

DIREITO ANTITRUSTE NORTE-AMERICANO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS: LIMITES À COOPERAÇÃO EXTERNA?

Leonardo Arquimimo de Carvalho*

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Monopólio – Impostos – Extraterritorialidade – Livre competição – Legislação – Julgados – Valores abusivos – Cartel – Demandante – Jurisdição – Razoabilidade.

RESUMO: Dentro de uma perspectiva histórica e considerando uma detida análise de casos e de diplomas-legais norte-americanos, que remeteram a influência jurisprudência continental o enfoque do presente trabalho ocorre à partir da extraterritorialidade de um forte aparato estatal e para-estatal, que de forma justificável defende um mercado expansionismo e objeto de relativização.

O descortinamento de diversas variantes sobre a interdependência econômica-política entre os países e ao mesmo tempo exclusão de outras esferas de poder no intrincado “balanço comercial” (sem trocadilho). Surgem entraves e meios (ao mesmo tempo) que redundaram numa legislação substancialmente repercutida na era moderna e contemporânea. Formou-se um outro aparato, desta vez judicial, onde orienta a livre iniciativa e a política econômica dos governos, reconhece-se que cada Estado tem a obrigação de avaliar seu próprio interesse e deixar de exercê-lo quando o interesse do outro Estado for notavelmente mais significativo.

KEYWORDS: antitrust – monopolism – taxes – extraterritoriality – free competition – legislation – judged – abusive values – cartel – plaintiff – jurisdiction – reasonability

ABSTRACT: Inside of a historical perspective and considering one withheld analysis of cases and diploma-legal North Americans, who had sent influence it continental jurisprudence the approach of the present work occur to leaving of the extraterritoriality of a strong state and partially state controlled apparatus, that of justifiable form defends a market expansionism and object of relativização.

The descortinamento of diverse variant on the interdependence economic-politics between the countries and at the same time exclusion of other spheres of being able in intrincado balanço commercial (without trocadilho). In this larded of interests, the impediments and ways (at the same time) that they had resulted in a legislation substantially reverberated in the modern age and contemporary. One another apparatus was formed, of this judicial time, where it guides the free initiative and the economic politics of the governments, it is recognized that each State has the obligation to evaluate its proper interest and to leave of exerts it when the interest of the other State will be notavelmente more significant.

* Professor de Teoria das Relações Internacionais na Academia de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL-Curitiba). Mestre em Relações Internacionais.

1. Introdução

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

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

Lembra Salomão Filho, que na segunda metade do século XIX, três fatores influenciavam a vida econômica-social norte-americana.¹

O primeiro deles era consequência direta da guerra civil norte-americana, que ocasionara um grande fortalecimento e concentração do parque industrial, sobretudo no nordeste dos EUA. Os esforços de guerra autorizavam o governo a implementar um sistema fazendário expropriador. Os altos impostos estimulavam os industriais a concentrarem suas atividades, sendo esta uma fórmula que permitia a continuidade das mesmas. Os setores de telégrafos e de estradas de ferro, pertencentes à iniciativa privada, eram os mais concentrados. A famosa empresa de telégrafos *Western Union*, em 1866, já havia adquirido a quase totalidade do controle daquele setor de prestação de serviços.

O segundo fator relacionava-se ao setor agrário. O norte-nordeste, industrializado, acabara sendo vitorioso na guerra

¹ SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 49-58.

travada contra os estados do sul, contudo, as animosidades regionais persistiam. A motivação das animosidades econômicas decorria do controle por parte dos estados do norte das manufaturas e das estradas de ferro. Estas eram construídas por grandes empresas privadas com financiamento estatal e com parte da venda de ações que os agricultores compravam. Contudo, a má-administração destes empreendimentos resultava no aumento de impostos, com objetivo de refinanciamento dos empreendimentos férreos. Os agricultores verificavam que os monopólios ferroviários, por eles direta ou indiretamente financiados, não protegiam seus interesses. De modo contrário, ainda os prejudicavam.

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

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

O *Sherman Act* não se constituía em reação contra o liberalismo econômico, já que visava justamente à correção das distorções criadas pelo próprio sistema liberal com o incremento da concorrência.²

O conjunto de crenças e valores conferidos em torno da pluralidade no mercado e da descentralização de poder, como garantias da liberdade individual – empresa e propriedade –, são, na opinião de Salgado, fundamentos da adoção de uma política antitruste,

² FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 65-66.

identificando-a com um interesse de ordem pública³. De qualquer maneira, relata inúmeras teses sobre os elementos motivadores da criação da legislação antitruste, que não, elementos de discórdia entre os estudiosos.⁴

2. Extraterritorialidade e direito antitruste

As atividades transnacionais das empresas multinacionais levavam os Estados a buscar fórmulas jurídicas capazes de lhes dar suporte às suas pretensões de controle e submissão do complexo empresarial, muitas vezes multinacional. A aplicação extraterritorial da legislação antitruste dos EUA foi o mais significativo esforço naquele sentido.⁵

A modificação nas práticas mercantis e a dinâmica empresarial, responsáveis pelo aparecimento de diferentes modelos de associações e exploração industrial ou comercial, impeliu às decisões dos tribunais norte-americanos sobre atividades monopolísticas grande flexibilidade, permitindo aos julgadores e às autoridades encarregadas de zelar pela aplicação das leis antitruste, usarem de grande elasticidade em suas interpretações do conjunto legal:

*... [o] objetivo primordial da legislação antitruste e de sua interpretação dinâmica pelas autoridades e tribunais americanos é o de preservar o sistema competitivo em sua pureza, como proscrição permanente de práticas desleais de concorrência...*⁶

Mantendo a livre competição, que é premissa básica da economia norte-americana.

