

A APLICAÇÃO “EXTRA-TERRITORIAL” DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO *

José Gabriel Assis de Almeida¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a aplicação do direito da concorrência brasileiro a empresas ou a comportamentos que se encontram fora das fronteiras nacionais. Em última análise, trata-se de examinar a posição do direito da concorrência brasileiro face ao processo de globalização.

Esta posição está estreitamente associada aos poderes e competência internacionais do CADE na apreciação de atos anti-concorrenciais. Esta atuação do CADE está ordenada na legislação sobre defesa da concorrência – cuja norma principal é a Lei 8.884/94. Por outro lado, esta atuação do CADE também levanta problemas que devem ser resolvidos com base nas normas de direito internacional público e privado.

Na análise deste tema, é possível encontrar um grande eixo de preocupação que é a aplicação do direito da concorrência brasileiro às empresas situadas fora do território nacional. É sobre esta questão que se debruça o presente trabalho.

A aplicação da lei nacional de defesa da concorrência a empresas situadas em outros Estados não é uma questão nova nem original.

* Artigo encaminhado ao IBRAC em dezembro de 99

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, Professor Adjunto da Universidade Candido Mendes – Ipanema e da Uni-Rio Universidade do Rio de Janeiro

Na verdade, este problema surgiu já há bastantes anos no direito norte-americano e no direito comunitário europeu, influenciado por um quadro econômico específico que se acentuou a partir da década de 80 e se intensificou na década de 90. Este quadro é composto por três fatores principais:

- a) a internacionalização das economias nacionais;
- b) a transnacionalização das empresas;
- c) a intervenção dos Estados nas atividades econômicas.

Em virtude da reunião destes elementos, o comportamento das empresas é hoje, cada vez mais, global. Isto significa que um ato praticado num determinado território, por uma empresa situada nesse território, pode ter efeitos econômicos num outro território.

Surge, então, a questão de saber como uma legislação nacional de defesa da concorrência poderia apreender o comportamento dessa empresa (3.).

Esta questão insere-se numa perspectiva mais geral que é a dos critérios pelos quais os Estados reivindicam a aplicação da sua legislação nacional, à luz do direito internacional público. Assim, é necessário previamente examinar estes critérios (2.).

2. A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS

2.1. Critérios de reivindicação da competência internacional

Basicamente os critérios pelos quais os Estados reivindicam, à luz do direito internacional público, a aplicação da sua legislação nacional, são os seguintes:

- a) princípio da territorialidade do comportamento; O Estado tem competência para regular os comportamentos ocorridos no seu território²;
- b) princípio da nacionalidade do autor do comportamento: ao Estado tem competência para aplicar a sua própria lei aos seus nacionais³;
- c) princípio da territorialidade dos efeitos: o Estado no território do qual se produziu o efeito do comportamento tem competência para aplicar as suas próprias leis a aquele comportamento;
- d) princípio da proteção da segurança pública; o Estado tem competência para aplicar a sua legislação quando a segurança pública está em perigo⁴;
- e) princípio da universalidade; o Estado pode aplicar as suas normas em caso de excepcional gravidade, mesmo se os comportamentos tenham se verificado fora do território nacional⁵.

É com base nestes critérios que os Estados reivindicam as suas competências normativa e judiciária.

A competência normativa tem um duplo sentido. Por um lado é a competência para editar normas (leis, na acepção geral desta palavra). Por outro lado é a competência para determinar o campo de aplicação territorial e pessoal das normas editadas.

² trata-se de princípio normalmente não contestado e aceite internacionalmente, aplicável tanto à competência legislativa quanto à competência judiciária (para esta última ver o art. 88, III, do CPC)

³ as dificuldades surgem quando os nacionais de um Estado estão estabelecidos no território de outro Estado; este princípio foi porém utilizado pelos EUA para proibir as empresas americanas e as filiais das empresas americanas de participar na construção do gasoduto siberiano que iria conduzir gás até à Europa; a este propósito v. GUILLAUME, Gilbert. Les grandes crises internationales et le droit. Paris: Editions du Seuil, Collection Points, 1994, em especial o capítulo 2

⁴ este princípio é normalmente invocado na repressão ao tráfico de entorpecentes

⁵ Israel teria aplicado este princípio para julgar Adolf Eichmann

A competência judiciária é a competência para aplicar a norma ao caso particular e concreto, com as consequências que decorrem dessa aplicação.

