

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os cartéis transnacionais
e a transnacionalização
das decisões do direito
concorrencial**

*The transnational
cartels and the
transnationalization of
antitrust law decisions*

Karla Margarida Martins Santos

Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial*

The transnational cartels and the transnationalization of antitrust law decisions

Karla Margarida Martins Santos¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar os cartéis transnacionais e suas repercussões na constituição de um direito global. Para tanto, serão analisadas questões relacionadas a liberalização dos mercados, o conceito de globalização, a cooperação em matéria de defesa da concorrência e sua implicação com o conceito de soberania, a partir de princípios de aplicação de acordos bilaterais, analisando-se casos julgados por mais de uma autoridade nacional de defesa da concorrência. Os obstáculos à formação de um direito global nessa seara mostram a predominância de interesses econômicos de alguns países sob o argumento da dinamização das relações econômicas.

Palavras – chave: Cartéis Transnacionais. Transnacionalização de Decisões. Cooperação Internacional.

Abstract

This study aims to analyze transnational cartels and their effects on the establishment of a Global Law. Issues related to market liberalization, the concept of globalization, cooperation in antitrust and its implication to the concept of sovereignty, based on principles for the implementation of bilateral agreements, analyzing cases tried by more than one national authority to protect competition will be examined. The obstacles to the formation of a Global Law that harvest show the predominance of economic interests of some countries under the pretext of boosting economic relations.

* Artigo recebido em 11/12/2012
Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Professora de Direito do UniCEUB. Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Internacionais. Especialista em Direito Econômico e das Empresas. Bacharel em Administração e em Direito. Email: karlasantos@uol.com.br

1 Introdução

A crescente liberalização observada no comércio internacional, a cada dia, desafia a capacidade de indivíduos, empresas e governos de efetuarem previsões em torno dos níveis de trocas no âmbito global, assim como em torno dos mecanismos e estratégias que as empresas adotam para reforçar suas atuações no mercado. As distorções à concorrência, antes encontradas apenas internamente, foram verificadas em mais de um país simultaneamente, diante da possibilidade incrementada pelo fenômeno da globalização de que as empresas atuem em diversos países de forma concomitante.

O processo de globalização, em qualquer de suas dimensões,² traz consequências econômicas e jurídicas relacionadas à própria dívida de sentido,³ que remonta ao próprio surgimento do Estado. Com a crescente interdependência entre os países, a perspectiva das relações jurídico-econômicas é alterada, fragilizando muitas vezes o que se denomina de ordem jurídica interna.⁴ Estados perseguindo objetivos macropolíticos acabam propiciando conflitos dos mecanismos de ligação entre as economias nacionais,⁵ com consequências propositadas, mas nem sempre evidentes em um primeiro momento. Estas

repercussões, mesmo que constantes de instrumentos consensuais, podem dar margem à atuação de empresas com atuação concomitante em mais de um país ou continente de forma pouco salutar, o que indica a necessidade de que os esforços de cooperação também sejam adotados para reprimir efeitos negativos derivados desses comportamentos, isso mostra a importância do fomento de mecanismos de cooperação internacional estáveis.

Essas circunstâncias demonstram que, ao mesmo tempo em que há uma aceleração no fluxo de capitais internacionais e na valorização de praças de investimento de uma nação por meio dos mercados financeiros interconectados em nível global,⁶ pode essa aceleração levar os países a atuarem de forma mais incisiva em questões diretamente relacionadas aos mecanismos de cooperação internacional em defesa da concorrência, o que demonstra a necessidade de que efeitos não desejados da circulação de bens e serviços, como os cartéis transfronteiriços, sejam reprimidos ou minimizados.

Os cartéis, que serão conceituados mais adiante, confirmam que a consequência mais direta do fenômeno global é exatamente a formação de uma comunidade internacional fortemente complexa que, apesar de discursos fraternos,⁷ como se verifica nas questões ambientais, continua separada em interesses econômicos particulares, mas relacionados, dependente de efeitos econômico-financeiros cada vez mais interligados.⁸

A estratégia de atuação de empresas transnacionais ou globais,⁹ como sói ocorrer no âmbito interno, busca alcançar uma escala de produção ótima, em que recursos sejam alocados de maneira eficiente em uma escala global, tanto no que tange aos seus negócios internos, quanto no que se refere ao cumprimento das múltiplas legislações a que se submetem.

Buscam as empresas, por intermédio desse tipo de atuação, intervir significativamente nas condições e

² Podemos considerar que as dimensões cultural, ambiental, social e política têm efeitos no campo econômico. Nesse sentido, veja-se a classificação de VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 80-100.

³ GAUCHET, M. Arce. *A dívida do sentido e as raízes do Estado*: política da religião primitiva. [S.l.: n], 1977. p. 51.

⁴ Como assevera DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*: la refondation des pouvoirs. Paris: Éditions Du Seuil, 2007. v. 3. p. 140: "Si le droit économique interne est à la fois de protection et de direction, et le droit international général un droit de protection, le droit international économique, lui, serait un "droit d'expansion". La conséquence en est que, au lieu de préserver les États, il les fragilise et du même coup maginalise les efforts du droit interne visant à encadrer les pouvoirs privés économiques, lesquels se trouvent ainsi comme libérés de tout contrainte."

⁵ Há diversas correntes que buscam não só conceituar, mas também explicar globalização. Não se trata apenas de uma questão de semântica diferente, com críticas severas feitas por autores como Francois Chenais e John K. Galbraith. Consideraremos, para esse propósito, em termos econômicos, a globalização como um processo decorrente do Consenso de Washington, com bases eminentemente liberais e que implica em maior mobilidade de capital, tecnologia e mercadorias em nível mundial. Nesse sentido, veja-se a percepção de José Eduardo Faria sobre a confluência entre Estados, organismos multilaterais e empresas nacionais quanto ao tema. FARIA, José E.. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 165.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 103.

⁷ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 107.

⁸ ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹ TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

instrumentos operacionais de mercado para tornar suas ações viáveis e eficazes, fortalecendo, em muitas circunstâncias, a criação de oligopólios globais e efeitos nocivos deles derivados, como os cartéis transnacionais, inclusive pela constituição de sociedades em rede, exercendo pressão sobre o conjunto de regras que rege a atividade que esses entes organizacionais exercem.

Esse processo, em muito fomentado pela expansão do sistema de transportes e de comunicações,¹⁰ leva à reflexão sobre como as estruturas empresariais incrementam a fragmentação,¹¹ a descentralização e desconcentração de eixos tradicionais de poder e de formulação de normas. Estruturas hierarquizadas de atividades profissionais se transformam em organizações sobre a forma de redes, construídas com base em parcerias, cooperação e relações contratuais flexíveis.¹²

A sociedade de indivíduos¹³ passa a ser paulatinamente substituída por uma sociedade de organizações, cujo eixo estrutural está baseado em expectativas de rendimento e ganhos em escala crescente, dos quais os indivíduos passam a constituir mero elemento de composição¹⁴ e em torno dos quais os Estados passam a adotar estratégias de atuação internacional que levem à domesticação do capitalismo global como mecanismo que objetiva a ampliação de sua influência econômica e social para além de suas fronteiras,¹⁵ por intermédio de estratégias múltiplas como a contida em discursos de legitimação de

direitos típicos dos discursos dos Estados nacionais que, em nome da defesa de direitos humanos, reforçam sua “lógica imperial”.¹⁶

Ao mesmo tempo em que os países indicam a integração de mercados como um fenômeno positivo, não se deve perder de vista a necessidade de que sejam analisadas, de forma crítica, suas razões e justificativas,¹⁷ relevantes para a compreensão de fenômenos internos deles derivados, como os cartéis.

A fragmentação dos temas que compõem a atuação de corporações transnacionais leva os Estados-nação a outros problemas sob o ponto de vista regulatório, como o tratamento a ser dado ao reforço de atuações de oligopólios globais, muitas vezes exteriorizados por cartéis, o que traz preocupações diante das críticas em torno do advento de uma desordem jurídica, de uma fragmentação excessiva que pode ser gerada, de uma mundialização

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

¹¹ CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 5. A globalização, considerada como o elo de transmissão para o sistema de valores democráticos liberais, deve ser vista como uma força desejável e poderosa, que permite o crescimento político. No entanto, o sentido de homogeneidade que lhe é inculcado, por permitir a estabilidade e tornar as organizações internacionais mais efetivas, pode fazer com que se perceba a fragmentação como algo antagônico.

¹² FÁRIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7.

¹³ ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 17.

¹⁴ Interessante é a perspectiva de esvaziamento de valores humanos e sociais decorrentes da denominada integração sistêmica das empresas. Nesse sentido, veja-se ARENDT, Hannah, *The human condition*. Chicago: Chicago University Press, [s.d.]

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

¹⁶ Nesse sentido, veja-se a crítica que Habermas faz aos Estados Unidos sobre o papel que exerce de superpotência e em torno do qual os direitos humanos funcionam como orientações morais para a avaliação de objetivos políticos, inclusive quando os direitos humanos são tomados não como orientações morais para o agir político, mas como direitos a serem implementados no sentido jurídico do termo. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 49.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 192.

anárquica,¹⁸ hegemônica, que se realiza simultaneamente no silêncio e no fracasso das armas.¹⁹

O incremento dessas relações trouxe consigo a debilitação da capacidade de taxação e regulamentação dos governos. A expansão da economia mundial levou a expansão da comunidade empresarial e de suas práticas, que foram incorporadas pelo Direito Internacional Privado,²⁰ pela adoção de comportamentos sistêmicos, inclusive por acordos informais típicos de instituições financeiras e empresas transnacionais.

Mas o que é um cartel transfronteiriço? Como se organiza? A redução dos preços não seria benéfica aos consumidores de uma forma em geral? A atuação independente de cada uma das empresas não seria mais lucrativa? Como a transnacionalização de decisões judiciais, aplicáveis a indivíduos domiciliados em nações diferentes da que analisa o pleito judicial, pode contribuir na minimização de um cartel transfronteiriço? Que impactos a

aceitação reiterada, ou ainda irrestrita de decisões proferidas em outros territórios, teriam no reconhecimento de direitos maculados por cartéis que apenas foram objeto de condenação em países com a legislação de concorrência mais avançada? Não representaria tal comportamento uma negação ao Estado do direito de estruturar sua política de concorrência, impedindo que cartéis reforcem seus comportamentos em seus territórios, ou ainda, uma violação da soberania, da jurisdição, da estruturação de políticas públicas em nome do bem comum?²¹

Essas preocupações fazem parte do cotidiano das economias modernas, seja porque muitas empresas têm procurado economias emergentes para instalar suas plantas industriais, seja porque a legislação de defesa de concorrência desses países, quando existente, não é tão rigorosa. A complexidade das relações entre empresas com atuação global ou transfronteiriça nem sempre é congruente ou funcional e marca o direito da concorrência como uma área vulnerável a transplantações e influências nem sempre benéficas,²² em que pese o argumento de harmonização, uniformização buscarem revestir-lhe de legitimidade.

