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante". Cabe ressaltar que a Lei nº 10.149/00 aperfeiçoou a redação do artigo 2º da Lei nº 8.884, alterando a palavra "situada" para "domiciliada", de encontro com que estabelece o artigo 88, inciso I do Código de Processo Civil pátrio. A lei em questão acrescentou, também, um parágrafo segundo ao artigo 2º, cuja redação estabelece que: "A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil". Esse parágrafo previne eventuais problemas pela realização da notificação no exterior. Sobre esse assunto ver José Gabriel de Assis Almeida, "A Aplicação "Extraterritorial" do Direito da Concorrência Brasileiro", in *Revista do IBRAC*, vol. 8, nº 3, 2001, pgs. 76/77.

as disposições criminais do Sherman Act⁸ para mover ações nas hipóteses de conduta anticompetitiva com elementos estrangeiros que afetem, de maneira direta e substancial, o comércio dos Estados Unidos.⁹

Com relação à importância da livre concorrência na União Européia, o Tratado da União Européia estabelece como um dos objetivos a serem alcançados “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.^{10/11} Na União Européia, cada Estado membro tem competência para aplicar sua legislação de defesa da concorrência em atos cujos efeitos se limitem a seu território. O órgão comunitário responsável pela concorrência é a Comissão – e em especial a Diretoria Geral IV, ou DGIV – cujos poderes são o de analisar os grandes atos de concentração que possam lesar a concorrência no mercado comunitário, aprovando-os ou vetando-os, e investigar acusações e violações das normas comunitárias, podendo ordenar a cessação das práticas ilegais e impor multas às empresas.¹² Assim, caso se trate de um ato que afete o comércio entre os países da União Européia que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, ou ainda que constitua abuso de posição dominante exercido em todo o mercado comum europeu ou em parte substancial do mesmo, devem ser aplicadas as regras do Tratado de Roma, especialmente as regras previstas pelo Regulamento (CEE) n° 4064/89, não importando onde as empresas estejam sediadas, sua nacionalidade, se são públicas ou privadas.¹³ Vale destacar

⁸ De acordo com Isabel Vaz, a lei antitruste americana, por ser considerada norma de natureza penal, não poderia ser objeto de aplicação extraterritorial, já que essa aplicação seria vedada a normas penais. Porém, na decisão do julgamento do caso *United States vs. Alluminium Company of America*, o tribunal americano declarou que “... é lei reconhecida que todo Estado pode impor responsabilidades, mesmo sobre não súditos, por conduta fora de suas fronteiras, que tenha conseqüências dentro delas, as quais o Estado proíbe, e estas responsabilidades outros Estados as reconhecerão normalmente”, *op. cit.*, pgs. 272/273.

⁹ Sobre extraterritorialidade da legislação antitruste dos Estados Unidos ver Tritell, Randolph, “Aplicação das Leis Antitruste Americanas à Conduta de Outros Países: Fatos Recentes”, in *Perspectivas Econômicas - Revista Eletrônica da USIA*, vol. 4. n° 1, 1999.

¹⁰ Tratado da União Européia, artigo 3, alínea g .

¹¹ De acordo com Elizabeth Accioly “alguns autores incluem a concorrência como sendo a quinta liberdade do mercado comum”, in *Mercosul e União Européia – Estrutura jurídico-institucional*, 2ª Edição, Juruá, Curitiba, 2001, pg. 44.

¹² Para maiores informações sobre a defesa da concorrência na União Européia consultar Elizabeth Accioly, *op. cit.*, pgs. 44/48; e Maria Cecília Andrade, *Controle de Concentrações de Empresas*, São Paulo, Singular, 2002, pgs. 75/294.

¹³ Cf. artigo 1 n° 1 e 2 do Regulamento (CEE) n° 4064/89 apud Vaz, Isabel, *Direito Econômico da Concorrência*, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pgs. 118/119,

que a política de concorrência da União Europeia se aplica também aos subsídios concedidos pelos Estados membros.

Tendo em vista o número e as conseqüências negativas decorrentes de práticas anticompetitivas verificadas no cenário do comércio internacional, concluímos que é impossível a defesa da concorrência em um Estado sem a regulamentação de atos praticados fora dele, ou seja, sem considerar a aplicação extraterritorial de suas leis de defesa da concorrência.

Entretanto, se, de um lado a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência não pode ajudar a enfrentar alguns dos problemas resultantes de práticas anticompetitivas transnacionais, de outro impõe algumas dificuldades. Um exemplo ilustrativo dos riscos gerados pela incidência extraterritorial das legislações antitruste é o caso GE-Honeywell, que consistiu na tentativa de fusão entre duas mega empresas norte-americanas: a General Eletric (GE) e a Honeywell. Apesar de o ato de concentração haver sido aprovado nos Estados Unidos pelas autoridades antitruste, a operação não se concretizou em razão da forte oposição feita pelas autoridades da União Europeia¹⁴. A não concretização da fusão entre a GE a Honeywell é resultado do conflito entre duas legislações com diferentes princípios e objetivos. As leis antitruste norte-americanas vislumbram a livre competição como um fim em si mesma, ou seja, objetivam garantir a sobrevivência do mais eficiente, em quaisquer circunstâncias, mesmo quando as conseqüências da concentração sejam a captura do mercado por uma única empresa. Por outro lado, a legislação comunitária europeia, assim como a brasileira, visam à defesa das empresas e a justa competição, pois consideram que a livre concorrência não constitui um fim em si mesma, mas possui um significado instrumental¹⁵.

e Andrade, Maria Cecília, Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo, Singular, 2002, pgs. 287/290.

¹⁴ Escreve Onofre de Arruda Sampaio que, segundo o artigo “The new trustbusters”, de autoria de David S. Evans e publicado na revista *Foreign Affairs* de jan./fev. de 2002, “embora as autoridades norte-americanas e europeias tenham concluído que a fusão faria baixar os preços para os consumidores, os europeus consideraram que a operação tornaria a competição difícil para outras empresas concorrentes, como a United Technologies e a Rolls-Royce, que poderiam vir a ser expulsas do mercado, dando espaço para que a GE e a Honeywell, uma vez unidas, pudessem vir no futuro a impor preços mais altos para os seus produtos”, *Globalização e Política de Concorrência*, in O Estado de São Paulo, 11/06/02, disponível em www.estado2.com.br.