A competência judiciária tem também um duplo sentido em direito internacional público. Pode se tratar da “jurisdictio” - que significa a competência para julgar, isto é para dizer o direito - e pode se tratar do “imperium”, que é a competência para executar, ou seja, para exercer as medidas visando a instrução da causa ou visando a eficácia da decisão tomada no quadro da “jurisdictio”. Na verdade, a “jurisdictio” e o “imperium” são duas realidades muito próximas e de difícil distinção. A distinção decorre mais da natureza dos atos praticados do que da competência.

A competência normativa e a competência judiciária mantêm relações estreitas, mas são independentes. Por exemplo, um Estado pode ter competência normativa mas não ter competência judiciária ⁶. Da mesma forma, um Estado pode ter competência judiciária, sem ter competência legislativa ⁷.

Estabelecidos os critérios para reivindicação da competência e o conteúdo da competência do Estado, a questão que se segue é óbvia: a limitação dessa competência.

2.2. Limites da competência normativa

⁶ seria o caso de um Estado que impõe a realização de serviço militar a todos os seus nacionais, sem porém poder obrigar os seus nacionais que vivem em outros Estados a realizá-lo

⁷ é o caso da aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional; nesse sentido, ver o art. 337 do CPC

A Corte Internacional de Justiça, no acórdão Lotus ⁸ afirmou não ser contrário ao direito internacional a aplicação das normas nacionais fora do território do Estado que as edita.

No entanto, esta decisão não significa que algum tipo de limitação não possa ser imposta ou que não possa decorrer da realidade. Cumpre, então, examinar as possibilidades de limitação de cada uma das modalidades de competência: normativa e judiciária.

Quanto à competência normativa, a mesma é praticamente ilimitada. Esta competência somente seria limitada se fosse contrária ao direito internacional público. Ora, não existe tratado ou costume internacional que cuide desta questão. Além do mais, a limitação sendo negativa (o sentido do acórdão Lotus é que o direito internacional público deve não proibir) e não positiva (o direito internacional público deve autorizar) basta que a competência seja admissível ou possível, não sendo exigível que ela seja a melhor. Consequentemente, de acordo com estas regras, esta competência é praticamente ilimitada.

No entanto, a doutrina sugere que a competência normativa seja submetida a duas condições: a) existência de uma relação suficiente entre o Estado e a situação fática que ele pretende regular; b) respeito à soberania dos outros Estados.

Porém, as duas condições acima são demasiadamente flexíveis e imprecisas para serem admitidas como regras de Direito.

Na realidade, a extensão da competência normativa somente é contestada quando surge uma norma editada por outro Estado que regula a mesma matéria, criando assim um conflito normativo. As regras que

⁸ P.I.C.J. Ser. ^a nr. 10, 2 Hudson, World Ct. Rep. 20; uma versão editada do acórdão pode ser encontrada em ESCARAMEIA, Paula. Colectânea de Jurisprudência de Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 1992

resolverão este conflito implicarão, necessariamente, numa inevitável limitação à competência normativa de um, ou dos dois, Estados.

Mesmo assim, é preciso ter em mente que este conflito unicamente se tornará realidade em caso de litígio. Litígio esse que será resolvido por uma jurisdição, que determinará qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la.

Consequentemente, a competência legislativa é limitada unicamente no quadro da competência judiciária. Ou seja, é no quadro da competência judiciária que deve ser examinada a competência normativa. Passa-se, portanto, ao exame das limitações à competência judiciária.

2.3. Limites da competência judiciária

Geralmente, os limites da competência judiciária são questionados unicamente em caso de um litígio real. Para decidir qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la, vários critérios foram propostos.

De entre eles, destacam-se três:

- a) equilíbrio entre os interesses em causa;
- b) existência de uma ligação próxima, substancial e direta entre os fatos e o Estado;
- c) aplicação da lei do território ao comportamento nele verificado.