A construção de um direito global a partir de elementos da teoria da argumentação e de valores de filosofia moral representa que, no novo direito, deve se pressupor um padrão de racionalidade formal, como descrito por Luhman e Teubner.²³ Para tanto, o exame de decisões transfronteiriças de cartéis, na mitigação dos efeitos assimétricos dessas condutas nos mais variados locais em que estiver surtindo efeito, compatível com os pressupostos de um pluralismo de valores que mostre uma ruptura com

¹⁸ KRASNER, Stephen. *Sovereign: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Traz uma abordagem sobre o conceito de soberania que nos remete a representantes da teoria inglesa das relações internacionais, como Martin White e Redley Bull, que tratam da sociedade anárquica ao estabelecer que o conceito de soberania dos Estados é permeado de valores que colocam em xeque a própria soberania. Questões como os direitos humanos e de minorias, o papel crescente de instituições financeiras internacionais e a globalização indicam o questionamento da soberania. A hipocrisia ordenada, segundo o autor, é marcada pela constante violação de normas antigas. A amplitude do sentido de soberania (doméstico, interdependente, internacional e de acordo com Westfália) é tratada pelo autor, que se concentra no conceito da paz em Westfália e no conceito jurídico internacional de soberania, colocados como exemplos de hipocrisia organizada. As assimetrias de poder entre os estados, assim como a ausência de instituições oficiais, podem indicar a existência de normas como algo lógico e rejeitar a lógica da apropriação. Como se depreende da parte final da obra, muitas das características associadas à soberania – território, autonomia, reconhecimento e controle – não viabilizam uma descrição das práticas que caracterizam muitas entidades que têm sido convencionalmente vistas como estados soberanos. As instituições internacionais atuam de uma maneira mais fluida.

As normas podem ser importantes, mas podem ser contraditórias e representar, quando de sua aplicabilidade, situações de hipocrisia ao atenderem não às questões para as quais foram estabelecidas, mas aos interesses de quem os rege, o que pode ser utilizado para acolher ou refutar os argumentos do que de transnacionalização das decisões envolvendo a manifestação judicial em matéria de concorrência.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris, Éditions Du Seuil, 2006. v.2. p. 7.

²⁰ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 161.

²¹ A Professora Mireille Delmas -Marty, em sua obra *Les Forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*, Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 7, indica logo em seu "Avant-propos" as mudanças pelas quais tem passado o Direito, inclusive no que se refere ao conceito de ordem jurídica. Considera que há a necessidade de que sejam novamente fundados os poderes tradicionalmente considerados como constituintes do Estado, com o movimento de internacionalização de direito considerado ameaçador dos atributos internos.

²² DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 163

²³ op. cit., p. 113. TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

velhas relações de produção capitalista²⁴, baseada na legitimidade de novos sujeitos coletivos, com a inclusão de nações e blocos periféricos, até então não destacados, como o Brasil,²⁵ pode representar um critério veritativo das diversas formas de articulação do Direito da Concorrência, das fragmentações presentes, que não impedem, pelo contrário, indicam a necessidade de que regras, áreas de competência, instrumentos adjudicatórios sejam estabelecidos para que valores exclusivamente econômico-privados prevaleçam e causem a desordem do próprio mercado.

Antes de abordar esses questionamentos, no entanto, por que com eles relacionados, os Estados soberanos têm realizado esforços na busca de soluções alternativas em reprimir esse tipo de comportamento, por intermédio de estratégias de cooperação que tornam sutis as diferenças entre o que define cada legislação nacional a esse respeito, por meio de formas de colaboração como a cooperação internacional em defesa da concorrência.

Este artigo inicialmente analisará o conceito de soberania quando relacionado à cooperação entre Estados em matéria de defesa de concorrência, a partir da evolução desse conceito no campo de estudo do Direito Internacional. Em seguida, serão analisados o conceito e as características dos cartéis internacionais, notadamente dos denominados cartéis clássicos (“*hard-core cartels*”) com atuação transfronteiriça.

O caso do cartel das vitaminas é descrito com mais detalhes diante das dificuldades de acesso a provas e das características do produto, como insumo ou componente que é para a geração de muitos outros produtos no mercado.

Os princípios utilizados para a persecução de cartéis internacionais, pela maior parte dos países, também são relacionados, eis que costumam ser aplicados como solução de alcance de cartéis transfronteiriços, seguindo-se uma abordagem de análise de cartéis transfronteiriços por parte de tribunais americanos.

2 Cooperação entre Estados em matéria de defesa da concorrência

Consequência da expansão e diversificação da economia internacional, os cartéis internacionais confirmam que a comunidade empresarial internacional, além de estar cada dia mais diversificada, sofisticada sua complexidade de atuação, exigindo que a transparência e previsibilidade verificadas em outros tempos sejam buscadas por mecanismos também sofisticados e complexos de cooperação internacional entre países.²⁶

Os debates em torno da repressão a cartéis transnacionais indicam que, para que a ação dos Estados seja compatível com a dinamicidade econômica e com agentes nele instalados, deve existir cooperação entre nações. Para tanto, os discursos e ações tendentes à atuação cooperativa entre os Estados buscam revestir-se de uma eticidade presente nas questões humanitárias, sob o argumento de que violações ou impactos econômicos da globalização tornam os direitos humanos mais vulneráveis.²⁷

A cooperação entre Estados representa o estabelecimento de um acordo que conduzirá a ação de seus membros em situações que abranjam estratégias de repressão a cartéis transnacionais e que remetam ao reenvio, não apenas a ideia de Estado nação, mas também do sentido de soberania, eis que demonstram a necessidade de transformação e adequação de formas tradicionais de regulação jurídica a todas as mudanças rápidas e intensas pelas quais têm passado o mercado,²⁸ inclusive na redefinição do papel exercido pelo Estado nação e no desenvolvimento de formas de cooperação entre os Estados que não representem tão-somente a formalização de acordos de cooperação internacional, mas que estejam relacionados aos objetivos maiores norteadores desses instrumentos, como a efetiva repressão de cartéis.

A transnacionalização de efeitos derivados da aplicabilidade de decisões judiciais, em demandas levadas ao

²⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris, Éditions DuSeuil, 2006. p. 8, cita esse propósito Empédocles De Agriginto, na Grécia, para deixar claro que se deve atentar primeiramente para a diferença entre pluralismo e pluralidade no intuito de que os diversos pluralismos que sustentam o discurso jurídico não passem a representar tão-somente a legitimação de um sistema hegemônico mundial, materializada pelos mesmos países que sempre expressam a hegemonia ocidental.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 205.

²⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁷ Nesse sentido, veja-se THE RESPONSABILITY TO PROTECT. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001. p. 7.

²⁸ THE RESPONSABILITY TO PROTECT. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001. p. 9.

conhecimento das Cortes de Justiça, pode significar um reforço nas posições que as diversas nações buscam contemplar na construção de medidas de coibição de cartéis. No entanto, tal análise também pode trazer consequências não só para o reforço do próprio comportamento anticompetitivo, mas para a solidificação de um cenário já erigido em torno da integração crescente de autoridades e países e em torno do estabelecimento de medidas bilaterais ou plurilaterais na coibição de cartéis, diante dos questionamentos de violação da soberania dos Estados que podem ser suscitados.

Mas o que é soberania? Que avaliação valorativa deve ser conferida a esse atributo face às descontinuidades pelas quais passa o Direito em uma sociedade cada vez mais integrada mundialmente e à permeabilidade das relações econômicas entre as empresas em âmbito global, permitindo o surgimento de cartéis?

Em um contexto internacional cada vez mais marcado por formas discrepantes de sociabilidade, algumas profundamente enraizadas em termos históricos e outras irrompendo na dinâmica de um contínuo processo de inovação, transformação e generalização dos padrões de produção, consumo e trabalho, a expansão e a multiplicação desses grupos podem vulnerar, como assevera Faria,²⁹ padrões socialmente estabelecidos e aceitos, modificando o perfil das regulações sociais, a própria direção pré-estabelecida pelo Estado e por seus indivíduos.

Os mesmos fatores que permitem a expansão do acesso a bens e serviços, a transnacionalização dos mercados econômicos, também aceleram o esvaziamento do indivíduo e do Estado como unidades relevantes de ação.

Os Estados, por sua vez, percebem, com o crescimento da atuação transfronteiriça de empresas,

de organizações não governamentais, a necessidade de estabelecimento de uma sociedade relacional.³⁰

As inter-relações entre os Estados atingem o conceito clássico de soberania, mas exigem, ao mesmo tempo, fomento de cooperação. A cooperação traz ao debate problemas de imposição de valores já sedimentados por alguns países, dadas as assimetrias de conhecimento, de estágio de evolução e de efetividade da política antitruste dos diversos Estados soberanos.

Passemos, diante desse quadro, à análise do conceito de soberania, que como as estratégias de atuação das empresas e de cooperação dos Estados, também tem se modificado diante do crescente e acelerado processo de globalização.

2.1 Soberania na perspectiva da globalização

Em que pese à globalização não ser um fenômeno novo,³¹ sua importância na atualidade ganha relevo na medida em que indica a necessidade de se repensar a forma de manifestação dos fenômenos, não mais atendida pelo padrão de normalidade até então vigente, diante do incremento progressivo não apenas das relações entre Estados, mas em especial de corporações transnacionais ou globais.³²

³⁰ Esse conceito é utilizado por René Jean Dupuy em sua obra *Le Droit International*. Press Universitaires de France, 1976. No mesmo sentido, FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 194, indica um novo padrão de racionalidade jurídica que não incida diretamente nas estruturas das organizações, mas que assegure um mínimo de critérios e referências comuns, “capaz de substituir a coerção pelo consenso, o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção e, por fim, a responsabilização individual pela responsabilização organizacional, no caso de condutas potencialmente comprometedoras do equilíbrio sistêmico da sociedade.” Essas características estão cada vez mais presentes em acordos de gerações diferenciadas firmados entre autoridades de defesa.

³¹ Essa é a opinião defendida por FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

³² Consideram-se empresas transnacionais aquelas que possuem participantes de duas ou mais nações. As globais, por sua vez, com atuação em mais de dois continentes. Ambas caracterizadas pela elevada flexibilidade e modulação, articuladas em perspectiva reticular. Nesse sentido, veja-se FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 72 e TEUBENER, G. A. Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

²⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 168.

Haveria ou não uma mudança paradigmática do papel do Estado na atualidade, diante do crescente fenômeno da globalização?

A adequação ou não de um conceito a uma determinada realidade passa pela percepção dos momentos pré-paradigmáticos, quando doutrinas e teorias surgem no sentido de indicar caminhos para novas descobertas.³³

As rupturas não ocorrem de forma abrupta. As crises nos paradigmas mostram a necessidade de se repensar as formas de solução de problemas vigentes a partir de novos valores que exsurgem do universo científico e de constante reflexão dos valores que permeiam o processo decisório.

O movimento de globalização mostra, como assevera Freitas Filho,³⁴ que questões macroeconômicas, novos direitos, a perda de capacidade normativa do Estado-nação, levam à reflexão o ator jurídico em uma matriz diversa daquela de uma realidade socioeconômica na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada no século XIX. Há uma crise no Direito, indissociável da própria crise do Estado, que mostra uma necessidade de que mecanismos alternativos de solução de conflitos sejam cada vez mais usados, máxime em questões que envolvem temas sensíveis como soberania e territorialidade.

Há uma tendência de adaptação do indivíduo ao reconhecimento de padrões conhecidos, utilizando-se de uma categoria conceitual preparada pela experiência prévia.³⁵ O uso da linguagem³⁶ tem especial importância para o Direito Internacional, pois permite verificar se a denominada crise do Estado implica em deterioração de

seus elementos, dando-se especial relevo ao atributo da soberania.