¹⁵ Ainda segundo Onofre Arruda Sampaio, o fato das políticas brasileira e europeia de defesa da concorrência possuírem um significado instrumental significa que, em certas circunstâncias definidas por lei, devem ceder à implementação de outras políticas públicas de igual importância. Idem.

Assim, os riscos inerentes aos sistemas unilaterais de defesa da concorrência e, conseqüentemente, a aplicação extraterritorial de leis para combater práticas anticompetitivas - tais como, a insegurança jurídica, decisões contraditórias, elevados e desnecessários custos de transação para se notificar a operação em diversas jurisdições, o início de investigações de diversos órgãos de defesa da concorrência e o difícil cumprimento de determinada medida judicial em outro Estado - nos levam a concluir pela necessidade da criação de um sistema internacional para a defesa da concorrência, com o intuito de harmonizar as legislações e/ou compatibilizar as ações dos órgãos nacionais, evitando tensões entre Estados e, ao mesmo tempo, criando um mecanismo eficiente para a defesa da concorrência¹⁶.

Nesse contexto, surgem algumas questões extremamente importantes relacionadas à cooperação internacional. Gesner Oliveira destaca a relevância desta cooperação não só para a defesa da concorrência em si, mas também para o estímulo ao comércio e ao investimento¹⁷, plenamente verificada no combate aos cartéis internacionais; na redução dos custos de transação e harmonização no exame de atos de concentração transfronteiriços; e no fortalecimento institucional e na disseminação da cultura da concorrência.¹⁸ Por-

¹⁶ Com relação à extraterritorialidade, comenta Gesner de Oliveira que: “A mera aplicação de cláusulas de extraterritorialidade não é o suficiente para lidar com a nova agenda global. A harmonização de procedimentos e a permanente cooperação entre os vários órgãos governamentais em nível nacional poderiam, certamente, reduzir o custo, tanto para o setor público quanto para o setor privado, referente à aplicação do controle de fusões. Esse é um dos principais objetivos do CADE”, “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, pg. 5.

¹⁷ Nas palavras de Gesner Oliveira “... pode-se argumentar que a defesa da concorrência atrai o IDE ao fornecer um ambiente de negócios que favorece a competição entre empresas sem reservas de mercado ou favoritismo, cujo acesso depende da discricionariedade da autoridade administrativa”, Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo, Saraiva, 2001, pg. 119.

¹⁸ Segundo o ex-presidente do CADE, condutas de cartéis transnacionais requerem a ação concertada entre diversos países, na medida em que esse tipo de cartel pode provocar distorções em todo o comércio internacional. As regiões que consomem produtos cartelizados têm seus termos de troca deteriorados. Com relação à redução dos custos de transação, Gesner Oliveira destaca que “Algumas das transações submetidas ao CADE foram previamente analisadas por várias agências com duplicação de custos administrativos. Encontram-se em discussão mecanismos de análise ou simplesmente de apresentação uniforme em múltiplas jurisdições. Simplificações nesta área representam ponderáveis custos de transação...”. Além dos custos elevados, é muito comum a apresentação de operações em mais de uma jurisdição resultar em decisões contrárias ou contraditórias das autoridades antitruste. Com relação ao

tanto, a cooperação internacional não só permitiria o combate às práticas anti-competitivas extraterritoriais, como também propiciaria um avanço na economia mundial, na medida em que garantiria um maior fluxo de investimento estrangeiro direto e um maior número de negócios no campo do comércio internacional.

III – Cooperação internacional para a defesa da concorrência

A cooperação para a defesa da concorrência pode se dar em três níveis distintos: entre dois países, inserida em blocos de integração regional, ou entre diversos Estados. Conseqüentemente, a doutrina classifica esses três sistemas de cooperação internacional em: (i) sistema de cooperação bilateral; (ii) sistema de cooperação regional; (iii) sistema de cooperação multilateral. Não há um consenso quanto ao âmbito mais adequado para as discussões acerca das normas antitruste – se esse debate deveria ocorrer apenas bilateralmente, dentro de blocos regionais ou no âmbito de organização internacional – ou ainda se esses três sistemas deveriam coexistir. A visão de missão compartilhada, em contraposição à visão insular de aplicação da legislação antitruste está, sem dúvida, ganhando cada vez mais adeptos.

3.1. Cooperação bilateral

A cooperação bilateral corresponde ao padrão atual de cooperação internacional. Países como os Estados Unidos são favoráveis ao modelo bilateral de cooperação, embasados nos resultados positivos alcançados pelos convênios firmados com seus principais parceiros comerciais¹⁹, como Canadá,

fortalecimento institucional e a difusão da cultura da concorrência, o autor destaca o intercâmbio entre os órgãos e a utilização da jurisprudência internacional como fundamentais para a convergência entre as práticas nacionais antitruste, capaz de atenuar o problema de assimetria do investidor externo. Ressalta, por fim, que a tendência ao subinvestimento institucional, em grande parte causada pelo problema econômico do free rider, não assola apenas países em desenvolvimento, mas nestes o problema torna-se mais agudo, em função da dificuldade de implementação de regras de competição de mercado, devido à falta de cultura de concorrência, e da implementação desta política significar elevadas economias de escala e aprendizagem, *op. cit.*, pgs. 52/58.

¹⁹ Sobre os acordos de cooperação bilaterais, esclarece Joel Klein, Procurador-Geral Assistente da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: “Temos cooperado muito com as autoridades antitruste estrangeiras, especialmente as autoridades européias e canadenses. Desenvolvemos o que chamamos de mecanismo de troca de informações por meio de um "entendimento positivo", segundo o qual, se achamos que há um problema com o acesso ao mercado na Europa, fazemos uma avaliação preliminar e enviamos o caso para que as autoridades de lá o examinem”....