Mas todos estes critérios apresentam defeitos que os tornam imprestáveis. O primeiro por se basear na razoabilidade e no bom-senso, que são conceitos demasiadamente fluidos para constituírem uma regra de direito internacional. O segundo é também demasiadamente impreciso. O terceiro critério também é inconveniente pois, pelo inverso, permitiria, ao Estado onde se produziu a conduta, proteger os infratores.

De qualquer modo, há um motivo preponderante para se abandonar a idéia de limitação da competência judiciária. É que cada Estado reserva-se o direito de determinar quais as normas que serão aplicadas pelas jurisdições nacionais. Por outro lado, seria incoerente conceder aos Estados competência legislativa mas despi-los da competência para julgar.

Na verdade, a limitação à competência judiciária não se encontra na “jurisdictio” mas sim no “imperium”, ou seja, na competência para a execução das decisões judiciais.

A limitação da competência de execução nunca se coloca em abstrato, mas sempre em concreto, perante um litígio real. E esta limitação é a soberania dos Estados. O que limita a competência de execução de um Estado sobre o território do outro é a soberania deste último Estado.

Este limite ainda hoje é impreciso, tanto mais que atualmente o conceito de soberania sofre uma profunda revisão.

Para alguns autores, esta limitação implica que um Estado não pode praticar, no território de outro, atos que normalmente estão reservados às autoridades públicas. Porém, o respeito da soberania não impede o reconhecimento de uma certa competência de execução, como por exemplo o envio de ordens proibindo a prática de certos atos fora do território do Estado onde está situado o destinatário da ordem. Nesta última hipótese, a limitação à competência de execução significaria a impossibilidade de dar eficácia a essas ordens, caso não sejam cumpridas

Para outros autores, o respeito à soberania não se traduz na abstenção do uso de meios coercitivos. O respeito à soberania impede unicamente a prática dos atos de execução que produzam uma violação da soberania. Contudo, a linha divisória entre os atos que violam e os que não violam a soberania não está clara, nem há, a respeito, um consenso. De qualquer modo, a demarcação seria sempre quando o ato de execução é praticado com coerção.

Assim alguns atos não podem ser considerados coercitivos. Por exemplo, a notificação e citação⁹ para processos administrativos ou judiciais, os pedidos de informações, etc.

Outros atos somente são coercitivos no território do Estado que os pratica. Por exemplo, a ordem de cessação da prática de infração no território do Estado que edita essa ordem não implica no desfazimento do acordo celebrado no território de outro Estado. Significa unicamente que os efeitos desse acordo devem cessar, naquele território. Outro exemplo, o arresto de bens de propriedade da empresa condenada, situados no território do Estado que exerce a competência de execução.

Todos estes atos, claramente praticados por um Estado no exercício da competência de execução, não implicam porém em violação da soberania do outro Estado.

Já a cobrança de multas impostas a empresas situadas no território de outro Estado, ou a ordem de condução coercitiva das partes ou testemunhas para prestarem depoimento ou para exibirem documentos que se encontrem fora do território do Estado é certamente uma prática violadora da soberania.

Assim, conclui-se que os Estados podem aplicar as suas normas ao litígio real. Deste modo, a competência para dizer o direito não é limitada pelo direito internacional. Geralmente, os limites da competência judiciária são questionados unicamente em caso de um litígio real. Para decidir qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la, vários critérios foram propostos.

⁹ note-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal entende que os atos de citação são atos de soberania; por este motivo, o Supremo Tribunal Federal tem negado a homologação e a execução de sentenças estrangeiras proferidas em processos onde a parte domiciliada no Brasil foi citada, no Brasil, por via postal; v. por ex. acórdão do STF proferido em 26/02/86, na SE-3534, Relator Min. Sydney Sanches, DJU 21/03/86 e acórdão do STF proferido em 02/02/83, na SE 2912, Relator Min. Neri da Silveira, RTJ 109/30

3. A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS EM MATÉRIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Normalmente, os Estados fundamentam a sua competência internacional em matéria de defesa da concorrência em dois princípios, o da territorialidade dos efeitos (3.1) e o da territorialidade do comportamento (3.2).

3.1. O princípio da territorialidade dos efeitos

Tal como visto acima, o princípio da territorialidade dos efeitos, também conhecido como princípio da territorialidade objetiva, significa que o Estado é competente para aplicar a sua lei nacional de defesa da concorrência sempre que o comportamento da empresa produza efeitos anti-competitivos no mercado nacional desse Estado.