No que tange à ideia de soberania, em sua concepção tradicional estabelecida em 1648, com o Tratado de Westfália e a noção de Estado independente, que permeou o direito internacional: a relativização de suas fronteiras pela construção de blocos econômicos, os movimentos migratórios indicavam deter os Estados à soberania a partir de uma ideia simbólica de que seu exercício estava relacionado a suas fronteiras geográficas, o que permitia a coexistência no plano mundial, conceito em muito atrelado à ideia de territorialidade.

Hobbes³⁷ destacava no Estado o papel de legitimação do poder do soberano perante seus súditos, o que indica a ideia de supremacia de ideias e valores em um determinado território, característicos do Estado moderno.³⁸ Do ponto de vista do Direito Interno, a ideia hobesiana³⁹ de soberania mostra a tentativa de construção de um valor, de um poder livre de qualquer sujeição, em que a paz civil seria elemento típico do Estado de Direito.

A percepção hobesiana nos leva a refletir que a ação do Estado e de seus súditos, assim também consideradas as de empresas estabelecidas em seu território, deveria ser materializada por ações derivadas das normas estabelecidas no ordenamento interno, compatíveis com os princípios e objetivos⁴⁰ que indicavam a necessidade de entendimento em torno do que restava estabelecido,

³³ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 88.

³⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 45.

³⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 33.

³⁶ Segundo Freitas Filho, o uso da linguagem tem diversas funções: a) uso informativo, b) uso expressivo, c) uso interrogativo, d) uso operativo, d) uso prescritivo ou diretivo. No mesmo sentido que MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 9 e HARE, Richard. *A linguagem da moral*. São Paulo: M. Fontes, 1996. p. 3. Destaca Freitas Filho que o uso prescritivo é próprio da linguagem utilizada na moral e na linguagem do direito, na medida em que as expressões caracterizadoras dos dois campos da experiência humana têm em comum o fato de serem aplicações da razão, de modo a permitir decidir corretamente a melhor ação em situações de possibilidade de escolha.

³⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1990.

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64 destaca o caráter individualista, egoísta, agressivo do indivíduo de que trata o pensamento hobesiano.

³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1990. No mesmo sentido, veja-se a revisão da literatura efetuada por LUPI, André. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 50.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1975. p. 294. Na mesma obra (p. 22 e segs.), Dworkin esclarece que esses princípios podem ser estabelecidos na ordem jurídica, mas não derivam na origem, necessariamente das normas jurídicas. Na aplicação do direito, advogados ou juízes buscam sempre utilizar padrões normativos que nem sempre operam como regras, mas também como diretrizes. O conceito de diretriz permite o aperfeiçoamento de algum aspecto relacionado ou contido na norma, como o econômico, por exemplo. A concepção de que o sistema jurídico não se resume a regras jurídicas é muito útil na análise de comportamentos transfronteiriços.

ainda que exteriorizado por uma legitimidade não de toda permeada pela racionalidade como razão efetiva.⁴¹

Em que pese ter sempre existido o esforço, no período áureo do positivismo de separação entre o jurídico e o social, hoje se verifica a necessidade de um conceito orgânico, ainda que em muito baseado em pressupostos da abordagem normativista de Kelsen.⁴² A validade das normas está relacionada à visão kelseniano-normativista dentro dos limites do sistema legal, em uma visão estritamente dogmática do Direito, que muito contribuiu para o conjunto de elementos que rege as relações internacionais, inclusive na percepção da ideia de soberania. Para Kelsen, a soberania era comparável ao Estado, que deveria ser excluído do campo jurídico. Soberania, na concepção hobesiana, seria um atributo do Estado, que poderia ser omitido.⁴³

A conceituação de soberania como atributo e sua abrangência, exteriorizadas por Kelsen, foram, por muitos anos, ignoradas pelo Direito Internacional Público, em que pese ser a base para que os Estados e os organismos internacionais, diante da ideia que deles exsurge de prevalência de valores comuns internacionais sobre os internamente estabelecidos, sejam extremamente úteis para se pensar o Direito Internacional em uma perspectiva em que esse conceito encontra-se em exaustão.⁴⁴

O conceito de soberania⁴⁵ hoje está relacionado ao de sistemas de normas e mostra a atualidade de sua utilização, não mais como atributo exclusivo e vertical do Estado. Em um plano horizontal, reflete o reconhecimento por parte de Estados soberanos de que, para a construção de um novo modelo social, esferas de associação entre os

Estados, com observância dos níveis de implementação, tornam necessária a discussão dos temas em dimensões cada vez mais abrangentes e que ultrapassam os limites impostos pelas normas jurídicas formais, exigindo uma racionalidade reflexiva,⁴⁶ passível de construção na celebração de acordos de cooperação de diversas gerações entre nações para persecução de cartéis.

Deriva dessa posição que a redefinição do processo de soberania, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia do aparato burocrático interno são fortemente atingidos por fenômenos econômicos transnacionais que, em sua atuação na “economia-mundo”, pressionam o Estado a pensar em formas alternativas de regulação sistêmica.⁴⁷

A globalização deixa claro que não apenas a ideia de soberania, mas também outros atributos, valores e categorias que compõem a essência do Direito estão em um momento de exaustão paradigmática⁴⁸ e indicam a necessidade de estabelecimento de novos consensos em torno da ideia de valores jurídicos em perspectiva. Destaca Faria,⁴⁹ dentre as diversas perspectivas da globalização,

a integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresarias, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo que cada vez mais independente dos controles políticos, jurídicos ao nível nacional

O que confirma a ruptura com a ideia que se institucionalizou de Estado-nação e seu tradicional conceito de soberania.

Há sob o ponto de vista kelseniano de soberania um problema de relação entre o sistema nacional e o internacional, sem que haja efetivamente a negação de um em detrimento do outro, não necessariamente uma relação de subordinação, na qual o estabelecimento de elementos de coordenação pode estar presente simultaneamente.

⁴¹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: 2010. p. 16.

⁴² A multiplicidade de conceitos, segundo estabelece FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 39 foi o que motivou Kelsen a propor o que chamou de Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, a dimensão normativa.

⁴³ KELSEN, Hans. *Jurisprudência normativa e sociológica*. Brasília: UnB, [19-?]. p. 213.

⁴⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 336.

⁴⁵ ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, procede a minuciosa análise do conceito de soberania no Estado contemporâneo, no Estado moderno, indicando as implicações e alterações sofridas em um cenário globalizado e o papel do Brasil como país soberano no denominado Estado Global.

⁴⁶ TEUBENER, G. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

⁴⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 25.

⁴⁸ KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

⁴⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 2004.

2.2 Soberania e poder do Estado moderno

Essas questões repercutem em temas caros ao Direito Internacional, como o próprio conceito de soberania no Estado moderno.

Em que pese a existência de argumentos dualistas,⁵⁰ inclusive no sentido de se negar a efetividade das relações econômicas em uma dimensão que diverge da originária, via de regra interna, não seriam Estado e Direito elementos díspares em uma sociedade globalizada.⁵¹

Os movimentos de globalização indicam que o Direito Internacional exerce importante papel tanto na constituição quanto para a compreensão e o exame do perfil das instituições jurídicas da economia globalizada, sem esgotá-lo, haja vista que também é um elemento em transformação.⁵²

A globalização, considerada como o elo de transmissão para o sistema de valores democráticos liberais, vista como uma força desejável e poderosa, que permite o crescimento político, pode, no entanto, com o sentido de homogeneidade que lhe é inculcado, permitir a estabilidade e tornar as organizações internacionais mais efetivas, podendo fazer com que se perceba a fragmentação como algo antagonico.

A globalização pode ser apresentada como uma alternativa à rivalidade, à destruição, ao regionalismo. Muitas análises atuais demonstram que a globalização se coloca como um fenômeno que minimiza divergências e competições regionais. A lógica mercantil e a mecanização tecno-industrial que podem tornar Estados, empre-

sas e indivíduos sujeitos-objeto de uma rotina e conduzir à alienação, à “juridificação”, não podem permitir o esvaziamento de eixos morais relevantes mínimos que considere o homem, seja como indivíduo ou coletividade, como eixo central das relações sociais.⁵³

O Estado, portanto, pode ser visto como uma fonte de ação internacional ou alternativamente como elemento de um processo econômico e social mais profundo, muitas vezes demandado a editar, como assevera Faria,⁵⁴ normas que atribuam grau mínimo de segurança econômica em favor dos segmentos da população mais diretamente atingida pela globalização. Por mais sociais que essas normas possam parecer, possuem natureza eminentemente econômica. Em que pese existir um discurso que busca indicar a necessidade de se estabelecer o diálogo de juízes em questões humanitárias, não se pode negar a aplicabilidade e importância desse diálogo em questões eminentemente econômicas, porque são elementos que repercutem no tecido social, cujas consequências estabelecem rupturas e soluções plurais.

Como assevera Delmas-Marty, a preponderância de atores econômicos, seja por sua mobilidade, seja por sua adaptação mais rápida, indica que o Direito Internacional Econômico representa um verdadeiro direito de expansão, que tanto permite o incremento das atuações das organizações complexas como pode inibir os próprios Estados.

Habermas,⁵⁵ por sua vez, considera que o Estado, cada vez mais emaranhado nas interdependências da economia e da sociedade mundial, perde não somente em termos de competência para ação e autonomia, mas também de substância democrática. Significa, como esclarece o próprio autor, um inegável enfraquecimento da soberania estatal. Implica a adequação do conceito de soberania ao de transnacionalismo, diante da inegável dependência dos Estados uns com os outros, ainda que em graus diferenciados.

⁵⁰ TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Tradução do Professor Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito, 1964. p. 7, estabelece que, na defesa de argumentos dualistas, o direito internacional e os direitos nacionais são ramos do direito absolutamente diferentes entre si, seja pela diferença de suas fontes jurídicas, seja porque o direito internacional governa igualmente outras relações diversas das reguladas pelo direito interno. O Estado, para os dualistas, não seria a única fonte de direito, mas dele derivaria o direito positivo. Além de Triepel, Anzilotti e Léon Duguit seriam fortes expoentes da doutrina dualista.

⁵¹ A defesa de criação de um direito global está necessariamente relacionada com o de uma economia global, como assevera Pierre Le Goff. O direito global caracteriza-se, segundo o autor, como um fenômeno jurídico multidisciplinar, multicultural, multinacional, em que pese ainda não ter alcançado a maturidade e a formalidade de um sistema legal estruturado.

⁵² Veja-se nesse sentido, FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 185.

⁵³ A esse propósito, veja-se FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 182 e ARENDT, Hannah. *The human condition*, Chicago: Chicago University Press, 1958.

⁵⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁵ HABERMAS, JÜRGEN. *A era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 106.

O esvaziamento do Estado, segundo Habermas, é verificado pela perda da capacidade de controle, o crescente déficit de legitimação nos processos decisórios e a incapacidade, cada vez maior, de fornecer serviços de organização e condução eficazes do ponto de vista da legitimação.⁵⁶

No entanto, a globalização necessita do auxílio dos Estados para que se efetivem regras de uma forma pré-estabelecida, seja por intermédio de mecanismos bilaterais, regionais ou multilaterais, no intuito de evitar o total esvaziamento da sociedade de indivíduos por valores demasiadamente absorventes estritamente organizacionais, alimentados tanto pelas expectativas de rendimento e consumo dos integrantes de cada organização complexa quanto pelos imperativos categóricos da economia globalizada.⁵⁷

A criação de um Direito Global é feita para e por atores globais. O advento do que se considera como fenômeno legal é o resultado de ações levadas a efeito e de esforços despendidos por diversas entidades e do impacto em indivíduos, direta e indiretamente, no cenário internacional. Os cartéis internacionais desafiam a legislação antitruste e indicam que os países, por mais liberais e economicamente desenvolvidos que sejam, devem

estabelecer regras em nome da competitividade saudável dos mercados.