União Européia, Austrália, Israel, Brasil, México, Japão, entre outros países²⁰. O nível de comprometimento dos acordos, que varia em cada um deles, corresponde a diferentes graus de cooperação, em função do diferente estágio de desenvolvimento institucional da política de defesa da concorrência de cada país²¹. A doutrina classifica os acordos de cooperação bilateral em acordos de primeira geração, ou suaves, e em acordos de segunda geração.

Na lição de Greta Spota Dierix²², podemos classificar os acordos bilaterais de cooperação em acordos de primeira geração, ou suaves, e acordos de segunda geração. Os acordos de primeira geração seriam aqueles que estabelecem mecanismos para a notificação de práticas anticompetitivas e concentrações transnacionais, para a facilitação de consultas, para a coordenação de ações legais, e para o intercâmbio de informações não confidenciais. De modo geral, tais convênios surgem informal e regularmente, no momento em que o intercâmbio entre órgãos de defesa da concorrência faz-se necessário, em

“Tivemos um relacionamento de trabalho bastante eficiente com os europeus, no que se refere a uma investigação dos serviços de informações do mercado de pontos de vendas - como os procedimentos da Nielsen na Europa afetavam a IRI, o concorrente da Nielsen baseado nos Estados Unidos, nos mercados dos Estados Unidos e da Europa. Essencialmente, deixamos os europeus tomar a dianteira nesse assunto. Permanecemos informados. Eles conseguiram uma solução satisfatória para o seu caso, nós, basicamente, endossamos os resultados, sem duplicar o trabalho deles. Acho que esse procedimento foi eficiente para todas as partes interessadas”, entrevista publicada em Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 nº1, fev.1999, pg. 3.

²⁰Sobre os acordos bilaterais firmados pelos Estados Unidos, maiores informações podem ser encontradas no site do Department of Justice, em: www.usdoj.gov/atr/public/international_agreements.htm.

²¹ Gesner de Oliveira “... o grau de desenvolvimento institucional da defesa da concorrência de um país não é uma questão trivial. Pressupõe-se que a política de defesa da concorrência é implementada gradualmente, em um processo que contém vários estágios e que reflete as circunstâncias usualmente enfrentadas pelas autoridades de defesa da concorrência”. Gesner Oliveira ensina que há sete níveis de desenvolvimento institucional, sendo que o primeiro corresponde à inexistência de legislação sobre defesa da concorrência ou sua recente implementação, e o sétimo consiste no alcance da maturidade institucional. Apenas ao atingir o estágio cinco o país estaria apto a iniciar as negociações para a implementação de acordos bilaterais de primeira geração. No estágio seis tais acordos já estariam estabelecidos e em funcionamento. Ao atingir o sétimo e último estágio, seriam estabelecidos acordos de segunda geração, cujo objetivo seria o de “regulamentar transações e práticas efetivadas fora das jurisdições nacionais”, *op. cit.*, pgs. 119/121.

²² “Reflexiones en Torno a las Posibilidades de Cooperación Internacional en Materia de Competência”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, nº 5, nov/1998, pgs. 40/43.

virtude do incremento do comércio entre dois Estados e, conseqüentemente, do aumento das práticas anticoncorrenciais com efeitos extraterritoriais. Os acordos de segunda geração, por sua vez, visam à intensificação da cooperação através da eliminação de obstáculos remanescentes, especialmente no que se refere à possibilidade de intercâmbio de informações confidenciais. Esses acordos significam que deve haver um alto grau de comprometimento entre as autoridades antitruste, além de um alto índice de desenvolvimento institucional dos dois países, o que justifica o pequeno número de acordos dessa espécie²³.

É muito comum acordos de primeira geração adotarem princípios de cortesia internacional (comity clauses), ou seja, princípios de cortesia positiva (positive comity) e de cortesia negativa (negative comity). Pela adoção do princípio da cortesia negativa as partes se comprometem a levar em consideração os interesses dos outros países ao aplicarem sua legislação a atos transnacionais. Por outro lado, a cortesia positiva permite que a parte afetada por práticas ocorridas em outros país notifique e solicite à autoridade competente do país em que o ato teve origem que aplique sua legislação.²⁴ É mister salientar que a cortesia negativa é mais freqüentemente adotada nos acordos de primeira geração do que a cortesia positiva.²⁵

²³ Estados Unidos, União Européia, Canadá e Austrália já celebraram acordos bilaterais de segunda geração. São exemplos desses acordos o Tratados de Assistência Legal Mútua (firmados pelos Estados Unidos com de 20 países); o Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados Unidos e a Comissão das Comunidades Européias no que diz respeito à aplicação de suas regras da concorrência; e o Acordo de Cooperação entre o Governo do Canadá e a Comissão das Comunidades Européias no que diz respeito à aplicação de suas regras da concorrência.

²⁴ De acordo com Maria Cecília Andrade, o conceito de positive comity, consagrado pela Recomendação da OCDE de 27 e 28/07/1995, possibilitou não só a redução do número de casos examinado por mais de uma autoridade da concorrência, como também os custos e os riscos de decisões contraditórias, além dos conflitos políticos decorrentes da aplicação extraterritorial das leis. Acrescenta a autora que “... duas críticas se colocam a uma adoção irrestrita deste conceito: em primeiro lugar, o seu uso é recente, existindo pouca experiência em sua aplicação. Por outro lado, se for mal utilizado, pode desencadear uma “onda” de notificações que poderá deturpar a sua verdadeira finalidade”, *op. cit.*, pg. 298.

²⁵ Com relação a esse aspecto, Carolina Spack Kimmelmeir ressalta o fato da cortesia positiva representar ainda uma novidade, “... prevista pela primeira vez no convênio firmado entre União Européia e Estados Unidos, em 1991 e complementado pelo ‘Acordo relativo a aplicação dos princípios de cortesia positiva na aplicação de suas normas de concorrência’, em vigor desde 1998. Conforme aponta Nora Balzarotti, sua primeira aplicação prática se deu em 1997, quando a União Européia solicitou sua utilização diante de uma possível prática anticompetitivas de companhias aéreas”, in

Nem sempre, porém, a cooperação bilateral produz os resultados desejados no combate às práticas anticoncorrenciais extraterritoriais. Há casos em que, apesar da cooperação, os órgãos adotaram medidas diferentes e, muitas vezes, até contraditórias²⁶. Nessas hipóteses, considera-se que a operação pode produzir efeitos diversos em cada uma das jurisdições, especialmente se os mercados possuírem características regionais, uma vez que a cooperação enfatiza atividades gerais de intercâmbio técnico, e as legislações não passam por um processo de harmonização, conceitual e jurisprudencial.