A aplicação deste princípio relega para segundo plano as outras condições, tais como a nacionalidade da empresa autora do comportamento ou o local onde ocorreu esse comportamento.

A Lei 8.884/94 expressamente prevê o uso deste princípio.

O seu art. 2º é claro:

“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.”

Este dispositivo prevê, portanto, a aplicação das normas de defesa da concorrência brasileiras aos comportamentos que produzem efeitos anticoncorrenciais no Brasil.

Deste modo, é irrelevante determinar a nacionalidade das empresas, a sua localização geográfica, bem como o local onde o comportamento se verificou. O único elemento relevante é o local onde foi produzido o efeito anticoncorrencial.

A inserção deste dispositivo na lei brasileira justifica-se pela natureza do direito da concorrência.

O direito da concorrência é um direito do mercado. O seu objetivo não é proteger os operadores econômicos ou reger as relações privadas entre eles estabelecidas. O objetivo do direito da concorrência é proteger o interesse geral.

Deste modo, o direito da concorrência é claramente um direito que visa a proteção da ordem econômica. Assim, a violação da concorrência existente em um determinado mercado, justifica a aplicação da lei de defesa da concorrência desse mercado.

No entanto, a inserção deste dispositivo na Lei 8.89884/94 coloca alguns problemas.

O primeiro é o da determinação da extraneidade do comportamento. Com efeito, o primeiro requisito para a aplicação do dispositivo é determinar se o comportamento é externo, ou seja, se ele não decorre de um comportamento praticado por empresas situadas no Brasil ou que tenha se desenrolado no Brasil.

Assim, a aplicação do princípio da territorialidade dos efeitos para fundamentar a competência do CADE deve ser afastado – em benefício de outros princípios – sempre que o comportamento foi executado no Brasil ou por empresas aqui situadas.

O segundo é a conciliação deste dispositivo com o contido no art. 20, caput, da mesma Lei 8.8884/94.

Determina o caput do art. 20 que:

“Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que estes não sejam alcançados:

Ou seja, o art. 2º determina da competência em virtude dos efeitos, mas o art. 20 caracteriza a infração tanto em razão dos efeitos quanto do objeto do comportamento.

Ora, é possível imaginar um comportamento, verificado fora do Brasil, e praticado por empresas localizadas fora do Brasil, que tenha por objeto a distorção da concorrência no mercado brasileiro. Contudo, por motivo alheio à vontade das empresas, esse comportamento não produziu efeitos no Brasil. Este comportamento estaria fora do alcance da lei brasileira e fora da esfera de competência do CADE.

Há, portanto, uma clara distinção. Os comportamentos verificados no Brasil serão sancionados tenham por efeito ou por objeto a violação da concorrência no mercado brasileiro¹⁰. Já os comportamentos verificados no estrangeiro serão sancionados unicamente se tiverem efeito sobre a concorrência no mercado brasileiro.

Esta distinção é imposta pelo mesmo motivo que justifica a utilização do princípio da territorialidade dos efeitos: o fato do direito da concorrência ser um direito do mercado, e visar proteger o mercado. Assim, se o mercado nada sofrer não há razão para aplicar a norma nacional. Deste modo, diminuem-se os atritos que poderiam surgir caso o Estado onde o

¹⁰ aliás, nos termos da redação do art. 2º, a lei brasileira também se aplica aos comportamentos verificados no Brasil, por empresas aqui situadas e que tenham por objeto ou efeito violar a concorrência exclusivamente no estrangeiro

comportamento foi praticado, ou onde estão sediadas as empresas, expressamente autorizasse o comportamento em questão.

Já a perspectiva interna é necessariamente diferente, pois sanciona-se tanto o comportamento que tenha por efeito, quanto aquele que tenha por objeto, independentemente do resultado, a violação da concorrência. Isto porque internamente, não há a possibilidade de conflito de normas, ou de competência normativa.

Resta examinar as características do “efeito” ora em questão.

Em primeiro lugar, deve tratar-se de um efeito sensível, pois efeitos de reduzido impacto não justificam a aplicação da lei de defesa da concorrência.