Não obstante objetivasse proteger valores dentro do território dos EUA, a legislação antitruste passou a ter efeitos extraterritoriais ao alcançar acordos fora dos EUA, envolvendo

³ SALGADO, L. H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p. 11.

⁴ *Idem*, p.12-19.

⁵ MAGALHÃES, J. C. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 85, jan./mar. 1985, p. 185.

⁶ *Idem*, p. 186-187.

empresas americanas e não americanas. Ao persistir nesta postura, as autoridades norte-americanas, invadindo competências alheias, deram nascimento a conflitos de competências com outros países. Tradicionalmente apegados ao princípio da jurisdição territorial – consequência possível de seu antigo isolamento geográfico –, os EUA passaram a aplicar sua lei antitruste a eventos ocorridos no exterior, envolvendo participantes não norte-americanos, mas cujos efeitos, diretos e indiretos, ocorressem dentro de seu território.⁷

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

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

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

⁷ Idem, p. 187.

⁸ "The United States has long held the position that extraterritorial application of U.S. antitrust law is essential, primarily because failure to apply antitrust law extraterritorially will encourage multinational corporations with creative lawyers to find ways to circumvent the law by ensuring that all anticompetitive transactions occur outside the territorial borders of the United States." ELLIOTT. G. Porter. Antitrust at 35,000 feet: The extraterritorial application of United States and European community competition law in the air transport sector. **The George Washington Journal of International Law and Economics**. Washington: 1997/1998; v. 31, nota de fim n. 88.

um entendimento dos tribunais em relação à ingerência na esfera jurisdicional alheia.

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

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

Neste caso, a *American Banana Company* alegava que a *United Fruit Company* – ambas empresas norte-americanas –, aliada a uma milícia costarriquenha, estava monopolizando a produção e a exportação de bananas da América Central para os EUA.⁹

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

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

Porém, a demandada manifestou seu descontentamento solicitando aos Estados Unidos da Colômbia o fim

⁹ U.S. Supreme Court: *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível na internet: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>> 04.07.2000.

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

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

Das condutas realizadas pela demandada resultaram prejuízos significativos para o demandante. No processo judicial, a demandante obteve resposta afirmando que em regiões sujeitas a nenhum soberano, como o alto-mar, poderia ser invocado o ordenamento jurídico nacional para aplicação¹⁰ e que em determinadas circunstâncias, em que os interesses nacionais fossem afetados, a jurisdição poderia ir além de seus limites, lembrando que esta era a noção que alguns estatutos ingleses tinham consagrado, tendo como resultado aplicações surpreendentes¹¹. Que, contudo, como explicitava a decisão, a regra geral era de que a natureza de um ato – como legal ou ilegal – devesse ser determinado pela lei do país onde o ato fosse concluído, sendo toda a legislação *prima facie* territorial. De modo

¹⁰ “No doubt in regions subject to no sovereign, like the high seas, or to no law that civilized countries would recognize as [213 U.S.347, 356] adequate, such countries may treat some relations between their citizens as governed by their own law, and keep, to some extent, the old notion of personal sovereignty alive. See *The Hamilton (Old Dominion S. S. Co. v. Gilmore)* 207 U.S. 398, 403, 52 S. L. ed. 264, 269, 28 Sup. Ct. Rep. 133; *Hart v. Gumpach*, L. R. 4 P. C. 463, 464; *British South Africa Co. v. Companhia de Mocambique*, [213 U.S. 347, 1893] A. C. 602. They go further, at times, and declare that they will punish anyone, subject or not, who shall do certain things, if they can catch him, as in the case of pirates on the high seas.” Idem, ibidem.

¹¹ “In cases immediately affecting national interests they may go further still and may make, and, if they get the chance, execute, similar threats as to acts done within another recognized jurisdiction. An illustration from our statutes is found with regard to criminal correspondence with foreign governments.”. Idem, ibidem.

contrário, seria uma interferência na autoridade soberana de outro Estado. Uma conspiração em determinado país para praticar atos em outra jurisdição não os faz ilícitos se os atos são permitidos pela lei local.

Uma aplicação restrita da legislação antitruste determinava o posicionamento dos tribunais naquele período, sendo o julgado um importante indicativo do posicionamento dos tribunais.¹²

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

O segundo julgado apontado como paradigmático dentro da interpretação dos tribunais norte-americanos sobre a extraterritorialidade, no que diz respeito à jurisdição antitruste, é do ano de 1927. Trata-se do caso *United States v. Sisal Sales Corp.*, onde se alegava que empresas norte-americanas sediadas no México haviam estabelecido monopólio do comércio do sisal¹³. A Suprema Corte neste caso, considerou que as Cortes norte-americanas tinham jurisdição para analisar a suposta conspiração aplicando o *Sherman Act*.¹⁴

Os demandados eram três corporações bancárias que atuavam em Nova Iorque e Nova Orleans; duas empresas organizadas para negociar sisal de Delaware – *Eric* e *Sisal Sales Corp* –; uma corporação mexicana, responsável pela compra de sisal de produtores

¹² É a conclusão de ALFORD. “*The clear inference of American Banana was that U.S. antitrust laws could not be applied to conduct occurring outside the United States.*” ALFORD, Roger P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. **Virginia Journal of International Law**, v. 33, n. 1, 1992, p.7.