3.2. Cooperação regional

A cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência pode ocorrer, também, inserida em blocos de integração econômica. O modelo mais desenvolvido de cooperação regional é o da União Européia, por se tratar do exemplo mais bem acabado de integração regional. Nas Américas, podemos citar o Mercosul e o NAFTA como blocos que prevêm a cooperação entre seus membros, e, no caso da ALCA, a cooperação para a defesa da concorrência já é um ponto debatido, antes mesmo de sua criação. Esse modelo de cooperação é tão freqüente em blocos de integração econômica por dois motivos: em primeiro lugar, porque permite o tratamento conjunto das práticas anticompetitivas transnacionais, evitando, assim, decisões discrepantes sobre um mesmo ato; e, por outro lado, porque possibilita a troca de experiências entre as autoridades antitruste e, conseqüentemente, propicia o desenvolvimento de uma cultura da concorrência, tão importante para países em desenvolvimento, especialmente para aqueles que apenas recentemente adotaram normas de defesa econômica ou o modelo de economia de mercado²⁷.

Na União Européia, a defesa da concorrência desempenha um papel extremamente importante, pois, como mencionado no capítulo anterior, o mercado comum europeu é um mercado concorrencial²⁸. Como mencionado no item II desse artigo, a competência da Comissão Européia e a conseqüente aplicação do Direito Comunitário da Concorrência se restringem a atos que

“Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA”, in *Revista do IBRAC*, vol. 9 n° 1, 2002, pg. 169.

²⁶ Como verificado na análise do ato de concentração entre a GE e a Honeywell, descrito resumidamente nas páginas 6 e 7 desse artigo, em que o Department of Justice aprovou com restrições a fusão e a Comissão da União Européia vetou a operação. Para maiores informações sobre esse caso, consultar The Commission of the European Communities, Case n° COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, *Journal of the European Community*, 2001.

²⁷ Cf. Carolina S. Kemmelmeir, *op. cit.*, pg. 172.

²⁸ A importância da livre concorrência na União Européia foi discutida nas pgs. 6 e 7 desse trabalho.

afetem o comércio entre os países da União Européia, que impeçam ou falseiem a concorrência no mercado comum, ou ainda que constituam abuso de posição dominante exercido em todo o mercado ou em parte substancial do mesmo. Desse modo, a cooperação entre os órgãos nacionais de defesa da concorrência é fundamental para garantir o sucesso das análises e das decisões da Comissão.

A Comissão Européia, apesar de estar se esforçando para ampliar seu campo de atuação fora do mercado comum europeu, tem esbarrado em alguns obstáculos, como, por exemplo, a inexistência de mecanismos legais para garantir que determinado ato de concentração lesivo ao mercado europeu não seja aprovado pela autoridade de defesa da concorrência de determinado Estado²⁹. Os acordos de cooperação bilateral, apesar de considerados mecanismos eficientes para se evitar esse tipo de problema, só produzem efeitos entre os Estados parte. A solução residiria, assim, na celebração de inúmeros acordos de cooperação ou na criação de um sistema multilateral de cooperação para defesa da concorrência.

A cooperação entre as autoridades antitruste do Mercosul foi instituída pelo Protocolo de Defesa da Concorrência (Decisão 18/96). O artigo 30 do Protocolo estabelece que as autoridades antitruste dos países membros deverão adotar mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico com o intuito de aperfeiçoar os sistemas nacionais e os instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante o intercâmbio de experiências e informações, além da atuação conjunta na investigação de práticas anticoncorrenciais no Mercosul.³⁰ Essa cooperação pode ser vista, na prática, mas apenas entre os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência do Brasil e da Argentina (CADE e CNDC, respectivamente).

No Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) também é prevista a cooperação e a coordenação entre as autoridades antitruste, com o intuito de fortalecer a defesa da concorrência na área de livre comércio, compreendendo assistência mútua, notificação, consultas e troca de informações. Cabe salientar que no NAFTA não há uma autoridade supranacional

²⁹ Essa situação, como lembra Maria Cecília Andrade, ocorreu no caso *Gencor/Lornho*, analisado na África do Sul. Apesar de a Comissão ter declarado a incompatibilidade do ato de concentração no mercado comum, não havia como garantir que a operação fosse vetada, *op. cit.*, pgs. 289/290.

³⁰ Carolina S. Kimmelmeir, ao refletir sobre as disposições do artigo 30 da Decisão 18/96, acredita que podemos vislumbrar a futura adoção da cláusula de cortesia positiva e de intercâmbio de informações confidenciais entre os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, *op. cit.*, pg. 171.

para a defesa da concorrência, visto que o mecanismo de solução de controvérsias não se aplica a casos de concorrência.

Nas discussões sobre Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), ainda em estágio embrionário, o tema da cooperação para a defesa da concorrência é um tema freqüente. Em 1998, na Cidade do Panamá, 11 países americanos assinaram o Comunicado do Panamá sobre as Políticas Antitruste e de Concorrência. Através desse documento, os Estados americanos reconheceram a necessidade de possuírem mercados abertos e competitivos, além da nocividade de práticas anticompetitivas e de cartéis à livre concorrência, e, sobretudo, reconheceram a importância da cooperação “para maximizar a eficácia e a eficiência da aplicação das leis de concorrência, e ajudar a disseminar as melhores práticas para a implementação das políticas de concorrência, com ênfase na transparência institucional”.³¹ Dessa forma, os 11 Estados signatários do Comunicado do Panamá deram um passo em direção à cooperação na ALCA.