Antes de ingressar na cooperação entre os Estados, analisemos brevemente o conceito e as características dos cartéis transnacionais, em especial dos denominados cartéis “*hard core*”, que percebidos em uma perspectiva sistêmico-funcional, como assevera Luhmann, caracterizam-se por estratégias de variação, quando é possível a produção de atuação e comportamento, por estratégias de seleção, pela tomada de decisões sobre as possibilidades de atuação e comportamentos admitidos e por estratégias de estabilização, em que as duas primeiras estratégias são confirmadas ou refinadas.⁵⁸

3. Cartéis internacionais

Há diversos tipos de cartéis descritos pela literatura antitruste. Interessa-nos particularmente abordar a ação concertada entre agentes com atuação em mais de um país, que se vale de comportamentos semelhantes ao que se espera de Estados soberanos para atingir seus propósitos exclusivos, comprometedores do equilíbrio sistêmico das boas práticas de concorrência internacional.

3.1 Delimitação do conceito

Quando os acordos ocorrem entre empresas que podem ou não estar fisicamente instaladas no mesmo país, mas que atuam ou têm possibilidade de atuar, de forma distorciva ao regramento concorrencial em vigor, a qualquer tempo, em outro território soberano, está-se diante de uma conduta transfronteiriça.⁵⁹

A possibilidade de atuação além dos limites físicos de um território e a dificuldade dos países em reprimir condutas anticompetitivas levadas a efeito fora de suas fronteiras incrementam a dinamicidade das re-

⁵⁶ HABERMAS, JÜRGEN. A era das transições. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁵⁷ Segundo esclarece FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 182 “O grande problema desse tipo de “integração sistêmica” é que, por ser demasiadamente absorvente, acabaria determinando um esvaziamento quase absoluto da intersubjetividade própria da vida social, com seus comportamentos, valores e normas comuns; em outras palavras, conduziria ao desaparecimento daquele “mundo comum” que articula os homens numa trama visível feita por fatos e eventos tangíveis no seu acontecimento e que se materializa numa comunicação intersubjetiva através da qual as opiniões se formam, os julgamentos se constituem. Quando a “integração sistêmica” se sobrepõe totalmente à integração social, os indivíduos perderiam para os critérios técnicos de produtividade e seriam despojados de sua “capacidade de discernimento entre qualidades”- o que significa que ficariam sem garantias de “orientar-se no mundo”. O enquadramento plenamente racional dos indivíduos nas organizações pode assim levá-los a perder não só sua identidade própria, mas todo um mundo compartilhado de significações a partir do qual a ação e a palavra de cada um são reconhecidas como algo dotado de sentido e eficácia na construção de uma história comum. Essa perda de espaço público, essa privação o mundo vital, essa integração organizacional absoluta é que abre caminho para o que Hannah Arendt chamou, em outro contexto, de “banalidade do mal”.

⁵⁸ Esse ponto é acolhido por José Eduardo Faria, a partir de LUHMANN, Niklas. *Globalization on world society: how to conceive of modern society*. Bielefeld: Indiana, p. 3.

⁵⁹ CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of Modern International Cartels*. Indiana: Purdue University, 2004, de acordo com o conceito estabelecido pelo autor, definiremos cartéis internacionais ou transfronteiriços como aqueles que possuem participantes de duas ou mais nações. No mesmo artigo, CONNOR faz uma diferenciação entre cartéis internacionais e globais, considerando nesse último tipo como um tipo com atuação em mais de dois continentes industrializados. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2004.

lações comerciais. No entanto, sob o argumento de eficiência econômica, seja para acessar matérias-primas de melhor qualidade, seja para valer-se de mão de obra mais barata, ou ainda para aumentar a demanda dos produtos ou serviços que ofertam, ou, por fim, para limitar a atuação e o acesso a esses insumos por parte de empresas dispostas a ingressar em novos segmentos da atividade econômica, a concertação entre empresas concorrentes ocorre em uma dimensão mundial, configurando os cartéis internacionais.

Os cartéis internacionais são acordos ou ajustes entre empresas⁶⁰ com atuação simultânea em mais de um país para alterar, restringir ou eliminar a oferta de bens e serviços.⁶¹

3.2. Tipos de cartéis internacionais

Há uma variedade de organizações que poderia, de maneira razoável, ser enquadrada como cartel internacional.⁶² No entanto, os cartéis internacionais podem ser classificados em: 1) clássicos (*hard-core cartels*), criados por produtores privados, de pelo menos dois países, para controlar preços ou dividir mercados em todo o mundo; 2) de exportação, que se subdividem em: cartéis privados de exportação, não ligados ao Estado, cujos participantes são de um mesmo país e servem para fixar preços ou dividir o mercado de exportação, não estando suas ações

voltadas para o mercado interno; cartéis de exportação ligados ao Estado;⁶³ 3) e de importação.

Alguns países adotam o critério de isenção aos cartéis destinados exclusivamente à exportação, como, por exemplo, os Estados Unidos, que adotam esse critério desde 1918, com a aprovação do *Webb-Pomerene Act*, exigindo-se das empresas o registro do cartel para tal fim. No Japão, a isenção ocorre desde 1952.⁶⁴

Também no que se refere aos países europeus, alguns possuíam dispositivos que permitiam a adoção de arranjos entre os concorrentes para atuação além de suas fronteiras nacionais. Com o incremento das relações comunitárias, no entanto, as legislações de defesa da concorrência dos países membros da Comunidade Europeia passaram a não contemplar a isenção aos denominados cartéis de exportação, como se verifica na legislação alemã e na do Reino Unido de 1998.⁶⁵

Fixaremos a análise na definição dos denominados cartéis clássicos (“hard-core”), diante da ampla convergência das legislações antitruste no mundo em torno de seus efeitos anticompetitivos.⁶⁶

3.3 Cartéis clássicos

Os cartéis clássicos são considerados a forma mais repudiada de violação às regras concorrenciais, constituindo-se em acordos para fixar preço, para

⁶⁰ Na legislação brasileira, de acordo com a Resolução nº 20/99 do CADE, em seu anexo I, os cartéis são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e demanda. REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO. Brasília: CADE, n. 33, jan./jun., 2002.

⁶¹ CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of modern international cartels*. Indiana: Purdue University, 2004, pode-se definir os cartéis internacionais como aqueles que possuem participantes de duas ou mais nações. No mesmo artigo, CONNOR faz uma diferenciação entre cartéis internacionais e globais, considerando esse último tipo como um tipo com atuação em mais de dois continentes industrializados. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 Abr 2004.

⁶² EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 3. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶³ EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶⁴ De acordo com o estabelecido no *Export-Import Trading Act*, de 1952, os cartéis de exportação podem ser autorizados pelo Ministro da Indústria e Comércio Internacional.

⁶⁵ EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 11. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

⁶⁶ Apesar de algumas legislações nacionais permitirem a utilização de isenção pelas empresas organizadas em cartéis de exportação, referidas isenções não são utilizadas de forma ampla por cartéis internacionais. Nesse sentido, citam a ausência de registro recente de Associações sob a égide do *Webb-Pomerene Act* nas provas de ocorrência de cartéis de fixação de preço obtidas pelo Departamento de Justiça norte americano. EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em 21 Abr 2005, destacam que a Comissão Europeia, no entanto, investigou um cartel registrado nos Estados Unidos sob a égide do *Webb-Pomerene Act*, o cartel de produtores de celulose

restringir a produção, limitar a oferta ou ainda dividir os mercados.⁶⁷

Os países, de uma forma geral, reprimem tal conduta, sendo, que em algumas jurisdições, é considerada crime.⁶⁸ A forma de expressão de cartéis clássicos é a atuação concertada entre os competidores, que tem por finalidade, entre outras possíveis, dividir o mercado ou uniformizar os preços cobrados dos consumidores, seja pelo aumento de preços, pela adoção de fórmulas de reajuste de preços, por acordos de manutenção de preços relativos entre produtos diferenciados ou pela eliminação de descontos ou estabelecimento de descontos uniformes; pela adoção de preços publicados ou ainda pela divisão dos mercados e fontes de abastecimento.

Alguns organismos internacionais, como a OCDE⁶⁹ e a UNCTAD,⁷⁰ têm destacado o esforço de autoridades de defesa da concorrência de diversos países na persecução a cartéis que operam internacionalmente, constituídos por empresas multinacionais com atuação nos denominados cartéis clássicos internacionais, são empresas multinacionais sediadas em diferentes países. O relatório da OCDE menciona a existência de aproximadamente 14 cartéis internacionais, número considerado pequeno, não obstante os prejuízos econômicos quantificados em torno de USD 55 bilhões.⁷¹

Na maior parte dos cartéis internacionais detectados a partir da década de 1990, estão presentes as mesmas características: mercados concentrados, com a presença de poucos agentes, produtos com elevada homogeneidade e atuação por intermédio de associações que viabiliza-

vam reuniões e estabeleciam as regras do conluio,⁷² com normas muito próximas às desenvolvidas pelas sociedades sob a forma de redes.

Além dessas características, via de regra, esses cartéis tiveram em comum: (i) desprezo pela legislação antitruste, (ii) participação direta de membros da alta direção das empresas, (iii) participação direta da alta direção, (iv) utilização de associações de classe para encobrir o cartel, (v) esquemas para fixação de preços, (vi) estratégias de retaliação, (vii) mecanismos periódicos de monitoramento do comportamento dos membros do cartel, (viii) esquemas de compensação, (ix) encontros para organização do orçamento do cartel (*budget meetings*).⁷³

As características dos cartéis internacionais, como anteriormente indicados, mostram a utilização de estratégias de performance inter cruzadas, indicadoras de relações complexas, permanentes e duradouras, que afetam mercados de maneira progressiva e que tendem a levar um agente não comprometido com a cooperação a ser excluído da cadeia produtiva. Os agentes cartelizados possuem uma expressão de poder conjunta cujos efeitos são semelhantes ao de monopólio, cujo poder e estabilidade reforçam os mecanismos internos de cooperação, formas de repasse de lucros, estratégias de venda que demonstram que a economia passou a ser gerida em âmbito transnacional.

⁶⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. Washington: Editora, 2003. No mesmo sentido, MALARD, Neide Terezinha. O cartel. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, v. n. 21, p. 38-43, out./dez. 1995,

⁶⁸ No Brasil, o cartel é punido tanto pela Lei nº 8.884/94, na jurisdição de competência do CADE, quanto pela Lei nº 8.137/90, de natureza penal. Nos Estados Unidos, o cartel é perseguido apenas criminalmente, com base na Lei Sherman.

⁶⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: s/ed., 2003.

⁷⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. *Model law on competition: UNCTAD series on issues in competition law and policy*. Geneva: s/ed., 2003.

⁷¹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: s/ed., 2003.