¹³ O sisal é uma fibra obtida da planta de nome henequém, nativa do México, muito utilizada na fabricação de fios para sacas de armazenagem de grãos. As exigências anuais dos Estados Unidos no período eram muito significativas, somente Yucatan poderia fornecer quantidades adequadas, onde a planta era cultivada extensivamente. U.S. Supreme Court: *United States v. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (1927). Argued March 9, 1927. Decided May 16, 1927. Disponível na internet: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/us/274/268.html>>
04.07.2000

¹⁴ Idem, ibidem.

–a *Comisión Exportadora de Yucatan* –; alguns funcionários e agentes das corporações já referidas; além dos sócios da *Hanson & Orth* corretores.

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

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

O sisal recebido pelos bancos durante o ano de 1919 foi vendido também por valores abusivos, sendo que os conspiradores perceberam grandes somas às custas de fabricantes e fazendeiros que empregavam a matéria prima na confecção de sacos para armazenagem de grãos.

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

O julgado reconhece que as circunstâncias da controvérsia são radicalmente diferentes das apresentadas no *American Banana Co.* Naquele caso as reivindicações do demandante eram sobre atos praticados fora dos EUA e não considerados ilícitos pela lei local. Neste havia um contrato, combinação ou conspiração efetiva pelas partes dentro dos EUA. Neste sentido, a Corte reconheceu a competência dos EUA para apreciar a violação de suas leis, dentro do seu próprio território – princípio da territorialidade –

por partes sujeitas à sua jurisdição. Não de algo realizado por outro governo decorrente da instigação de terceiros. Os acusados haviam provocado resultados perversos dentro dos EUA, dentro de sua jurisdição e foram julgados pelas ofensas às leis norte-americanas.

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

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

Neste caso, o Departamento de Justiça dos EUA apresentou ação contra *Alcoa* – empresa norte americana –, contra a empresa canadense *Alcoa Limited (Limited)* – controladora da empresa norte-americana –, e outras seis manufaturas estrangeiras que monopolizavam a venda de lingotes de alumínio nos EUA. A empresa *Limited* havia formado com várias outras manufaturas estrangeiras uma corporação – de nacionalidade suíça – que servia de base operacional para um cartel internacional, que alocava cotas de produção entre os membros e fixava os preços internacionais.¹⁵

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

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

¹⁵ SNELL, Steven L. Controlling restrictive business practices in global markets: reflections on the concepts of sovereignty, fairness, and comity. *Stanford Journal of International Law*. v. 33, Summer 1997, p. 246.

Na decisão proferida pela Corte, o Juiz Hand habilmente transferiu o enfoque da questão constitucional para um enfoque não menos interessante, contudo, mais facilmente contornável, relacionado a conflito de leis. Concluiu que, sob determinadas situações, poderia um Estado impor obrigações para pessoas além de suas fronteiras por condutas que causassem conseqüências dentro das fronteiras do Estado.¹⁶

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

Na ótica de Snell, sob os auspícios do precedente do caso *American Banana*, diferentes tribunais de diversos países utilizavam inúmeras e curiosas exceções para aplicar as suas jurisdições, porém, o entendimento em torno da territorialidade da norma doméstica evitava uma tensão internacional enquanto universalmente aceito. Entretanto, num mundo em interdependente expansão econômica, a regra da territorialidade exclusiva permitiu um crescimento das práticas anticompetitivas na medida em que os agentes econômicos privados – ocasionalmente encorajados pelos seus próprios Estados – eram livres para fazer uso de práticas restritivas quando os efeitos ocorriam fora do seu território, ainda que as condutas fossem ilegais em seus próprios países. A sobreposição da

¹⁶ “[W]e are concerned only with whether Congress chose to attach liability to the conduct outside the United States of persons not in allegiance to it. That being so, the only question open is whether Congress intended to impose the liability, and whether our own Constitution is permitted to do so: [A]s a court of the United States, we cannot look beyond our own law. Nevertheless, it is true that we are not to read general words, such as those in this Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers’ limitations which generally correspond to those fixed by the “Conflict of Laws[.]” We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States.”. *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*. 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945). Apud. SNELL. Op. cit., p. 247.

jurisdição originada do caso *Alcoa* força um repensar na tradicional noção de soberania.¹⁷

No período posterior ao caso *Alcoa*, os potenciais acusados de práticas restritivas estavam obrigados a avaliar as conseqüências legais de suas atividades não somente nos locais onde suas atividades eram normalmente desenvolvidas, mas também nos locais onde suas atividades poderiam causar impacto. Já os julgadores norte-americanos estavam obrigados a afirmar sua jurisdição sobre partes estrangeiras, potencializando assim conflitos com países estrangeiros.¹⁸

A doutrina da teoria dos efeitos teve grande aceitação dentro dos EUA. Encontrou, porém, forte desaprovação por parte dos países estrangeiros, em face da potencial interferência que promovia na soberania dos Estados¹⁹. Não obstante, tal conseqüência deu ensejo a uma aluvião legislativa em diversos países, incorporando a teoria dos efeitos, ao mesmo tempo em que estimulava a criação de regras de bloqueio, dificultado a efetivação das legislações dos países com aquelas cargas jurisdicionais, como se verá posteriormente. Os resultados danosos promovidos pela aplicação da doutrina da teoria dos efeitos tiveram como conseqüência a incorporação de uma nova doutrina: a “*jurisdictional rule of reason*”, invocada em nome da proteção da comunidade internacional e de terceiros países.