É mister salientar que a cooperação para a defesa da concorrência no âmbito da ALCA poderá ser benéfica aos países em desenvolvimento, uma vez que a experiência adquirida pelos Estados Unidos em acordos de cooperação e no combate a práticas anticompetitivas poderá ser partilhada com os demais membros da ALCA. É inegável, porém, que, para se levar a cabo a cooperação, será necessária sua adequação ao diferente nível de desenvolvimento institucional dos países americanos.

3.3. Cooperação multilateral

Apesar dos acordos bilaterais e regionais mostrarem-se eficazes no intercâmbio de informações e na disseminação da cultura de defesa da concorrência, esses dois tipos de cooperação não conseguiram, por si só, evitar decisões discrepantes a respeito de determinada conduta, muito menos garantir a aplicação de suas decisões em países com os quais não elaboraram nenhuma espécie de convênio. Apenas através da criação de um sistema multilateral de defesa da concorrência seria possível a harmonização das legislações antitruste e a criação de um mecanismo supranacional de solução de controvérsias e, logo, o efetivo combate às práticas anticompetitivas transnacionais.

3.3.1. Propostas para criação de um sistema multilateral de cooperação

A intenção de criar-se um sistema multilateral de defesa da concorrência não é um desejo recente. Encontramos previsões acerca do tratamento de práticas comerciais restritivas que pudessem prejudicar concorrência no

³¹ Comunicado do Panamá sobre as Políticas Antitruste e de Concorrência, item 3, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 nº 1, fev/1999.

comércio internacional desde a Carta de Havana, datada de 1948, que previa a criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIT)³². Tendo sido rejeitada a Carta de Havana pelo Congresso dos Estados Unidos, as regras relativas ao comércio internacional foram transformadas no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), não tendo sido esquecidas as preocupações com práticas anticoncorrenciais, já que, segundo Maria Cecília Andrade “... em vários instrumentos legais da OMC³³ podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da política de concorrência”.³⁴

Nos anos 50, a Organização das Nações Unidas (ONU) demonstrou-se preocupada com as práticas comerciais restritivas, e tomou a iniciativa de elaborar acordos multilaterais não vinculativos sobre o tema. Em 1980, a Assembleia Geral da ONU adotou, então, um conjunto de princípios – o Conjunto de Princípios e Regras Justas Acordadas Multilateralmente para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas, conhecido como *The Set* – que se transformou em recomendação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), cujos objetivos eram assegurar que as práticas comerciais não impedissem a fruição dos benefícios conseguidos com o processo de liberalização do comércio internacional, especialmente em relação a países em desenvolvimento, e garantir maior eficiência ao comércio internacional.³⁵ A UNCTAD, desde então, vem buscando desenvolver diretrizes orientadoras no campo do direito antitruste para seus membros.

³² Nesse sentido, ver Vera Thorstensen, *op. cit.*, pgs. 323/324. De acordo com a autora “O objetivo da Carta neste tema era de prevenir, por parte de empresas privadas ou públicas, práticas comerciais que afetassem o comércio internacional e que restringissem a concorrência, limitassem o acesso a mercados, ou favorecessem o controle monopolístico, sempre que tais práticas tivessem um efeito prejudicial na expansão da produção ou comércio, e interferisse com os objetivos da própria Carta (Artigo 4.61)”.

³³ Organização Mundial do Comércio.

³⁴ In Andrade, Maria Cecília, “Concorrência”, in *O Brasil e a OMC*, 2ª Edição, Curitiba, Juruá, 2002, pgs. 297/298.

³⁵ Acrescenta Vera Thorstensen que o Conjunto de Regras da UNCTAD “Possibilita a negociação de um acordo com os objetivos nacionais de desenvolvimento econômico e social através de: (i) criação, encorajamento e proteção da concorrência, através do controle de concentração de capital de capital ou do poder econômico, além de encorajamento a inovação; (ii) eliminação das desvantagens ao comércio e ao desenvolvimento que possam resultar de práticas comerciais restritivas e das atividades das corporações transnacionais, e assim ajudar a maximizar os benefícios do comércio internacional; (iii) adoção do Conjunto de Regras como forma de facilitar o cumprimento de leis e políticas nessa área, em nível nacional e regional”, *op. cit.*, pgs. 324/325.

Desde a década de 60, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), através de grupos de trabalho, tem desenvolvido análises e recomendações para a defesa da concorrência³⁶ que, apesar de não possuírem caráter vinculativo, incluem um instrumento de notificação entre as agências nacionais responsáveis pela concorrência. Os trabalhos realizados no âmbito da organização concluíram que a cobertura e a abrangência das normas, seu efetivo cumprimento e a identificação das práticas anticompetitivas são fatores essenciais para a eficácia de leis internacionais sobre defesa da concorrência. Podemos dizer que, apesar do trabalho realizado pela OCDE ser um trabalho respeitado e positivo no que se refere à adoção de normas antitruste em nível multilateral, sua iniciativa não é suficiente para extirpar as condutas anticoncorrenciais do comércio internacional.

Algumas outras organizações internacionais vêm desenvolvendo trabalhos similares. O Banco Mundial, por exemplo, apóia financeiramente uma série de iniciativas com o intuito de promover a cultura da concorrência, além de prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. A American Bar Association (ABA) elaborou, em 1991, um relatório denominado *International Antitrust*, através do qual concluiu pela impossibilidade de uma lei antitruste em nível mundial. Em 1993, um grupo formado por acadêmicos, o Grupo de Munique, elaborou o *International Antitrust Code*, o qual, segundo o Grupo, deveria ser incluído no GATT. A Comissão da Comunidade Européia reuniu especialistas em 1995 e este trabalho resultou no “*Report on Competition Policy in the New Trade Order*”, que recomendava um acordo multilateral dentro da OMC e, por sua vez, foi adotado como posição da Comunidade Européia junto à organização.

O trabalho de todas essas organizações e instituições chamou a atenção da Organização Mundial do Comércio para a necessidade de adoção de medidas para combater as práticas anticompetitivas internacionais, em virtude dos efeitos de sua nocividade ao comércio internacional.