⁷² A produção de ácido cítrico, por exemplo, estava concentrada nos EEUU, Europa e China. Como destaca LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s*. p. 11. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005, no final da década de 1990, as indústrias instaladas nesses territórios respondiam por cerca de 88% da oferta do produto no mercado mundial. Em 1991, a distribuição do mercado entre os integrantes do cartel tinha os seguintes percentuais, resultantes em cerca de 60% do mercado global de ácido cítrico: Pfizer/ADM – 8%; Bayer/Haarmann & Reimer – 14%; Cargil/ A.E.Staley e Jungbunzlauer 11%; Bayer, Hoffmann-La Roche – 13%; Biocor, Palcitric, Citurgia Biochemicals, Companhias chinesas, Aktiva, Godot Israel (participação inferior)

⁷³ GRIFFIN, James. *An inside look at a cartel work: common characteristics of international cartels*: speech presented at Omni Shoreham Hotel. Washington, 6 April 2000. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm>. Acesso em 10 out 2005. No mesmo sentido, SPRATLING, Gary. *apud MARTINEZ, Ana Paula*. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p.175-198, 2003. p. 176.

A sociedade organizacional indica a necessidade de redefinição, de requalificação dos atores, em especial do Estado e dos organismos internacionais, que deve também caracterizar-se por essa circularidade que caracteriza a atuação das empresas no mercado. Nesse sentido, arranjos de cooperação discutidos em Fóruns Globais, como os da OCDE, com a participação inclusiva de países não membros, permitem o incremento de práticas de persecução aos cartéis.

A complexidade da forma de atuação das empresas tem sido modificada ao longo do tempo. No último Fórum de concorrência realizado pela OCDE, países como o Brasil destacaram que as empresas têm se valido de fusões no intuito de minimizar práticas anticoncorrenciais já detectadas em outras jurisdições. Esse comportamento pode dificultar a persecução a condutas anticompetitivas, inicialmente, que estariam revestidas sob o manto de legalidade formal.

Em outro relatório, a OCDE menciona a existência de aproximadamente 14 cartéis internacionais, número considerado pequeno, não obstante os prejuízos econômicos quantificados em torno de USD 55 bilhões.⁷⁴ O quadro a seguir destaca casos de cartéis internacionais bastante conhecidos das autoridades de concorrência, como os que envolveram o cartel de lisinas,⁷⁵ o de aci-

do cítrico,⁷⁶ o de vitaminas,⁷⁷ o de eletrodos de grafite,⁷⁸ o de tubos de aço sem emenda⁷⁹ e o de construção

⁷⁴ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Hard core cartels: recent progress and challenges ahead*. France: mimeo, 2003.

⁷⁵ A lisina é um aminoácido usado em alimentos de animais para fins nutricionais. O cartel de lisina funcionou de junho de 1992 a junho de 1995, causando distorções no mercado global, com base em um acordo mundial com repercussões não apenas na fixação de preços de lisina para ração animal, mas também no volume de vendas de cada participante no mercado mundial; na forma e datas para o anúncio de preços que resultou, além do já exposto, em práticas discriminatórias, haja vista que alguns clientes deixaram de ser atendidos a partir da coordenação praticada pelo cartel. Os representantes das empresas produtoras de lisina mantinham reuniões periódicas, na Associação Internacional de Produtores de Aminoácidos (AAMIA), a fim de verificar se as estratégias do cartel estavam sendo cumpridas. Nos três primeiros meses de funcionamento do cartel, os preços aumentaram cerca de 70%. Nos EEUU as multas impostas giraram em torno de 100 milhões de dólares, destacando-se a atribuída a Archer Daniels Midland Companhia (ADM), no valor de \$70 milhões. Na União Europeia, as penalidades pecuniárias foram superiores a 110 milhões de euros, cabendo mencionar que as empresas participantes eram não comunitárias, mas com atuação no mercado comum europeu. Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev2_s.doc>. Acesso em: 14 jan. 2006.

⁷⁶ Os ácidos cítricos têm a função de conservar alimentos, estando inserido na categoria dos acidulantes, inibem o desenvolvimento de bactérias em alimentos, possuindo ampla utilização em refrigerantes, comidas processadas, detergentes, produtos farmacêuticos e cosméticos. Apesar da existência de outros ácidos com funções análogas, o ácido cítrico não interfere no sabor dos alimentos, sendo os outros ácidos considerados substitutos não perfeitos, principalmente pela indústria de alimentos.

⁷⁷ O cartel das vitaminas foi investigado em diversas jurisdições, como a norte-americana, europeia, canadense, australiana e brasileira, tendo-se verificada a concertação entre agentes na comercialização das vitaminas A, B2, B5, B6, C,D3, E, Beta-Caroteno, H e M, além de um mix de vitaminas. Considerado como o cartel com efeitos mais nocivos e extensos já detectado por autoridades antitruste ao redor do mundo, a concertação entre os agentes nele travada abrangeu acordos de quantidade, preços e discriminação de clientes. Nos EEUU as penalidades foram impostas a empresas suíças, alemãs, canadenses e japonesas em multas superiores a US\$ 875 milhões, destacando-se a multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. (HLR) e à BASF AG, no valor de US\$ 500 milhões e US\$225 milhões, respectivamente. A multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. é considerada a maior já imputada pelo Departamento de Justiça norte-americano. A Divisão Antimonopólios daquele departamento também conseguiu levar a juízo sete executivos, americanos e estrangeiros, pela participação que tiveram nesse cartel.

⁷⁸ Os eletrodos de grafite são colunas amplas de carbono usadas pelas fornalhas elétricas de aço ou por pequenos moinhos no processamento de aço, feitos a partir do grafite sintético, obtidos de produtos como coque de petróleo e piche. Os eletrodos de grafite são o único produto que viabiliza a geração de mais calor, possibilitando o alcance da temperatura necessária para derreter a sucata e torná-la um produto comercializável. O Departamento de Justiça americano foi a primeira autoridade a detectar a presença de concertação entre os produtores nesse segmento de mercado, que fixou preços e garantiu cotas na colocação do produto ao redor do mundo.

⁷⁹ Os tubos de aço sem emendas, assim como os canos, são utilizados na construção de poços na indústria de gás e petróleo, usualmente referidos na literatura comercial como *oil country tubular goods* (OCTG, para transportar o óleo e o gás gerados nos poços, tendo como único substituto as tubulações de aço inoxidável). Embora o ingresso nesse ramo de atividade seja relativamente fácil, verifica-se a concentração da atividade nas mãos de poucos *players*, em diversos países com liderança na atividade, como nos EEUU, no Japão, França, Alemanha, Itália, Argentina, México e Brasil. A procura pelo produto está, na verdade, intimamente relacionada com outro mercado, qual seja o de gás e petróleo, com o qual estão integrados verticalmente. As empresas instaladas nos países relacionados agem por intermédio de associações que têm condição de monitorar o comércio do produto em todo o mundo.

marítima.⁸⁰**Quadro I** – Violações à Lei Sherman que resultaram em multas de U\$10 milhões ou mais¹

Entidade Acusada (exercício fiscal)	Produto Envolvido	Multa Aplicada (milhões)	Âmbito geográfico da conduta	País
F. Hoffman-La Roche Ltd. (1999)	Vitaminas	\$500	Internacional	Suíça
BASF AG (1999)	Vitaminas	\$225	Internacional	Alemanha
SGL Carbon AG (1999)	Eletrodos de grafite	\$135	Internacional	Alemanha
UCAR International, Inc. (1998)	Eletrodos de grafite	\$110	Internacional	Estados Unidos
Archer Daniels Midland Co. (1997)	Lisina y ácido cítrico	\$100	Internacional	Estados Unidos
Takeda Chemical Industries, Ltd. (1999)	Vitaminas	\$72	Internacional	Japão
Haarmann & Reimer Corp. (1997)	Ácido cítrico	\$50	Internacional	Alemanha
HeereMac v.o.f. (1998)	Construção marítima	\$49	Internacional	Holanda
Eisai Co., Ltd. (1999)	Vitaminas	\$40	Internacional	Japão
Hoechst AG (1999)	Sorbatos	\$36	Internacional	Alemanha
Showa Denko Carbon, Inc. (1998)	Electrodos de grafito	\$32.5	Internacional	Japão
Daiichi Pharmaceutical Co., Ltd. (1999)	Vitaminas	\$25	Internacional	Japão
Nippon Gohsei (1999)	Sorbatos	\$21	Internacional	Japão
Pfizer Inc. (1999)	Maltol/Eritorbato de sodio	\$20	Internacional	Estados Unidos

⁸⁰ Serviços de construção e transporte marítimos: em dezembro de 1997, o Departamento de Justiça norte-americano responsabiliza uma companhia holandesa e um de seus executivos estrangeiros por participarem de um cartel internacional nos serviços da construção marítimos e uma companhia belga, sua subsidiária americana e dois de seus executivos estrangeiros pela participação em um outro cartel, de serviços de transporte marítimo. As empresas que pertenciam à mesma estrutura societária, declararam-se culpadas e pagaram cerca de 65 milhões de dólares em multas. A conduta no segmento de construção naval consistia na discriminação de clientes e na fixação de preços na atividade relacionada à construção de guindastes para cargas pesadas e serviços afins nas regiões produtoras de petróleo e de gás no mundo. No caso do transporte marítimo, os agentes estabeleceram o comportamento uniforme anticompetitivo na prestação do serviço de transporte de carga pesada “semisubmersível” não apenas aos clientes norte-americanos, mas localizados em outras nações.

⁸¹ Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev2_s.doc, acesso em 14 Jan. 2006>. Acesso em: 14 jan. 2006.

Entidade Acusada (exercício fiscal)	Produto Envolvido	Multa Aplicada (milhões)	Âmbito geográfico da conduta	País
Fujisawa Pharmaceuticals Co. (1998)	Gluconato de sódio	\$20	Internacional	Japão
Dockwise N.V. (1998)	Transporte marítimo	\$15	Internacional	Bélgica
Dyno Nobel (1996)	Explosivos	\$15	Nacional	Noruega
F. Hoffmann-LaRoche, Ltd. (1997)	Ácido cítrico	\$14	Internacional	Suíça
Eastman Chemical Co. (1998)	Sorbatos	\$11	Internacional	Estados Unidos
Jungbunzlauer International (1997)	Ácido cítrico	\$11	Internacional	Suíça
Lonza AG (1998)	Vitaminas	\$10.5	Internacional	Suíça
Akzo Nobel Chemicals, BV & Glucon, BV (1997)	Gluconato de sódio	\$9	Internacional	Holanda
ICI Explosives (1996)	Explosivos	\$10	Nacional	Grã-Bretanha
Mrs. Baird's Bakeries (1996)	Pan	\$10	Nacional	Estados Unidos
Ajinomoto (1996)	Lisina	\$10	Internacional	Japão
Kyowa Hakko Kogyo, Co., Ltd. (1996)	Lisina	\$10	Internacional	Japão

Os cartéis descritos no quadro, como dele se depende, foram objeto de análise e condenação por diversas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, com características típicas do denominado cartel clássico. Um desses cartéis, o de vitaminas, será descrito a seguir, em especial por ter causado impactos no território brasileiro.

4 Compreendendo a conduta no cartel de vitaminas

Entre os cartéis clássicos indicados nos relatórios da OCDE, destacamos o caso internacionalmente conhecido como o cartel de vitaminas, investigado em diversas jurisdições, como a norte-americana,⁸¹ europeia, canadense, australiana e brasileira, tendo-se verificado a con-

certação entre agentes na comercialização das vitaminas A, B2, B5, B6, C,D3, E, Beta-Caroteno, H e M, além de um mix de vitaminas.