¹⁷ SNELL. Op. cit., p. 247-8.

¹⁸ A discussão em torno da ampliação dos limites jurisdicionais dentro dos tribunais norte-americanos acabou por engendrar interessantes fundamentos utilizados para manifestar a necessidade de limites jurisdicionais. Um destes interessantes argumentos está sediado na esfera da separação dos poderes. Sendo da competência originária do Poder Executivo a representação do Estado para regular relações com outros Estados, seria indevido o imiscuir do Poder Judiciário. Ver: U.S. Supreme Court. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. 376 U.S. 398 (1964). No. 16. Argued October 22-23, 1963. Decided March 23, 1964. Disponível na internet: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/376/398.html>> 3.11.2000.

¹⁹ “It was frequently criticized by foreign governments and scholars for its failure to consider international comity concerns and the potential interference with foreign sovereignty interests.” ALFORD. Op. cit., p. 9.

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

A proteção da comunidade internacional e de terceiros países é a argumentação que aparece no caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* no ano de 1976. Neste caso, a demandante *Timberlane Lumber Co.*, acusou o demandado *Bank of America* de realizar ações, conjuntamente a outras empresas, que impediam ou dificultavam a exploração de madeira nas florestas hondurenhas. Tais ações recebiam apoio direto de funcionários e autoridade do Estado hondurenho, resultando o demandante excluído do mercado hondurenho e limitando suas exportações de Honduras para os EUA.²⁰

Um exame preliminar não tornava os tribunais norte-americanos competentes para apreciação do caso. Contudo, entendeu a Corte do Nono Circuito tratar-se de assunto relacionado à extraterritorialidade. Perguntou-se na ocasião o juiz Choy se: I) a restrição alegada afetara ou tinha pretendido afetar o comércio exterior dos Estados Unidos; II) ainda, se tal afetação era de magnitude tal que poderia ser conhecida como uma violação do *Sherman Act*; III) e por fim, em se tratando de um assunto de cunho internacional, se a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos deveria ser afirmada sobre tal situação.²¹

²⁰ "C'est l'affaire *Timberlane* qui consacre le principe de la pondération des intérêts en présence. Les faits ressemblaient à ceux de l'affaire *American Banana*. La société nord-américaine *Timberlane* voulait prendre place sur le marché du bois brut du Honduras et importer du bois vers le Etats-Unis. A cette fin, *Timberlane* racheta une société du Honduras, à la grande contrariété des concurrents dans le pays. Les concurrentes essayèrent de chasser la nouvelle entreprise *Timberlane* du marché du Honduras et trouvèrent, dans la poursuite de ce but, le soutien de ses bailleurs de crédits, dont la défenderesse, la *Bank of America*. Ils paralysèrent l'entreprise *Timberlane* du Honduras en se servant des garanties et sûretés que le prédécesseur de *Timberlane* leur avait octroyées. Ils obtinrent en justice de faire placer la société sous séquestre et même de faire emprisonner certains de ses employés." BASEDOW, Jürgen. Loos contre les restrictions de la concurrence. **Recueil des Cours**, Martinus Nijhoff, 1997, t. 264, p.141.

²¹ "Does the alleged restraint affect, or was it intended to affect the foreign commerce of the United States? Is it of such a type and magnitude so as to be

A opinião do Nono Circuito expressava preocupações com os efeitos do caso *Alcoa*, que não havia atentado, adequadamente, para os interesses de outras nações. Guiado pela seção 40 do *Restatement (Second) of Foreign Relations Law* de 1965, onde a Suprema Corte explicitamente reconhecia os interesses da comunidade internacional²², questionava a magnitude dos efeitos no comércio norte-americano e se tais eram suficientemente fortes para justificar a asserção extraterritorial de sua autoridade.²³

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

Houve novo recurso, e uma vez mais o tribunal distrital entendeu descabida a pretensão da demandante. Chegando o pedido novamente para a Corte de Apelação, esta também entendeu desmedido o objetivo da demandante. Procurando clarificar o teste tripartite da *jurisdictional rule of reason*, o juiz Sneed elencou diversos fatores considerados de necessária avaliação quando realizada a terceira pergunta do teste sugerido pelo juiz Choy – em se

cognizable as a violation of the Sherman Act? As a matter of international fairness, should the extraterritorial jurisdiction of the United States be asserted to cover it ?" *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*. 549 F. 2d 597 (9th. Cir. 1976). Apud. SNELL. Op. cit. p. 249.

²² "Subsequently, in its influential *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* opinion, the Ninth Circuit expressed concerns that the *Alcoa* effects test failed to account adequately for other nations' interests. The *Timberlane* Court considered whether the Sherman Act could be applied properly to activity that had taken place in Honduras. Guided by section of the *Restatement (Second) of Foreign Relations Law*, the Supreme Court explicitly recognized international comity concerns." MEHRA, Salil K Extraterritorial Antitrust enforcement and the myth of international consensus. *Duke Journal of Comparative & International Law*. n. 10, p. 205.