3.2.2. A OMC e a defesa da concorrência

³⁶ A OCDE adotou em 1967 a “Recomendação do Conselho referente à cooperação entre os Estados-membros sobre práticas restritivas ao comércio que afetem o comércio internacional”; em 1973 a “*Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*”; em 1976 as “Diretrizes comportamentais para empresas internacionais”; em 1995 foi revisada a recomendação de 1967; e, em 1999, foi apresentado um novo relatório sobre desenvolvimento em âmbito mundial.

A OMC sempre preocupou-se com o a livre concorrência no âmbito do comércio internacional, ainda que indiretamente.³⁷ No entanto, após a considerável diminuição das barreiras governamentais que obstavam o comércio internacional nos anos 80 e 90, houve um significativo aumento no número de práticas anticompetitivas de efeitos transnacionais e, conseqüentemente, tais práticas passaram a repercutir no comércio internacional, e a serem debatidas na OMC. Prova disso é o número de painéis criados no sistema GATT/OMC referentes a conflitos envolvendo medidas anticoncorrenciais restritivas ao comércio, casos analisados dentro do Artigo XXI do GATT sobre anulação ou prejuízo aos benefícios resultantes das negociações multilaterais³⁸.

Assim, em 1996, na Conferência Ministerial de Cingapura, foi criado o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência, cujos trabalhos devem estar coordenados com o Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimento, com o objetivo de estudar temas que envolvam comércio e concorrência para identificar áreas que mereçam maior consideração por parte da OMC. A importância dos trabalhos do Grupo reside no fato de seus relatórios sintetizarem a posição dos membros da OMC sobre a viabilidade da implementação de um acordo multilateral sobre defesa da concorrência.

Após a apresentação de um relatório sintetizando os trabalhos do Grupo em 1998, o Conselho Geral determinou o prosseguimento dos trabalhos do Grupo até 2000, cujo mandato estabelecia como tópicos para os próximos trabalhos: (i) a relevância dos princípios fundamentais da OMC para a

³⁷ De fato, como observa Vera Thorstensen, no âmbito do GATT/OMC encontramos medidas sobre concorrência. Após o fracasso da implementação da Carta de Havana, muitas vezes o tema foi alvo de discussões, sendo, inclusive, incluído nas negociações nos trabalhos preparatórios da Rodada do Uruguai, ficando excluído da agenda devido à falta de consenso entre os membros sobre o assunto. Porém, em vários acordos da Rodada do Uruguai podemos vislumbrar dispositivos relacionados à concorrência, seja limitando a habilidade dos governos de imporem medidas ao comércio que restrinjam a concorrência, seja limitar práticas empresariais que podem distorcer ou restringir o comércio internacional. Nesse sentido, a autora destaca os seguintes acordos: Propriedade Intelectual, Investimentos, Serviços, Salvaguardas, Empresas Estatais, Barreiras Técnicas, Medidas Sanitárias e Fitosanitárias, Antidumping, Compras Governamentais e Aviação Civil (WTO, Working Group on Trade and Competition, 1997), *op. cit.*, pgs. 330/331.

³⁸ O artigo XXIII estabelece a possibilidade de análise pelo Órgão de Solução de Controvérsias de casos em que benefícios ou concessão de objetivos do GATT estão sendo prejudicados em função (i) do não cumprimento das obrigações previstas no acordo por uma das partes; (ii) aplicação de medida que conflite ou não com os requisitos do acordo; (iii) existência de outra situação.

política da concorrência; (ii) os modos de promoção para a cooperação entre os membros; (iii) a contribuição da política de concorrência para alcançar os objetivos da OMC. Apesar de suas discussões concentrarem-se sobre aspectos preliminares, muitas têm sido as contribuições do Grupo desde sua criação.³⁹ Seus relatórios evidenciaram que um acordo sobre defesa da concorrência no âmbito da OMC poderia ser formulado, respeitando suas peculiaridades e princípios básicos da Organização, como os princípios da nação mais favorecida⁴⁰, do tratamento nacional⁴¹ e da transparência⁴².

Com relação às normas a serem adotadas no Acordo sobre Medidas Antitruste Referentes ao Comércio (TRAM's), é consenso que devem se tratar de princípios gerais, pois só assim seriam aplicáveis à totalidade de membros da OMC, tendo em vista o diferente nível de desenvolvimento institucional de suas políticas de defesa da concorrência. Até agora, os trabalhos do Grupo tentaram apenas resumir as principais diretrizes, mas em nenhum momento foram discutidos pontos mais delicados, como atos de concentração envolvendo empresas multinacionais, conceito de cortesia positiva, troca de informações confidenciais ou estratégicas, entre outros⁴³.

As discussões no interior do o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência esbarram em um ponto fundamental: a elaboração do TRAM's não é um tema pacífico entre os membros da OMC, pelos mais diferentes motivos. A oposição é extremamente razoável se considerarmos que o TRAM's representa a atribuição de poderes legislativos e judicantes a uma organização supranacional e, conseqüentemente, perda de soberania dos Estados na área de Direito da Concorrência em uma área tão delicada: a regulação dos mercados. A eficácia e a garantia do cum-

³⁹ No Relatório de 1998, por exemplo, o Grupo constatou que, apesar das diferentes perspectivas entre as políticas de concorrência e as políticas comerciais, há entre elas uma relação de complementaridade, especialmente com relação ao papel das políticas de concorrência na garantia de acesso, de fato, ao mercado e ao papel da liberalização comercial na tarefa de facilitar a remoção das medidas governamentais que facilitavam o comportamento anticompetitivo das empresas. O Relatório de 1999 chamou a atenção para uma série de práticas anticompetitivas que poderiam gerar efeito restritivo ou discriminatório, e que tais práticas não seriam abarcadas pelas normas existentes nos Acordos da OMC.

⁴⁰ Pelo princípio na nação mais favorecida proíbe-se o tratamento discriminatório contra um terceiro país.

⁴¹ A aplicação do princípio do tratamento nacional evita a discriminação de empresas estrangeiras face às empresas nacionais.

⁴² O princípio da transparência consiste em tornar as regras claras para os Estados membros, evitando problemas como o da informação assimétrica.

⁴³ Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pg. 314.

primento das decisões é outra dúvida em relação a um modelo multilateral, pois, para tanto, seria necessária a implementação de um mecanismo de solução de controvérsias. E, sobretudo, questiona-se se seria a OMC o foro adequado para a elaboração de regras internacionais de defesa da concorrência⁴⁴.