Restou considerado como o cartel com efeitos mais nocivos e extensos já detectado por autoridades antitruste ao redor do mundo. Nesse caso, a concertação entre os agentes nele travada abrangeu acordos de quantidade, preços e discriminação de clientes. Nos EEUU, as penalidades foram impostas a empresas suíças, alemãs, canadenses e japonesas em multas superiores a US\$ 875 milhões, destacando-se a multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. (HLR) e à BASF AG, no valor de US\$ 500 milhões e US\$225 milhões, respectivamente.

A multa imposta à F. Hoffmann-La Roche Ltd. é considerada uma das maiores já imputadas pelo Departamento de Justiça norte-americano. A Divisão Antimo-

⁸¹ Veja-se a esse propósito *EMPAGRAN S.A. v. F. Hoffmann: La Roche Ltd.*, 388 F.3d 337, 340 (D.C. Cir. 2004)

nopólios daquele departamento também conseguiu levar a juízo sete executivos, americanos e estrangeiros, pela participação nesse cartel. Sua análise é importante porque a decisão proferida pela autoridade norte-americana, precursora no caso, acabou influenciando o teor do julgamento das demais jurisdições, haja vista a existência de acordos de cooperação de gerações diferenciados entre os Estados Unidos e outros países, como o Brasil e a União Europeia, inclusive no que se refere ao questionamento de indenização por parte de indivíduos ou empresa não domiciliados no território americano, mas alcançados pelos efeitos do cartel, o que confirma a predominância dos critérios estabelecidos e legitimadores por poucos países, como os Estados Unidos, na esfera da cooperação internacional em defesa da concorrência.

O comportamento adotado pelos membros do cartel permitiu que este perdurasse durante longo período em casos todos os continentes, diante do senso comum entre os seus membros de que todos seriam penalizados – no campo social, penal e civil. Em que pese lembrar muitas situações do direito reflexivo, dele se diferencia na medida em que o uso da força, inclusive no sentido mais primitivo de sua expressão, costuma ser necessário em muitos cartéis para reforçar o próprio comportamento e impedir situações conflituosas que poderiam macular sua própria existência.

5 Instrumentos de repressão

É impossível falar em globalização e abertura de mercados sem efetuar qualquer remissão às regras de concorrência e à necessidade de se estabelecer instrumentos que inibam o cometimento de práticas anticompetitivas, como os cartéis internacionais, frente à inevitável atuação de muitas empresas em mais de um território soberano.

Ligada a esta questão, está presente a necessidade de definição de mecanismos que permitam a multilateralização dos instrumentos jurídicos e o fomento da atividade comercial, diante da perceptível conscientização, por parte de alguns países, de que o alcance territorial das legislações antitruste hoje em vigor é insuficiente para a repressão de certas condutas que afetam interesses de mais de um Estado.

Para dinamizar a aplicabilidade das normas antitrustes em âmbito internacional, é necessário verificar os

efeitos da aplicação extraterritorial de normas antitruste e a cooperação entre autoridades na repressão a comportamentos anticompetitivos,⁸² como no caso do combate aos cartéis internacionais.

5.1 Jurisdição extraterritorial

Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território ou que sobre ele produzam efeitos, consequência de seu poder de legislar e aplicar o direito emanado de seu arcabouço jurídico a eventos que ocorrem nos limites de seu território, cabendo ao Estado, por meio de seus poderes legalmente constituídos, a função de dizer o direito, do qual decorrem os conceitos de jurisdição e competência.⁸³

O fato de as normas internas de um Estado soberano só terem caráter impositivo às pessoas físicas e jurídicas do seu território, faz com que os Estados, no plano do Direito Internacional Público, promovam entre si “arranjos horizontais⁸⁴” indispensáveis à sua convivência pacífica, verdadeiros pactos de soberanias.⁸⁵ Uma das consequências da igualdade entre os Estados no âmbito do Direito Internacional Público é a possibilidade de se admitirem efeitos extraterritoriais às normas nacionais, alcançando pessoas, recursos ou eventos fora de seus territórios em razão de um vínculo fático do evento com o território, como a nacionalidade dos agentes, o objeto do negócio ou da relação jurídica, ou valores que, direta ou indiretamente, afetem o Estado, em seus domínios territoriais.⁸⁶

Os critérios de fixação da competência internacional, quanto à aplicação da legislação de defesa da

⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 156.

⁸³ Confira no artigo de ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A aplicação “Extraterritorial” do Direito da Concorrência Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001, a abordagem das competências normativa e judiciária dos Estados.

⁸⁴ Conceito utilizado por MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 666.

⁸⁵ PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 193.

⁸⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 661.

concorrência, são embasados nos princípios da territorialidade do comportamento e dos efeitos, da nacionalidade, da segurança pública, da universalidade e da personalidade passiva e solidificados pelos usos e costumes internacionais,⁸⁷ examinados a seguir.⁸⁸

§ 1º. Princípio da nacionalidade

O princípio da nacionalidade permite que o Estado tenha competência para aplicar a sua própria lei aos seus nacionais desde que não vulnere a competência de outro Estado. Com base neste princípio, as regras estabelecidas pelo direito interno devem ser aplicadas antes das alienígenas. Para a aplicação deste princípio, é imprescindível o ingresso do agente no território de seu Estado, considerando-se, portanto, a prevalência da aplicação do princípio da territorialidade.⁸⁹

É possível surgir dificuldades em relação à aplicação desse princípio quando se trata de nacionalidade de pessoas jurídicas,⁹⁰ diante da possibilidade de utilizar ou o critério da sede da pessoa jurídica, ou local do arquivamento dos atos constitutivos para determinar a nacionalidade da empresa, não existindo óbices a que os tribunais busquem, como, por exemplo, a nacionalidade dos controladores das empresas para viabilizar a aplicação da lei de um determinado Estado. O critério da nacionalidade da pessoa jurídica foi utilizado nos EEUU, no caso *United States vs. Supplied Chemical Industries Ltd.*, ao se estabelecer a proibição a empresas norte-americanas de participarem da construção de gasodutos no território

européu,⁹¹ ou seja, a legislação antitruste norte-americana foi aplicada com caráter extraterritorial, alcançando atos praticados por nacionais no exterior, mesmo que ao abrigo das leis locais.⁹²

§ 2º. Princípio da proteção da segurança nacional

Em consonância com o princípio da proteção da segurança nacional, o Estado tem competência para aplicar sua legislação quando a segurança pública está em perigo, ou seja, quando se verificam atos que implicam na violação de sua independência política, de integridade territorial, de segurança interna e externa, ainda que praticados no exterior e não decorrentes do exercício regular de direito reconhecido no Estado em que foi levado a efeito, como se verifica na reapreensão ao tráfico internacional de entorpecentes, no crime de falsificação de moeda e de símbolos públicos, ou seja, de documentos e papéis que envolvem a credibilidade do Estado.⁹³

§ 3º. Princípio da universalidade

O princípio da universalidade possibilita ao Estado aplicar normas em caso de excepcional gravidade e que impliquem violação aos direitos humanos, mesmo

⁸⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662; PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 195 e ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p.67-87, p. 67.

⁸⁸ Nesse sentido, SWAINE, Edward. *The local law of global antitrust*. Disponível em: <www.ssrn.com/id277232[1].pdf>. Acesso em: 27 nov. 2010.

⁸⁹ SWAINE, Edward. *The local law of global antitrust*. Disponível em: <www.ssrn.com/id277232[1].pdf>. Acesso em: 27 nov. 2010.

⁹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662. No mesmo sentido, PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 196.

⁹¹ UNITED States vs. Supplied Chemical Industries Ltd. (105 F. Supp. 215 a 246), apud MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 663. Como assevera ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “extra-territorial” do direito da concorrência brasileiro *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001. p. 67, “as dificuldades surgem quando os nacionais de um Estado estão estabelecidos no território de outro Estado; este princípio foi utilizado pelos EUA para proibir as empresas americanas e as filiais delas de participar na construção do gasoduto siberiano que iria conduzir gás até a Europa”.

⁹² WHITNEY, William Dwight. Sources of conflict between international law and the Antitrust Law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 63, p. 655-666, s/d, apud MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662.

⁹³ Como assevera MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 663, este princípio não está isento de debates, destacando os movimentos de guerrilhas sediados no exterior e a força expressiva que possuem nos territórios em que atuam. O controle exercido por muitas nações à própria comercialização de armamentos é uma estratégia para a diminuição desses movimentos, muitas vezes, financiados pela atuação cartelizada de indústrias de armamento.

que os comportamentos tenham ocorrido fora do território nacional, como se verifica em crimes de guerra, genocídios, redução da liberdade e tráfico de pessoas. A aplicação desse princípio ocorreu em 1822 no julgamento do caso *Schooner de la Eugene*,⁹⁴ com base no *Law of Nations*.

§ 4º. Princípio da personalidade passiva

O princípio da personalidade passiva permite que um Estado amplie sua jurisdição para processar e julgar casos em que seus nacionais estejam envolvidos no polo passivo da demanda, argumento não aceito pelos países do *Common Law*, que não reconhecem tal princípio em seus sistemas jurídicos;⁹⁵

Verificou-se a aplicabilidade desse princípio no julgamento do caso *Lótus*,⁹⁶ em 1927, que contemplou a colisão da embarcação francesa *Lótus* com a embarcação turca *Boz Kourt* em águas internacionais, resultando na morte de tripulantes e passageiros do navio turco. O navio francês que levou os sobreviventes para Istambul teve seu comandante preso, julgado e condenado pela Justiça turca. A França alegou que seus tribunais seriam os competentes para o julgamento da conduta e a questão foi submetida à Corte Permanente Internacional de Justiça, que entendeu que não havia qualquer impedimento pelo Direito Internacional para a Turquia exercer sua jurisdição sobre o oficial francês.

§ 5º. Princípio da territorialidade

De acordo com o princípio da territorialidade do comportamento e dos efeitos, também conhecido como princípio da territorialidade subjetiva e objetiva, o Estado tem competência para regular os comportamentos ocorridos no seu território ou quando nele se façam sentir

seus efeitos, representando, segundo autorizada doutrina, o alargamento do próprio conceito de território para considerar produzido dentro dele o evento parcialmente ocorrido no exterior.⁹⁷

A vertente subjetiva confere ao Estado jurisdição para manifestar-se acerca de atos iniciados em seu território, mas finalizados além de suas fronteiras, critério presente em diversas legislações de defesa da concorrência, como a brasileira.

No que se refere à vertente objetiva, a jurisdição do Estado é evidenciada quando os atos são finalizados em seu território, apesar de nele não terem sido iniciados, como se verifica no conhecido caso *Cutting* (1927), ao se estabelecer que “um homem que, intencionalmente, pratica atos que provocam efeitos em outro território, é reconhecido como responsável na jurisdição criminal de todas as nações”.⁹⁸

A aplicabilidade dessa decisão nos Estados Unidos suscitou controvérsias, haja vista o entendimento da Suprema Corte daquele país de que a jurisdição americana deveria ser exercida em função da soberania, não podendo ultrapassar, nem tampouco permitir que decisões proferidas em outros países tivessem efeitos no território americano. Sem dúvida, o caso representa uma evolução no entendimento do princípio da territorialidade. O fundamento para empresar a jurisdição mexicana sobre o evento ocorrido no território americano não foi a

⁹⁴ Em 1822, uma embarcação francesa foi apreendida por um navio norte-americano em águas internacionais, com escravos africanos. Os escravos foram protegidos pela lei norte-americana, enquanto a embarcação foi entregue às autoridades francesas. As autoridades americanas, ao atuarem em defesa da liberdade das pessoas, aplicaram a inteligência do princípio da universalidade.