²³ "...[w]hether the interests of, and links to, the United States-including the magnitude of the effect on American foreign commerce-are sufficiently strong, vis-a-vis those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority". *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*. 549 F. 2d 597 (9th. Cir. 1976). Apud. MEHRA. Op. cit., p. 205, nota de rodapé n. 92.

tratando de um assunto de cunho internacional, se a jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos deveria ser afirmada sobre tal situação –, são os seguintes fatores: I) o grau de conflito com lei ou política estrangeira; II) a nacionalidade ou submissão das partes e os locais ou principais lugares de negócio de corporações; III) até que ponto pode ser esperada a execução, anuência, cooperação por qualquer Estado da hipotética decisão; IV) efeitos relativamente marcantes nos Estados Unidos em comparação a outro lugar; V) até que ponto, explicitamente, pretende prejudicar ou afetar o comércio norte-americano; VI) a previsibilidade da afetação; VII) a importância da violação da conduta dentro dos Estados Unidos comparada com a violação no exterior.²⁴

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

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

²⁴ "Although the Court concluded that the acts fell within the jurisdiction of U.S. antitrust law, it did so by applying a set of factors, known as the "jurisdictional rule of reason" which included: the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad". MEHRA. Op. cit., p. 205.

extensão jurisdicional do sistema norte-americano de apreciação de condutas anticompetitivas.²⁵

Os fatores, de modo geral, guardam algumas semelhanças como os elencados pelo juiz Choy, quando da tentativa de esclarecer a regra jurisdicional da razão para o caso *Timberlane*. São eles: I) grau de conflito com lei ou política estrangeira; II) nacionalidade das partes; III) importância relativa da alegada violação de conduta, nos Estados Unidos, comparada com a ocorrida no estrangeiro; IV) disponibilidade de um remédio legal em terceiros países, inclusive para litígios pendentes; V) existência de intenção para prejudicar ou afetar comércio americano e se isso era previsível; VI) possível efeito sobre as relações internacionais, se o tribunal exercitasse a jurisdição; VII) se uma parte será forçada a executar um ato ilegal dentro de outro país ou estar debaixo de exigências irreconciliáveis; VIII) se o tribunal pode efetivar sua decisão; IX) se uma decisão seria aceitável neste país, se feita pela nação estrangeira debaixo de circunstâncias semelhantes; X) se um tratado com o Estado afetado se refere a tal assunto.²⁶

2.5. O caso *Laker Airways*

²⁵ "The court in *Mannington Mills* asked first whether jurisdiction exists. Having found that it did, the Court then considered whether such jurisdiction should be exercised in light of the individual interests and policies of the foreign nations and the US' legitimate interest in regulating anticompetitive activity." ALFORD. Op cit., p. 11.

²⁶ "(1) Degree of conflict with foreign law or policy; (2) Nationality of the parties; (3) Relative importance of the alleged violation of conduct [in the United States] compared to that abroad; (4) Availability of a remedy abroad including the pendency of litigation there; (5) Existence of intent to harm or affect American commerce and its foreseeability; (6) Possible effect upon foreign relations if the court exercises jurisdiction and grants relief; (7) Whether a party will be ... forced to perform an act illegal in either country or be under conflicting requirements ... if relief is granted; (8) Whether the court can make its order effective; (9) Whether an order for relief would be acceptable in this country if made by the foreign nation under similar circumstances; and (10) Whether a treaty with the affected nation has addressed the issue." *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979) 1297-98. *Apud*. ALFORD. Op. cit. p. 12.

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

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

O Tribunal enfatizou que decisões políticas que procuram equilibrar os interesses domésticos e estrangeiros eram da prerrogativa do poder executivo e não dos tribunais. Tal crítica ecoava na advertência da Suprema Corte de que, enquanto questões que impliquem determinações de política externa estivessem completamente fora da esfera de conhecimento judicial²⁷, os tribunais deveriam ser relutantes em revisar tais assuntos, já que decisões com

²⁷ “Such a jurisdictional rule of reason initially received a warm reception by scholars and was adopted by several Courts of Appeals. Yet, despite the prevalence of the jurisdictional balancing test, U.S. courts in virtually every case found the balance tipped in favor of asserting jurisdiction over the foreign entity except where the court found no cognizable adverse impact on U.S. competition interests whatsoever. However desirable a balancing approach may be to the extraterritorial application of antitrust laws, the present formulations of such an approach have been subject to significant criticisms. Most importantly, the D.C. Circuit rejected the balancing approach in *Laker Airways*. *Laker Airways* rejected the jurisdictional rule of reason approach because it considered U.S. courts ill-equipped to determine whether the vital national interests of the United States or those of other nations should predominate. The court emphasized that political decisions balancing domestic and foreign interests were the prerogative of the executive branch, not the courts. Such criticism echoes the Supreme Court’s admonition that while questions implicating foreign policy determinations are not completely beyond the scope of judicial cognizance...” ALFORD. Op cit., p. 12-13.

tal conteúdo freqüentemente emitem mudanças nos padrões que concernem ao exercício de uma discricção ligada ao poder executivo ou ao legislativo. Além disso, o caso *Laker Airways* demonstrou limitações práticas e teóricas na teoria do equilíbrio jurisdicional, tendo requerido ainda uma investigação mais prolongada e pedidos submetidos ao poder executivo. O tribunal lembrou que o Direito Internacional não impedia jurisdição concorrente ou obrigava uma jurisdição a ser mais razoável que outra.²⁸