Não restam dúvidas de que o comércio internacional não pode existir sem que se observem princípios concorrenciais mínimos e que, portanto, a discussão de normas de defesa da concorrência deve ter lugar permanente na OMC⁴⁵. Assim, as discussões do Grupo irão continuar e, certamente, deverão ser tomadas providências como o incentivo a acordos de cooperação bilaterais e a adoção de princípios comuns nos moldes das recomendações da OCDE, como um primeiro passo para a harmonização das legislações e dos acordos de cooperação⁴⁶. Em seguida, a OMC promoveria um sistema de assistência técnica e cooperação. Finalmente, visando ao aprimoramento e fortalecimento das instituições de seus membros, seria viável e recomendável a adoção do princípio da cortesia positiva, além da adoção de um sistema internacional de solução de controvérsias, para as questões relacionadas à defesa da concorrência.⁴⁷

IV – A posição do Brasil acerca de um sistema internacional de cooperação para a defesa da concorrência

⁴⁴ Segundo Maria Cecília Andrade: “... os EUA relutam em aceitar a OMC para o desempenho de tal tarefa. O ICPAC, apesar de não ter se posicionado contra a utilização da ONU, da OMC, da OCDE ou da UNCTAD como foros de discussão e promoção da política da concorrência no mundo, apresentou como proposta a criação de um novo organismo mundial, Global Competition Initiative ou Iniciativa Global de Concorrência, que teria como objetivo principal desenvolver, em colaboração com os governos e outras instituições internacionais interessadas, assim como iniciativas privadas, organizações não-governamentais, um novo organismo internacional para tratar de temas ligados ao Direito e à Política da Concorrência. Como resultado dos trabalhos desenvolvidos pelos ICPAC, a Federal Trade Commission dos EUA e mais dez representantes de diferentes autoridades de defesa da concorrência no mundo anunciaram em Washington, em 25.10.2001, a chamada International Competition Network (ICN) ou Rede Internacional de Concorrência, que tem como objetivo ‘to reach a consensus on proposals for procedural and substantive convergence in anti-trust enforcement’”, *op. cit.*, pg. 316.

⁴⁵ A OMC é uma das organizações internacionais mais respeitadas, por legislar e atuar em de acordo com as necessidades do comércio internacional, e, sobretudo, em função da eficácia de seu órgão de solução de controvérsias.

⁴⁶ Discute-se a possibilidade de ser criado um sistema de regras e princípios com diferentes graduações, dependendo do grau de desenvolvimento e do tipo de relação estabelecido entre os países que celebraram ou desejassem celebrar um acordo de cooperação bilateral.

⁴⁷ Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pgs. 317/318.

O Brasil freqüentemente tem sido vítima de fusões e aquisições entre empresas multinacionais realizadas fora do território nacional que geram efeitos em nosso país, da mesma forma que atos de concentração realizados no Brasil acabam produzindo efeitos no exterior. Mesmo havendo a possibilidade de aplicação extraterritorial das leis antitruste brasileiras por previsão da Lei 1.884/94⁴⁸, esta pode vir a causar conflitos de jurisdição, o que fez com que o Brasil procurasse celebrar acordos de cooperação bilateral com alguns de seus parceiros comerciais, como Argentina (1996), Estados Unidos (1999) e Portugal (1999).

No relatório anual de 1998/1999, o CADE manifestou-se pela adoção de uma postura mais conservadora do Brasil na OMC, por entender que a adoção de um sistema internacional de defesa da concorrência seria prematura em face do diferente nível de desenvolvimento institucional de seus membros⁴⁹. Todavia, de modo geral, o Brasil concorda com a discussão de regras da concorrência na OMC, como se verifica nas manifestações apresentadas à Organização⁵⁰. Tais manifestações demonstram, ainda, a preocupação brasileira com hard core cartels e com operações de concentração entre empresas transnacionais, e a intenção de intensificar a cooperação técnica entre as autoridades de defesa da concorrência. É interessante salientar que, nas discussões ocorridas na OMC em 2000 e 2001, o Brasil não apresentou manifestações escritas, tecendo apenas comentários orais sobre a importância do desenvolvimento da cooperação técnica.⁵¹

É muito importante que o Brasil se prepare tecnicamente para discutir na OMC um sistema multilateral de defesa da concorrência e garantir a reciprocidade de benefícios entre os países, a prevalência de um modelo favorável aos países em desenvolvimento e, eventualmente, contrapartidas. Vale dizer, ainda, que o fortalecimento do Mercosul dará mais força ao Brasil e aos outros países membros nas discussões sobre concorrência na OMC.

V – Conclusão

A cooperação internacional surgiu como uma resposta aos problemas que se colocavam com a aplicação extraterritorial das leis antitruste, possibilitando uma maior segurança jurídica em relação à efetividade das decisões. O que se verifica é que existem duas formas de cooperação (bilateral e regional), que coexistem e que devem coexistir também com um terceiro mo-

⁴⁸ Com relação a aplicação extraterritorial das leis antitruste brasileiras, ver item II desse trabalho.

⁴⁹ Apud Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pg. 322.

⁵⁰ WT/WGTCP/W/100 e WT/WGTCP/4.

⁵¹ Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pgs 319.

delo de cooperação, que viria de encontro aos objetivos não alcançados pela cooperação bilateral e regional: o sistema multilateral.

Gesner Oliveira sintetizou a importância da implementação de um sistema global de defesa da concorrência para a economia internacional: “A iniciativa multilateral de promover a defesa da concorrência em todas as economias nacionais viria ao encontro do interesse público em cada jurisdição individual, reforçando os ganhos para a economia mundial de maior estímulo ao comércio e ao investimento”⁵². A Organização Mundial do Comércio tem sido apontada como o foro mais adequado para a discussão dessas questões, e a criação do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência revela a preocupação da OMC com livre concorrência no cenário do comércio internacional. Apesar dos trabalhos do Grupo atualmente ainda estarem centralizados na discussão de princípios e regras básicos para a defesa da concorrência em âmbito internacional, é muito provável que esses debates evoluam para a adoção de um Acordo sobre Medidas Antitruste Referentes ao Comércio (TRAM’s).