⁹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 664.

⁹⁶ Publications de La Cour Permente de Justice Internationale, série A – n° 10, Le septembre, 1927, Recueil dès Arrêts, Affaire du “Lótus”. Disponível em: <www.icj-cji.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A-1-30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2006.

⁹⁷ Essa expressão é utilizada por MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 664.

⁹⁸ Como descreve MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. Cutting, cidadão norte-americano residente no México publicou artigo calunioso acerca de Medina, um médico mexicano. Ao ser processado por Medina, Cutting comprometeu-se a efetuar uma retratação pública de suas ofensas, valendo-se, para tanto, na verdade, de publicação em jornal com letras pequenas, adotando um texto de difícil compreensão. Como se não bastasse, Cutting reiterou sua conduta ao fazer publicar em jornal, na cidade americana de El Paso, no Texas, outro artigo contendo injúrias e difamações em desfavor de Cutting. A vítima, sob o argumento de que o jornal dessa cidade norte americana tinha uma boa penetração no território mexicano, convenceu o juízo mexicano de que os efeitos foram irradiados no território mexicano, considerando o crime consumado.

extensão da competência territorial, mas a própria competência territorial.⁹⁹

Os fundamentos utilizados no caso *Cutting* mostram a adequação da abrangência do princípio da territorialidade externada na decisão ao entendimento adotado pela Corte Permanente Internacional de Justiça em 1927, quando a aplicabilidade do princípio da territorialidade objetiva foi reconhecida de forma clara no julgamento do caso *Lótus*, resumidamente descrito aqui, que concluiu como legítima a ampliação da jurisdição territorial que permitiu o alcance, pela lei turca, de conduta iniciada em águas internacionais.¹⁰⁰

Esses critérios, em que pese a dimensão de sua aplicação, como será visto a seguir, estão em maior ou menor medida presentes nas legislações de defesa da concorrência, bem como são usados em casos analisados não apenas por autoridades de defesa da concorrência e acordos de cooperação nesta matéria, mas por autoridades judiciais no intuito de solucionar casos de condutas anticompetitivas, abrangendo interesses de países diversos daquele em que a conduta teve efeito, assim como agentes de nacionalidade também diversa.

6 A repressão aos cartéis internacionais nos Estados Unidos

Normalmente, os Estados fundamentam a aplicação da competência internacional em matéria de concorrência com base nos princípios da territorialidade dos efeitos e no da territorialidade dos comportamentos.¹⁰¹ Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território, o que tem sido ob-

jecto de questionamento é a delimitação da competência dos Estados para reprimir condutas cujos efeitos se façam sentir em seu território, mas que tenham sido realizadas em outro país.

O entendimento externado no julgamento do caso *Cutting* e no caso *Lótus* demonstra a aceitação pelas Cortes da competência dos Estados para se manifestarem acerca de fatos ocorridos, mesmo que integralmente, no exterior, mas cujos efeitos tenham sido sentidos em seus territórios.¹⁰²

A doutrina da aplicação extraterritorial da legislação antitruste foi desenvolvida inicialmente no direito norte-americano, a partir do julgamento pela Suprema Corte daquele país do caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*¹⁰³ Embora o caso estabeleça a competência territorial de um país para aplicação de suas normas antitruste, sua menção é importante para o entendimento acerca da evolução da extraterritorialidade. Trata-se de duas empresas de nacionalidade norte-americana, que possuíam bens, inclusive imóveis, no território da Costa Rica. Em decorrência de manobras da *United Fruit*, os ativos pertencentes à *American Banana*, ali localizados, foram desapropriados, resultando no monopólio da exportação dos produtos da *United Fruit* nos EEUU. Sob o argumento de que a manobra tinha o objetivo de causar efeitos anticompetitivos no território norte-americano, a *American Banana* submeteu o caso às autoridades norte-americanas, que entenderam que o ato praticado pelo governo costarriquenho decorria de sua soberania. Embora a decisão confirme a aplicabilidade do princípio da territorialidade, também assume importância na análise

⁹⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 665.

¹⁰⁰ Nesse sentido, veja RAMOS, André de Carvalho e CUNHA, Ricardo Thomazinho da. A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade? In: CASSELA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 819 e PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 199.

¹⁰¹ ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo. v. 8, n. 3, p. 75

¹⁰² MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 666.

¹⁰³ 213 US 347, 357 (1909), cf. US Court of Appeals for the First Circuit n° 96-2001, *US vs Nippon Paper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*, Disponível em: <www.usdoj/atr/cases/f.1000/1002.htm>. Acesso em: 22 dez 2005. Os artigos que envolvem a análise da questão citam como paradigma o caso que envolve a empresa de alumínio Alcoa. No entanto, com base no julgamento citado, verifica-se de fato que o caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.* já contemplava a questão da competência das autoridades norte-americanas para conhecer eventos ocorridos fora de seu território, envolvendo nacionais, mas com produção de efeitos naquele país. A propósito, cite-se a instigante abordagem do assunto em artigo de MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n 1, p. 175-197, 2003. p.180.

da aplicação extraterritorial das normas antitrustes, pois nela se externou a preocupação de que tais normas não podem ser aplicadas em demandas semelhantes, resultando de uma pena de prisão e da absolvição, devendo a mesma regra ter aplicabilidade a todo e qualquer caso que a ela se adequar, tenham essas repercussões civis e criminais naquele país, como os cartéis.

Não obstante a possibilidade de extensão extraterritorial das leis de concorrência tenha sido ventilada no julgamento dos *United States vs. American Tobacco* (1911) e *Nord Deutscher Lloyd* (1912), o posicionamento externado no caso *American Banana vs. United Fruit* perdurou até 1945, quando se passou a entender que não se poderia dar um resultado diferente do alcançado na esfera civil às questões contempladas na esfera criminal, devendo o julgamento do ato ser determinado totalmente com base na lei do país em que o ato foi praticado.¹⁰⁴

A extraterritorialidade da legislação antitruste também é destacada no caso *United States vs. Aluminum*

*Co. of America*¹⁰⁵ (1945), oportunidade em que a Corte declara a competência das autoridades norte-americanas para julgar condutas que, embora praticadas no exterior, afetam o mercado norte-americano, exteriorizando a adoção, pela Corte norte-americana, da denominada teoria impacto territorial, haja vista os impactos ou efeitos produzidos no território norte-americano.

A decisão gerou críticas severas por parte de outros países acerca do alcance extraterritorial da legislação norte-americana,¹⁰⁶ haja vista que o precedente passou a ser utilizado em outras decisões proferidas pelos tribunais daquele país. A edição de leis de bloqueio (*blocking laws*), como mecanismos destinados “a impedir, em território nacional, a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas”,¹⁰⁷ foi utilizada por diversos países. O Reino Unido destaca-se como um dos primeiros entes soberanos a editar um diploma, o *Protection of Trading Act* (1980), que objetivou evitar o alcance extraterritorial de decisões emanadas por autoridades estrangeiras naquele território.

Apesar das críticas em torno da adoção do alcance extraterritorial das decisões envolvendo direito antitruste, nos Estados Unidos, sua aplicabilidade tem sido reiterada pelas autoridades antitruste nos casos de investigação a

¹⁰⁴ É o que se verifica das explicações constantes da nota de rodapé do caso *US vs Nippon Paper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*, acima citado: “American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347, 357 (1909). As Justice Holmes explained in a Sherman Act case, the “words [of the Act] cannot be read one way in a suit which is to end in fine and imprisonment and another way in one which seeks an injunction. The construction which is adopted in this case must be adopted in one of the other sort. “Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197, 401-02 (1904) (Holmes, J, dissenting). This principle compels the conclusion that the Hartford Court’s holding, that the Sherman Act reaches foreign conduct producing substantial intended effects within the United States, equally controls in this criminal case. Although the Sherman Act may be enforced both civilly and criminally, see 15 U.S.C. 4; 18 U.S.C. 3231, the operative language of section 1 itself defines a criminal offense. It was precisely these “words [of the Sherman] Act” that the Alcoa Court construed in finding the Act to embrace foreign conduct producing a substantial intended effect in the United States. *Alcoa*, 148 F.2d at 443-44. And in adopting *Alcoa*, the Hartford Court authoritatively construed the same language. Because the language of Sherman Act section 1 cannot be construed to have a different meaning in a subsequent criminal action, Hartford governs the question of the Sherman Act’s operation here.

¹⁰⁵ 148 F. 2d 416 (2nd. Circ., 1945). No caso *US vs. Alcoa*, os EEUU ingressam com ação em desfavor da Alcoa, empresa norte-americana, e de sua controladora, de nacionalidade canadense, além de seis outras empresas que se utilizavam de estratégias monopolísticas no segmento de venda de lingotes de alumínio nos EEUU. A Alcoa Limited, em associação ou com outras empresas estrangeiras, formou uma corporação, de nacionalidade suíça, para atuar, por intermédio desta, de forma cartelizada, fixando não apenas os preços, mas cotas de produção. Os efeitos produzidos no território norte-americano serviram de elemento para a fundamentação da Suprema Corte para aplicar a legislação antitruste à questão.

¹⁰⁶ Como assevera MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n 1, p. 175-197, 2003. p. 180, “Essa decisão foi duramente criticada, tendo em vista, principalmente, as normas de natureza penal do direito antitruste americano e o fato de que nos EUA são devidos, em ações antitruste privadas, três vezes o valor das perdas e danos (*treble damages*)”. As ações civis, ao possibilitarem que qualquer terceiro alcançado pelo comportamento anticompetitivo ingresse em juízo solicitando a reparação do dano no valor equivalente ao triplo do dano sofrido, além de naturalmente funcionarem como um mecanismo de repressão ao cartel, atribuem maior instabilidade aos agentes reunidos em comportamentos colusivos.

¹⁰⁷ FORGIONI, Paula. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 328.

cartéis internacionais. É inegável que desde sua adoção, expressa no caso *U.S. versus Alcoa*, a teoria sofreu temperamentos ao longo do tempo.¹⁰⁸ Com efeito, a edição do *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, em 1982, estabeleceu a incidência da jurisdição antitruste norte-americana sobre condutas que tivessem efeito “direto, substancial e razoavelmente previsível” sobre o comércio dos Estados Unidos, inclusive sobre suas exportações.¹⁰⁹

Embora o Departamento de Justiça, em 1988, tenha limitado sua atuação a casos em que as condutas anticompetitivas praticadas em outros países prejudicassem consumidores norte-americanos, já em 1992 essa postura foi abolida, como se verifica no julgamento do caso *U.S. versus Nippon Paper*¹¹⁰ e no caso *Hartford Fire Ins. Co. v. Califórnia*,¹¹¹ em que os tribunais dos Estados Unidos conhecem e estabelecem sua competência sobre condutas praticadas no exterior, que tenham objetivado e efetivamente produzido efeitos significativos no território americano.

7 A repressão aos cartéis internacionais na União Europeia

A aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência também se verifica no Direito Comunitário Europeu, porém de forma menos agressiva quando comparada à do direito norte-americano.