A regra jurisdicional da razão também foi muito criticada por ser vaga e inexecutável, tendo sido apontados alguns problemas quando da utilização do teste: I) os elementos listados não apresentam prioridades, assim, desconsideram as situações peculiares de cada caso; II) a imprecisa formulação destes fatores pertinentes, não só aumentava a probabilidade de que a regra jurisdicional da razão não se desenvolvesse de modo coerente e constantemente, como também; III) legitimaria qualquer reformulação dos fatores relevantes, por parte dos tribunais, para forçar a afirmação da jurisdição; IV) a utilização do teste jurisdicional da razão coloca sob a responsabilidade dos tribunais preocupações políticas e diplomáticas sensíveis, que tradicionalmente são consideradas como não jurisdicionáveis.²⁹

Para Alford, as duras críticas feitas contra o teste são injustificadas, principalmente pelos seguintes argumentos: I) em primeiro lugar, como afirmou a Suprema Corte dos EUA, o fato de ser assunto pertinente a relações exteriores, *ipso facto*, não impede a apreciação jurisdicional do assunto, sendo, portanto, um erro supor

²⁸ "Foreign relations: There are sweeping statements to the effect that all questions touching foreign relations are political questions. Not only does resolution of such issues frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature; but many such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views." U.S. Supreme Court. *Baker et al. v. Carr et al.*, 369 U.S. 186 (1962). Appeal from the United States District Court for the Middle District of Tennessee. No. 6. Argued April 19-20, 1961. Set for reargument May 1, 1961. Reargued October 9, 1961. Decided March 26, 1962. Disponível na internet: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>> 04.072000.

²⁹ ALFORD. Op cit., p.13-14.

que todos os casos ou controvérsias que tocam relações exteriores estão além da competência e possibilidade de conhecimento dos tribunais³⁰; II) segundo, mesmo que a regra jurisdicional da razão oferte formulações imprecisas de critérios, o elemento comum que transpassa todos os critérios é o da razoabilidade, que é um padrão judicial muito comum; III) as dificuldades práticas, notadas no caso *Laker Airways*, de tribunais que buscam obter provas e realizar investigações em outros Estados, conseqüentemente ferindo seus interesses soberanos, poderiam ser contornadas com a adoção da *Hague Evidence Convention* que estabelece uma estrutura para produção de provas entre os Estados contratantes; IV) por fim, a regra jurisdicional da razão ou qualquer outra regra que estabeleça uma tentativa de sopesar os diversos interesses na órbita internacional, não é necessariamente uma regra de DI³¹, sendo, portanto, apesar das debilidades, uma tentativa de relevar os diversos interesses da comunidade internacional.³²

2.6. Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982

³⁰ Assim, o reconhecimento da Suprema Corte dos EUA: “*Yet it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance. Our cases in this field seem invariably to show a discriminating analysis of the particular question posed, in terms of the history of its management by the political branches, of its susceptibility to judicial handling in the light of its nature and posture in the specific case, and of the possible consequences of judicial action*”. U.S. Supreme Court .Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962). Op. cit.

³¹ Opinião contrária é do juiz Fitzmaurice no caso *Barcelona Traction*, conforme referido por Alford: “*Thus, in Barcelona Traction Judge Fitzmaurice’s separate opinion urged municipal courts to show discretion in exercising extraterritorial jurisdiction in the interests of international comity. He noted that international law does not impose rigid rules on states delimiting spheres of national jurisdiction in such matters as antitrust legislation. Nevertheless, he reasoned that international law does presume the existence of limits and obligates every state to “exercise moderation and restraint as to the extent of its jurisdiction” in case having a foreign element so as “to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to,” or exercised by, another state.*”. *Barcelona Traction*, 1970 I.C.J. at 105 (Fitzmaurice, J., separate opinion). *Apud*. ALFORD, p.6.

³² ALFORD, p. 13-16.

Em face dos problemas decorrentes da extensão da aplicação, por parte dos tribunais norte-americanos da legislação antitruste, uma solução legislativa buscou pacificar o assunto³³. Com este intuito, foi promulgado o *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982* (FTAIA), que estabeleceu um teste uniforme para determinar o alcance extraterritorial do *Sherman Act*. O FTAIA modificou o alcance jurisdicional do *Sherman Act* para torná-lo inaplicável em transações que envolvessem comércio estrangeiro, exceção feita às condutas que tivessem produzido efeito direto, significativo e razoavelmente previsível – *such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect* – no mercado doméstico, ou, no caso de importação e exportação, o negócio tenha sido contratado nos EUA.³⁴

O FTAIA modificou significativamente a doutrina dos efeitos, apesar de expressamente não se aplicar na hipótese de importações. Assim, o teste sugerido pelo FTAIA não poderia, por exemplo, ser utilizado para coibir as ações de cartéis de exportação

³³ Ver a polêmica estabelecida entre Lowe e Lowenfeld. LOWE, A. V. Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British protection of trading interests act, 1980. **The American Journal of International Law**. v. 75, n. 2, p. 257-282, abril 1981. LOWENFELD, Andreas F. Editorial comment: Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: a reply to A. V. Lowe. **The American Journal of International Law**. v. 75, n. 3, p. 629-638, July 1981.