Em segundo lugar, pode ser um efeito direto, ou seja, deve resultar imediatamente do comportamento. Caso contrário, uma vez que a mundialização tornou possível que uma atividade econômica tenha efeitos no mundo inteiro, o campo de aplicação da lei brasileira de defesa da concorrência seria vastíssimo¹¹.

A experiência do CADE demonstra que este princípio já foi invocado algumas vezes. Por exemplo, o CADE examinou uma concentração entre as empresas Henkel, que envolvia uma cessão de ativos que foi examinada também pelas autoridades norte-americanas e européias.

¹¹ esta visão não impede, porém, que, a nível interno, o efeito anticoncorrencial possa ser também o indireto; por exemplo, um efeito que não resulta diretamente de um acordo entre empresas mas que é possível em virtude desse acordo, justificaria a aplicação da Lei 8.9884/94 desde que esse acordo fosse um acordo de âmbito nacional

E, se bem que já antigo, um outro caso ficou famoso: o caso Kolynos/Colgate¹².

No decisão do CADE Kolynos/Colgate estava em causa uma operação de venda, promovida pela American Home Products dos EUA que decidiu vender todos os seus negócios na área de saúde bucal, a nível mundial (Europa, Extremo Oriente, América Latina , etc.).

Esses negócios eram explorados através da subsidiária Whitehall International Inc. e foram adquiridos pela Colgate Company, numa operação realizada nos EUA.

Verifica-se, portanto, que tanto as empresas envolvidas quanto o acordo eram estranhos ao Brasil.

No entanto, o negócio concluído gerou efeitos no Brasil pois a Colgate, ao adquirir a sua concorrente, passou a deter mais de 75% do mercado de creme dental.

Assim, o CADE apreciou a operação de aquisição à luz da Lei 8.884/94, sem sequer ter sido levantada a questão da competência normativa, judiciária ou de execução.

Em sentido semelhante, o CADE apreciou, sob a ótica da Lei 8.884/94, a fusão internacional, ocorrida fora do Brasil, entre a MCI e a WORLDCOM¹³.

¹² decisão de 18/09/96, AC 27/95, K & S Aquisições Ltda e Kolynos do Brasil S/A, rel. Cons. Lucia Helena Salgado, publicada na Revista do Ibrac, vol 3, nr. 10, pág. 1

¹³ decisão de 03/11/99, Proc. 53.500.002560/98, WorldCom, Inc e MCI Communications Corporation, publicada no DOU de 24/11/99

Em outras ocasiões, o CADE estendeu os efeitos da legislação brasileira ao exterior, para efeito de definir o patamar de aplicação da legislação brasileira. Com efeito, o art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece como critério para a submissão do ato de concentração à apreciação do CADE o fato das empresas participantes terem um faturamento superior a R\$ 400.000.000,00.

Por exemplo, veja-se a decisão no caso Elgin/Sherwin Williams ¹⁴:

“5. À luz desses dispositivos legais, coloca-se incontestável a competência do CADE para apreciar o mérito das operações realizadas, uma vez que uma das condições alternativas foi preenchida: Sherwin-Williams do Brasil é subsidiária do grupo The Sherwin-Williams Co. e este teve faturamento de R\$ 3,3, bilhões em 1995.

“6. É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. [...]. A matriz e suas filiais matém vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste. [...]

[...]

“A Lei adota como pressuposto básico para a competência do CADE o poder econômico do grupo de empresas que constituem o conglomerado empresarial. Senão, bastaria a constituição de uma subsidiária, filial ou agência, que obtendo faturamento diferente (obviamente menor) do grupo do qual faz parte, para que se afastasse a aplicabilidade da lei. Ora, o art. 2º, ao situar a empresa estrangeira no Território Nacional desde que opere no Brasil, descarta em definitivo essa insensata possibilidade.”