Como mencionado anteriormente, há uma resistência muito grande não apenas em se aceitar a promulgação de regras multilaterais antitruste, bem em conferir à OMC, uma organização cujo enfoque é a regulação do comércio internacional, o papel de elaborá-las. Além da discussão sobre concorrência na OMC representar perda de soberania dos Estados membros em relação a políticas de defesa da concorrência, um dos motivos mais expressivos para tal resistência está no fato de um Acordo da OMC significar a adoção de normas homogêneas, aplicáveis a Estados com diferentes níveis de desenvolvimento institucional, cujas legislações de defesa da concorrência têm escopos diversos, além da submissão de questões polêmicas ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização.

Um eventual Acordo no âmbito da OMC deverá se limitar a estabelecer princípios gerais para a atuação dos órgãos nacionais de defesa da concorrência, especialmente no que se refere a combate de cartéis transnacionais. Assim, a participação de todos membros da OMC é fundamental para que o TRAM’s contemple um sistema de cooperação multilateral favorável tanto aos países desenvolvidos, quanto aos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Com exceção da Índia⁵³, os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos não têm efetivamente participado das discussões do Grupo de

⁵² “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in *Perspectivas Eletrônicas – Revista Eletrônica da USIA*, pg. 56.

⁵³ A Índia, assim como o Egito, o Paquistão e a ASEAN, são contrários à adoção de um acordo multilateral sobre defesa da concorrência na OMC.

Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência. Tal postura é inadmissível, tendo em vista a relevância do tema concorrência para as economias nacionais e para a economia mundial. Mesmo aqueles que consideram ser a adoção de um acordo prematura, em função da disparidade existente entre as economias e as instituições dos países membros da OMC, devem se manifestar, pois é muito provável que esse tema seja alvo de troca de concessões entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Em todo caso, uma decisão do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência terá de ser formalmente tomada em setembro de 2003, na conferência ministerial da OMC em Cancun, no México. Dessa forma, tudo indica que, ainda por algum tempo, deveremos contar apenas com acordos de cooperação bilateral e regional, e com a boa vontade dos países em cooperar com a troca de informações sobre atos de concentração e cartéis nocivos internacionalmente.

VI – Bibliografia

ACCIOLY, Elizabeth, Mercosul e União Européia – Estrutura jurídico-institucional, 2ª Edição, Juruá, Curitiba, 2001.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de, “A Atuação do CADE no Brasil frente ao Processo de Globalização”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, nº 7, jul. 1999.

_____ “Aplicação ‘Extraterritorial’ do Direito da Concorrência Brasileiro”, in Revista do IBRAC, vol. 8, nº 3, 2001.

ANDRADE, Maria Cecília, “Concorrência”, in O Brasil e a OMC, 2ª Edição, Curitiba, Juruá, 2002.

▪ _____ Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo, Singular, 2002.

▪ _____ “Sobre a Cooperação em Matéria de Concorrência entre a União Européia e o Mercosul”, in Revista do IBRAC, vol. 8, nº 3, 2001.

▪ BALZAROTTI, Nora, “Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, nº 10, jun. 2000.

▪ CELLI JUNIOR, Umberto, Regras da Concorrência no Direito Internacional Moderno, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

- COMUNICADO DO PANAMÁ SOBRE AS POLÍTICAS ANTITRUSTE E DE CONCORRÊNCIA, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- CORREA, Carlos M., “Competition Law and Development Policies”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 8, set/1999.
- DIERIEX, Greta Spota, “Reflexiones en Torno a las Posibilidades de Cooperación Internacional em Materia de Competência”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 5, nov/1998.
- ENTREVISTA COM JOEL KLEIN: “Expansão da Cooperação Internacional Contra o Comportamento Anticompetitivo”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1, fev/1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- GRAHAM, Edward M., “Uma Estrada entre os Estados Unidos e a Europa que Leva à Multilateralidade na Política da Concorrência Internacional”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1., fev/1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- KEMMELMEIR, Carolina S., “Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA”, in Revista do IBRAC, vol. 9 n° 1, 2002.
- MAGALHÃES, José Carlos, “As Leis da Concorrência e a Globalização”, in Avances del Derecho Internacional Privado em América Latina, Montevideu, Fundación de Cultura Universitária, 2002.
- OCDE, Trade and Competition Policies – Options for a greater coherence, Paris, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner, Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo, Saraiva, 2001.
- _____ “Globalização da Defesa da Concorrência?”, in Folha de S. Paulo, 08/07/2000, disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha>.
- _____ “O Caso Microsoft e o Brasil”, in Folha de S. Paulo, 10/06/2000, disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha>.
- _____ “Defesa da Concorrência Global”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 11, dez/2000.
- _____ “Aspects of Competition Policy in Mercosur”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 11, dez/2000.
- _____ “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.

- RODAS, João Grandino, “Brasil Submetido à Jurisdição dos Estados Unidos?”, in Correio Braziliense, disponível em <http://www.correioweb.com.br>.
- SAMPAIO, Onofre C. A., “Globalização e Política de Concorrência”, in O Estado de São Paulo, 11/06/2002, disponível em <http://www.estado.com.br>.
- STERN, Paula, “Trabalhando para Estabelecer uma Nova Política de Americana de Concorrência no que se Refere ao Comércio Internacional”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4, nº 1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMUNITIES, Case nº COMP/M.2220 – General Eletric/Honeywell, Journal of the European Community, 2001.
- THORSTENSEN, Vera, OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, São Paulo, Aduaneiras, 2001.
- TRITELL, Randolph, “Aplicação das Leis Antitruste Americanas à Condução de Outros Países: Fatos Recentes”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol 4 nº 1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- UNCTAD, Experiences Gained so far on International Cooperation on Competition Policy Issues and the Mecanismos Used, Geneve, 2002.
- VAZ, Isabel, “Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade”, in Revista do IBRAC vol. 4 nº 6, 1997.
- _____ Direito Econômico da Concorrência, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