³⁴ “Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless - (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect - (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section. If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.” United States Codes -Title 15 - Commerce and Trade - Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade - Section 6a. Conduct Involving Trade or Commerce with Foreign Nations. Disponível na internet:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/15/chapters/1/sections/section_6a.html> 06.10.2000.

formados em outros países, com objetivo de atuar dentro dos EUA. Deste modo, consumidores estrangeiros e concorrentes estrangeiros prejudicados pela atividade anticompetitiva em nações estrangeiras, não poderiam invocar a legislação antitruste norte-americana. Esta posição foi adota pela Suprema Corte dos EUA no caso *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.* Neste caso a Corte declarou que os interessados não poderiam buscar reparação por danos decorrente da atividade anticompetitiva, fundando o pedido numa alegada cartelização no mercado japonês, já que as leis antitruste norte-americanas não teriam a pretensão de regular as condições competitivas das economias em outras nações.³⁵

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

³⁵ “We begin by emphasizing what respondents’ claim is not. Respondents cannot recover antitrust damages based solely on an alleged cartelization of the Japanese market, because American antitrust laws do not regulate the competitive conditions of other nations’ economies. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 443 (CA2 1945) (L. Hand, J.); 1 P. Areeda & D. Turner, *Antitrust Law* 236d (1978)”. U.S. Supreme Court. *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, et al. v. Zenith Radio Corp. et al*, 475 U.S. 574 (1986) 475 U.S. 574. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 83-2004. Argued November 12, 1985. Decided March 26, 1986. Disponível na internet: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=475&page=574>> 04.07.2000.

afirmar sua jurisdição contra empreendimentos norte-americanos localizado no exterior. Em face do FTAIA, os EUA optaram por não exercitar o direito que possuíam, justamente por não pretenderem – a legislação antitrustes norte-americana – promover a concorrência em todo o mundo ou regular mercados estrangeiros, mas sim, proteger-se contra atividades anticompetitivas que afetassem adversamente o seu mercado doméstico.³⁶

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

Na ótica de Hank, a aplicação do teste – observação de resultados anticompetitivos *diretos, significativos, e razoavelmente previsíveis* no mercado doméstico – implica reconhecimento implícito dos interesses de outros países através de um exame crítico e cético do *Sherman Act*. Apesar de minimizar os conflitos com nações estrangeiras, ainda manifesta-se como um veículo imperfeito para reconhecimento ou não da competência internacional³⁷. De qualquer maneira, o teste sugerido pelo FTAIA focaliza exclusivamente uma ligação com a jurisdição dos EUA, desconsiderando os interesses da comunidade internacional.

Restava aos tribunais a possibilidade de optar entre dois testes para aplicação da jurisdição norte-americana a fatos ocorridos no estrangeiro em matéria antitruste. Um padrão normativo, buscando *efeito direto, significativo, e razoavelmente previsível* no

³⁶ “Significantly, this limitation curtails the scope of extraterritorial jurisdiction beyond that traditionally required by international law. Under the nationality principle, international law clearly recognizes the right of the United States to assert jurisdiction over American enterprises located abroad. How-ever, by virtue of the FTAIA the United States chose not to exercise that right, presumably because USA antitrust laws were not intended to promote world competition or to regulate foreign markets, but rather to protect against anticompetitive activities adversely affecting the domestic market”. ALFORD. Op. cit. p. 17-18.

³⁷ HANK, Barry E. *United State, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*. Apud. ALFORD. Op. cit. p. 18-19.

mercado doméstico. E outro, com base no *common law*, levando em conta as preocupações da comunidade internacional.

3. Conclusão

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

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

38

As agências federais norte-americanas de controle de concorrência carregaram a responsabilidade de aplicar a legislação antitruste e deram prioridade às operações consideradas internacionais, além de cooperar com as autoridades estrangeiras. Por tais motivos as agências tiveram de atualizar as *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* de 1988.³⁹

As novas diretrizes pretendem prover as agências com uma orientação antitruste em negócios contratados em operações internacionais e nas questões que, especificamente, relacionam-se à política de execução internacional das agências norte-americanas. Não se trata de uma declaração completa de orientações, mas de guia para

³⁸ Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Issued by: The U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, April, 1995, Introduction. Disponível na internet: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> 07.07.2000.

³⁹ Idem, ibidem.

as entidades responsáveis pelo controle da concorrência⁴⁰, no que tange às condutas internacionais dos agentes econômicos.⁴¹

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

Ainda, uma rápida menção ao *Restatement (Third) of Foreign Relations Law (Restament)*, – contribuição dos estudiosos, que não serve como fonte formal de lei, mas que procura situar a lei já existente e o seu impacto judicial e diplomático – que apresenta como elemento principal quando da aplicação de jurisdição extraterritorial, a razoabilidade. A territorialidade e nacionalidade permanecem as bases principais para aplicar a jurisdição. Ocorre que há uma substituição de conceitos rígidos por critérios mais amplos, que abarcam princípios de racionalidade e de justiça, acomodando os conflitos de interesses dos Estados, e os interesses dos agentes econômicos privados.⁴²

As seções 402 e 403 do *Restatement* objetivam disciplinar asserção internacional da jurisdição norte-americana. Já a seção 415 refere-se exclusivamente à asserção internacional da legislação antitruste. Nestas primeiras seções são adotados critérios

⁴⁰ "As is the case with all guidelines, users should rely on qualified counsel to assist them in evaluating the antitrust risk associated with any contemplated transaction or activity. No set of guidelines can possibly indicate how the Agencies will assess the particular facts of every case. Persons seeking more specific advance statements of enforcement intentions with respect to the matters treated in these Guidelines should use the Department's Business Review procedure,³ the Commission's Advisory Opinion procedure,⁴ or one of the more specific procedures described below for particular types of transactions.", Idem *ibidem*.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² ALFORD, p. 25-26.

tais como territorialidade, nacionalidade, dando relevo para a teoria dos efeitos.