No mesmo sentido, foi decidido no caso SANOFI ¹⁵:

¹⁴ decisão de 19/08/98, AC 08012.002730/98-41, Indústrias Químicas Elgin Ltda e Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda, publicada no DOU de 22/09/98

¹⁵ decisão de 06/10/99, AC 08012.005008/99-67, Sanofi S/A e Sanofi-Synthélabo S/A, publicada no DOU de 10/11/99

“1.3. A operação sob análise, entre as empresas acima, foi submetida à apreciação deste Conselho por força do disposto no art. 2º e § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94. O faturamento dos Grupos Elf Aquitaine e L’Oreal no exterior relativo ao último exercício foi superior aos R\$ 400 milhões, requisito que estabelece a competência do CADE, consoante a Lei de regência.”

Inobstante o que ficou acima exposto, a aplicação prática do princípio da territorialidade dos efeitos enfrenta algumas dificuldades.

O princípio da territorialidade dos efeitos serve para assegurar a competência normativa e até a competência judiciária, no âmbito da “judictio”.

No entanto, o princípio da territorialidade dos efeitos esbarra nos limites da competência judiciária para a execução. Com efeito, pode ocorrer uma impossibilidade prática para se proceder à citação de uma empresa sediada no estrangeiro ou para cobrança de multa que venha a ser imposta a essa empresa pelo CADE.

Até ao momento, o CADE não enfrentou estas dificuldades pois as empresas têm-se submetido voluntariamente à competência normativa brasileira e judicante do CADE.

No entanto, é possível prever que a competência executiva do CADE em algum momento do futuro irá esbarrar nos limites à competência de execução.

3.2. O princípio da territorialidade dos comportamentos

O princípio da territorialidade dos comportamento serve também para assentar a competência normativa e judiciária em matéria de defesa da concorrência.

De acordo com este princípio, a norma aplica-se aos comportamentos anticoncorrenciais verificados no território brasileiro.

Trata-se assim do outro aspecto do art. 2º acima citado:

“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.”

Para se compreender o alcance deste dispositivo, para os efeitos que ora interessam, é preciso ler também o parágrafo único deste artigo, cuja redação original era:

“Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.”

Esta redação foi aperfeiçoada pela Lei 10.149 de 21/12/2000, passando o parágrafo único do art. 2º a ser o parágrafo 1º, com a seguinte:

“§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Esta sutil mudança na redação – de empresa “situada” para empresa “domiciliada” – explica-se facilmente. É que o art. 88, I, do CPC estabelece:

“É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

“I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

Deste modo, a empresa passa a ser domiciliada, situação que juridicamente tem mais peso e traduz maior estabilidade, do que a empresa situada, que pode decorrer de uma situação de transitoriedade.

Mas a Lei 10.149/00 foi ainda mais longe e acresceu um parágrafo segundo ao art. 2º. Segundo este parágrafo:

§ 2º 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."

Este § 2º tem, portanto, um objetivo claro. Em primeiro lugar, trata-se de harmonizar a prática brasileira com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ¹⁶. Com efeito, por obra deste novo parágrafo, a empresa estrangeira será notificada no Brasil e não mais no exterior. Em segundo lugar, o novo texto procurar prevenir problemas que poderiam surgir com uma notificação realizada no exterior.

Deste modo, constata-se que é possível invocar a aplicação da Lei 8.884/94 ao comportamento materialmente verificado no exterior, de responsabilidade de uma empresa sediada no exterior, mas que tenha um vínculo com o Brasil.

Ou seja, é possível imputar o comportamento ao prolongamento, situado no Brasil, da empresa estrangeira.

Para que esta imputação seja possível, porém, é necessário que algumas condições estejam preenchidas.

A primeira é a existência de uma ligação entre a empresa estrangeira e uma entidade situada no território brasileiro. Essa ligação pode ser multifacetada, como indica o dispositivo legal.

¹⁶ v. acima, nota nr. 09

Pode ser o laço de matriz-filial, sucursal, escritório ou estabelecimento¹⁷. Em todas estas hipóteses, debaixo de uma mesma personalidade jurídica, convivem estabelecimentos diversos. É o caso, por exemplo, da organização empresarial seguida pelas companhias de transporte aéreo estrangeiras que operam no Brasil.

Pode, por outro lado, ser o laço entre entidades dotadas de personalidade jurídica distinta, como indicam as denominações “agente” e “representante” que figuram no texto legal.

Esta última possibilidade leva a crer que também deverá ser considerada situada no território nacional a sociedade estrangeira que detenha o controle do capital social de uma sociedade brasileira, na forma do art. 243, § 2º, da Lei 6.404/76.