A seção 402 é limitada pela 403, que tolhe a asserção excessiva. Reconhecendo que cada Estado tem a obrigação de avaliar seu próprio interesse, e deixar de exercê-lo quando o interesse do outro Estado for notavelmente mais significativo. A seção 415 utiliza os elementos das seções 402 e 403 para regular as condutas anticompetitivas realizadas fora do limite jurisdicional ordinário norte-americano que estejam em contradição com a sua legislação. A idéia de razoabilidade permeia também esta seção. Sendo considerado razoável o exercício da jurisdição, quando o acordo é feito ou aplicado nos EUA, quando o propósito principal da conduta ou acordo é interferir no comércio de EUA produzindo algum efeito nele, quando apesar da intenção de prejudicar o comércio nos EUA não é notório, mas a conduta produz um efeito considerável.

A diferença entre o FTAIA e o *Restatement* – lembradas as diferenças decorrentes de uma sugestão de estudiosos e uma norma editada pelo legislativo, bem como os seus diferentes graus de legitimidade – é que aquele exigia um efeito direto, significativo e razoavelmente previsível no mercado doméstico – *showing of direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on US commerce* –, já este último algum efeito – *had some effect*.⁴³

Em suma, os tribunais dos EUA alcançaram um consenso no teste adequado para a afirmação extraterritorial das suas leis antitruste: além do princípio da territorialidade, a doutrina do efeito direto, significativo e razoavelmente previsível fornece uma base para afirmar a jurisdição. Porém, a importância dada para os interesses da comunidade internacional e os critérios precisos a serem utilizados na análise dos diversos interesses não estão definidos e são objeto de discordância nas várias instâncias jurisdicionais norte-americanas.⁴⁴

⁴³ Idem, p. 26.

⁴⁴ "In sum, U.S. courts have reached a consensus on the appropriate test for the extraterritorial assertion of US antitrust laws: in addition to the territorial principle, the direct, substantial, and reasonably foreseeable effect doctrine provides a basis for asserting jurisdiction in the absence of overriding comity concerns. The

4. Bibliografia

ALFORD, R. P. The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and the European Community approaches. **Virginia Journal of International Law**. v. 33, n. 1, p. 1-50, fall 1992.

BASEDOW, J. Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des Lois contre les restrictions de la concurrence. **Recueil des Cours**. Martinus Nijhoff Publishers, t. 264, p. 1-177, 1997.

CARVALHO, L. A. **Direito Antitruste e Relações Internacionais: extraterritorialidade e cooperação**. Curitiba: Juruá, 2001.

ELLIOTT, G. P. Antitrust at 35,000 feet: The extraterritorial application of United States and European community competition law in the air transport sector. **The George Washington Journal of International Law and Economics**. v. 31, p.185-231, 1997/1998.

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

LOWE, A. V. Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British protection of trading interests act, 1980. **The American Journal of International Law**. v.75, n.2, p.257-282, apr. 1981.

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

MAGALHÃES, J. C. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.85, p. 185-204, jan./mar. 1985.

MEHRA, S. K. Extraterritorial Antitrust enforcement and the myth of international consensus. **Duke Journal of Comparative & International Law**. n.10, p.191-22, [1996?]

SALGADO, L. H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

importance, however, to given these comity concerns and the precise criteria to be utilized in analyzing these competing interests are less defined and are subject to debate and disagreement in the various courts of appeals." Idem, p. 27.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

Legislação

Estados Unidos. United States Codes - Title 15 - Commerce and Trade - Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade - Section 6a. Conduct Involving Trade or Commerce with Foreign Nations. Disponível na internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/casecode/uscodes/15/chapters/1/sections/section_6a.html> 06.10.2000.

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

Casos

U.S. Supreme Court: American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível na internet: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>> 04.07.2000.

U.S. Supreme Court: United States v. Sisal Sales Corporation, 274 U.S. 268 (1927). Argued March 9, 1927. Decided May 16, 1927. Disponível na internet: <<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/us/274/268.html>> 04.07.2000

U.S. Supreme Court .Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962). Appeal from the United States District Court for the Middle District of Tennessee. No. 6. Argued April 19-20, 1961. Set for reargument May 1, 1961. Reargued October 9, 1961. Decided March 26, 1962. Disponível na internet: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navbycase&court=us&vol=369&page=186>> 04.07.2000.

U.S. Supreme Court. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. 376 U.S. 398 (1964). No. 16. Argued October 22-23, 1963. Decided March 23, 1964.

Disponível na internet:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/376/398.html>> 3.11.2000.

U.S. Supreme Court. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, et al. v. Zenith Radio Corp. et al, 475 U.S. 574 (1986) 475 U.S. 574. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 83-2004. Argued November 12, 1985. Decided March 26, 1986. Disponível na internet:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navbycase&court=us&vol=475&page=574>> 04.07.2000.

Recebido para publicação em: 13/08/2001

Aceito para publicação em: 27/09/2001