Na verdade, o elemento decisivo não parece ser a existência de uma ou mais personalidades jurídicas, mas sim a existência de controle, exercido do exterior.

Este parece efetivamente ser o segundo requisito. Com efeito, o elemento comum à relação da empresa estrangeira com a filial, agência, sucursal, escritório e estabelecimento é, necessariamente, o fato da empresa estrangeira ter controle sobre a entidade situada no Brasil.

Então, na mesma linha de raciocínio, o agente e o representante devem também ser controlados pela empresa estrangeira. Este argumento excluiu portanto os agentes e representantes autônomos.

Por outro lado, este argumento permite incluir, ao lado dos agentes e dos representantes, as sociedades controladas.

¹⁷ expressões equivalentes, na legislação comercial

Resta saber de que controle se trata. O controle não pode ser definido pelo seu conteúdo ou pelos elementos sobre o qual assenta. O controle é uma noção de resultado. O controle só é relevante pelos resultados que apresenta. Deste modo, é possível dizer que o controle define-se pelos resultados e não pelo seu conteúdo.

Ora, o resultado do controle deve ser que a entidade nacional não tenha autonomia de decisão econômica. Ou seja, a entidade nacional deve aplicar, essencialmente, as instruções da empresa estrangeira, sem poder determinar livremente o seu comportamento sobre o mercado.

Desta forma, a entidade nacional aparece efetivamente como um prolongamento da empresa estrangeira. É como se a empresa estrangeira estivesse atuando diretamente no mercado brasileiro.

Esta conclusão traz duas conseqüências, estreitamente ligadas. A primeira é que o controle não implica necessariamente em propriedade, pois é possível controlar sem ser proprietário¹⁸.

A segunda é que o laço existente entre a empresa estrangeira e a entidade nacional não é necessariamente jurídico, mas é indispensavelmente econômico. Ou seja, o importante não é o conteúdo jurídico da ligação mas sim os seus resultados econômicos.

Certo é que a noção de controle traz ainda diversas discussões como a extensão do controle (isto é, a partir de que grau de autonomia não há mais controle) ou a necessidade ou não do efetivo exercício do controle. E caso de resposta positiva a esta última pergunta, deve o controle ser exercido com relação concretamente ao comportamento anticoncorrencial ou basta o exercício de um controle global e permanente¹⁹?

¹⁸ v. por exemplo, o caso da franquia onde o franqueado está submetido ao franqueador

¹⁹ ou seja, a intensidade do exercício do controle

Estas considerações à parte, a enorme vantagem do princípio da territorialidade do comportamento sobre o princípio anterior é o da operacionalidade.

Com efeito, é infinitamente mais fácil exercer a competência normativa, a competência judiciária e a competência judiciária de execução se existir no Brasil uma extensão da empresa estrangeira.

A notificação para o processo administrativo no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a solicitação de informações, a imposição e cobrança de sanções, e outros atos de competência judiciária de execução não sofreram limitações, pois dirigir-se-ão a empresa situada no território nacional.

No entanto, até à data, não se tem notícia de decisão do CADE que, para resolver uma questão relativa aos limites internacionais da sua competência, tenha invocado este princípio.

4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a reivindicação da competência internacional do direito brasileiro de defesa da concorrência e da competência de julgamento do CADE, ainda estão por fazer.

No entanto, a experiência demonstra que os primeiros passos já foram traçados, em especial com a decisão Colgate/Kolynos. Resta esperar que esse caminho vá-se consolidando, esperando que o presente texto possa trazer algum contributo, ainda que pequeno, nesse sentido.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA:

DROMI, Roberto. Competência y monopólio: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE. São Paulo: Singular, 1998

_____. Direito da concorrência : case law. São Paulo: Singular, 2000

FRIGANI A., PARDOLESI, R., PATRONI GRIFFI, A. e UBERTAZZI, L.C. . Diritto antitrust italiano. 5ª ed. Bolonha: Zanichelli Editore, 1997

PINTO FERREIRA, João E., BANGY, Azeem Remtula. Guia prático do direito da concorrência em Portugal e na União Européia. Lisboa: AJE, 1999

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993