Para que um Estado possa exercer sua jurisdição no que se refere à repressão de comportamentos anticompetitivos, disposições comunitárias devem ser atendidas, até porque uma conduta pode atingir simultane-

amente mais de um território, fazendo incidir os princípios da territorialidade e da nacionalidade.

O artigo 81, § 1º do Tratado de Roma,¹¹² considera incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo, ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, dispondo cada Estado-membro de competência para aplicar a legislação de concorrência no âmbito de seu território às práticas que não ultrapassem suas fronteiras.

Quando os efeitos de uma conduta anticompetitiva são produzidos em mais de um país, violando as normas comunitárias, estabelece-se a competência da União Europeia para sobre ela manifestar-se, por intermédio da Comissão, em especial pela Divisão de Concorrência, também conhecida como Diretoria Geral IV (DGIV).

O primeiro caso que envolveu a aplicação extraterritorial das normas comunitárias de defesa da concorrência na repressão a cartéis internacionais ocorreu no julgamento do caso *Dyestuffs*, em 1969.¹¹³

¹¹²Originariamente, artigo 85 da redação original do Tratado de Roma (1957).

¹¹³Caso 48/69, *ICI vs. Comissão (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619, adota a teoria dos efeitos ao rever os argumentos esposados pela ICI Company acerca de sua responsabilidade no cartel originariamente analisado no caso 69/ 243, *Re Cartel in Aniline Dyes*, 1969, CMLR D. 23 (*Dyestuffs*), que envolveu a reunião de fabricantes de tintas na Suíça para acordarem sobre preços a serem praticados na venda de diversos produtos no território do Mercado Comum Europeu, resultando na condenação de empresas situadas dentro e fora do território comunitário. Das empresas investigadas, quatro não possuíam sede no Mercado Comum. No entanto, ao decidir pela condenação do cartel, a comissão afirmou que sua decisão era aplicável a todas as empresas que tivessem participado do conluio, independentemente de estarem sediadas no Mercado Comum ou fora dele. Segundo a Comissão, as normas do tratado relativas à concorrência eram aplicáveis a todas as restrições que produzissem no território do mercado comum os efeitos previstos no artigo 85(1). Assim, não seria necessário examinar se as empresas envolvidas teriam sua sede no Mercado Comum ou fora dele, determinada a decisão que fossem notificadas as subsidiárias sediadas no Mercado Comum. A empresa inglesa *Imperial Chemical Industries*, embora integrante do cartel, não atuava no mercado comum europeu de forma direta, mas por meio de subsidiárias. A Comissão Europeia, com base na extensão dos efeitos, puniu a controladora, de nacionalidade inglesa, atribuindo ao grupo econômico situado fora do território comunitário a conduta praticada por sua subsidiária (*ICI GmbH Germany*).

¹⁰⁸O governo Reagan adotou uma abordagem menos agressiva à cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, com a exclusão em 1992 de anotações dos Guidelines do Departamento de Justiça, que exigiam que os consumidores nos EEUU fossem atingidos pelos atos comerciais para que pudessem sofrer restrições em exportações para aquele país. Veja-se, nesse sentido, *U.S. Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>. Acesso em: 19 jan. 2005.

¹⁰⁹Nesse sentido, veja-se SAYEG, Fernanda. Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003. p. 202.

¹¹⁰109 F.3d 1,8 (1997), *US vs Nippon Paper Industries Co., Ltd., Jujo Paper Co. Inc. and Hirinori Ichida*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/cases/f.1000/1002.htm>. Acesso em: 22 dez 2005.

¹¹¹US 764 (1993), vide nota nº 25.

O julgamento do caso *Woodpulp*¹¹⁴ também traz a discussão do tema. Na oportunidade, a Comissão Europeia, no intuito de reprimir práticas cometidas em território não comunitário, mas com efeitos ali sentidos, valeu-se do princípio da territorialidade, em detrimento da teoria dos efeitos, como resposta à sua utilização excessiva por parte dos EEUU e como desdobramento do que preceitua o artigo 85, então artigo 81, §1º, considerando, portanto, que o acordo teria sido implementado no território comunitário.¹¹⁵ A decisão abrange um conceito de difícil aplicabilidade: para que os cartéis fossem alcançados pela legislação comunitária, as vendas deveriam atingir consumidores localizados no espaço comunitário europeu.¹¹⁶

8 Cooperação Internacional em defesa da concorrência

Como prática que possibilita a atuação concertada dos agentes em mais de um território, provocando danos de forma simultânea ou sucessiva em mais de uma jurisdição, os cartéis internacionais devem ser combatidos mediante à atuação conjunta ou concertada entre os países, o que certamente resultará, para que as autoridades envolvidas na persecução,¹¹⁷ em uma atuação mais eficiente e menos custosa.

A cooperação pode se dar em três níveis, ou como prefere a doutrina, ser classificada em três sistemas: (i) sistema de cooperação bilateral; (ii) sistema de cooperação regional; (iii) sistema de cooperação internacional.

Não há consenso quanto ao sistema mais adequado, mas o fomento de instrumentos de cooperação bilateral e regional demonstra as boas perspectivas no desen-

volvimento de um acordo multilateral sobre o assunto e converge para que a cooperação internacional seja uma resposta viável aos diversos problemas derivados da extraterritorial das leis de defesa da concorrência., como os verificados nas divergências entre os objetivos perseguidos pela União Europeia e pelos EEUU.¹¹⁸

§ 1º. Instrumentos de cooperação bilateral

Os acordos de cooperação bilateral em matéria de defesa da concorrência são utilizados por diversos países que dispõem de uma legislação antitruste. Um dos efeitos dos acordos de cooperação bilateral é diminuir os efeitos causados pelas falhas na aplicação da legislação de defesa da concorrência de um país em detrimento da de outro¹¹⁹ e superar as divergências decorrentes da aplicação extraterritorial das normas antitruste.

Os acordos de cooperação bilateral podem ser definidos como de primeira geração ou suaves e de segunda geração.¹²⁰

– Acordos de Primeira Geração

Os acordos de primeira geração, também denominados convênios suaves, são frequentemente firmados entre autoridades antitruste, caracterizando-se pelo estabelecimento de mecanismos formais de notificação de práticas anticompetitivas e intercâmbio de informações, em obediência ao princípio da cortesia internacional, seja a cortesia negativa (*negative comity principle*) ou a cortesia positiva (*positive comity principle*).¹²¹

¹¹⁸ ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001. p 41.

¹¹⁹ ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70. 2001.

¹²⁰ DIERIEX, Greta Spota. Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en matéria de competência. In: BOLETIM Latino Americano de Concorrência. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_5_1es.pdf>. Acesso em: 13 jan 2006. No mesmo sentido, KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA., *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002. p. 169 e MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004.

¹²¹ Como destaca Maria Beatriz Martinez, “o termo ‘cortesia’ (*comity*) refere-se ao princípio geral de que um país deve considerar os interesses dos outros países quando da aplicação de suas leis, em troca de que estes façam o mesmo”.

¹¹⁴ *Wood Pulp* I, 19 de dezembro de 1984, ECD (IV/29.725), [1985] OJ L 85/1, [1985] 3 CMLR 474. A *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission*, 1988, ECR 5193. O caso contempla a formação de um cartel por fabricantes de celulose de país não integrante da Comunidade, mas com efeitos naquele território.

¹¹⁵ RAMOS, André de Carvalho e CUNHA, Ricardo Thomazinho. A defesa da concorrência em caráter global: utopia ou necessidade? In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 825.

¹¹⁶ Martinez, Ana Paula. Defesa da Concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 182.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

a) *Cortesia negativa ou tradicional*

Pela cortesia negativa, também denominada cortesia tradicional, mais costumeiramente verificada nos acordos de primeira geração, uma das partes signatárias leva em consideração os interesses da outra ao aplicar sua legislação aos atos internacionais, ou seja, evitando prejudicá-la quando da aplicação de suas leis nacionais.¹²²

O princípio da cortesia negativa foi introduzido no julgamento do caso *Hilton v. Guyot*,¹²³ quando se estabeleceu que o reconhecimento por uma nação de atos, em seu território, emanado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de outra, leva em consideração os interesses de seus próprios cidadãos e de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis.

Com esse objetivo, antes de iniciar uma investigação de cartel internacional, por exemplo, o país afetado pela prática deve notificar a autoridade do país onde ocorre a conduta para que adote as providências que entender necessárias. Tal princípio é uma forma superficial de integração dos países no combate às práticas anticompetitivas por permitir uma subjetividade prejudicial aos interesses da defesa da concorrência como um todo,¹²⁴ como se verifica no acordo de cooperação firmado entre as autoridades de defesa da concorrência brasileira e

americana.¹²⁵

b) *Princípio da cortesia positiva*

O princípio da cortesia positiva estabelece que os signatários que assinam um Acordo de Cooperação podem decidir aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em sua legislação,¹²⁶ por intermédio da notificação mútua das investigações iniciadas. Facilitam-se, assim, as consultas, por meio da notificação de práticas anticompetitivas, do intercâmbio de informações não confidenciais entre autoridades, além de possibilitar que um país solicite ao outro que inicie a investigação de uma conduta que ocorre em seu território, mas cujos efeitos sejam produzidos no país solicitante. É possível, ainda, a realização de encontros regulares entre autoridades para discutir a evolução das políticas e promover a troca de informações de interesse mútuo.¹²⁷

Verifica-se o desenvolvimento desse princípio na década de 1990 com o incremento de condutas anticompetitivas internacionais e de fusões transfronteiriças, a que se somam as limitações da cortesia tradicional e a ausência de instrumentos de cooperação multilaterais contemplando questões concorrenciais. Sua primeira aplicação ocorreu na análise de condutas anticompetitivas praticadas por companhias aéreas, por solicitação formulada pela União Europeia.¹²⁸

¹²²Nesse sentido, artigo VI do Acordo celebrado entre os EEUU e a Comunidade Europeia em 1991, ou seja, antes da modificação de 1998. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international_agreements.htm>. Acesso em: 24 set 2005.

¹²³"the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws." *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895), *Black's Law Dictionary*, 6^a ed., 1990, apud, MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004.

¹²⁴Cf. MARTINEZ, Maria Beatriz, A Cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 184-185, 2004.

¹²⁵"Cada parte deverá, ao amparo de suas leis e na medida em que for compatível com seus próprios interesses, assegurar cuidadosa consideração aos importantes interesses da outra parte, em todas as fases das atividades de aplicação, incluindo decisões relacionadas à iniciação de uma investigação ou procedimento, à amplitude de uma investigação ou procedimento e à natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso". Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Internacional/Acordo_Brasil_Estados_Unidos.pdf>. Acesso em: 19 jan 2006.

¹²⁶MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-197, 2003. p. 188.

¹²⁷SAYEG, Fernanda Manzano. Combate a Práticas Anticompetitivas Transnacionais: O Grande Desafio das Políticas de Defesa da Concorrência no Século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003. p. 207.

¹²⁸BALZAROTTI, Nora. Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. *Boletín Latinoamericano de Concorrência*, n. 10, p. 6-7, jun. [200-] Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_10_1_es.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2006.

Entre os acordos de cooperação bilateral de primeira geração mais bem sucedidos, a doutrina cita o acordo empresado entre os governo dos EEUU e a Comissão Europeia, em 23 de setembro de 1991,¹²⁹ aditado em junho de 1998, quando se ampliou o conceito de cortesia positiva nele estabelecido,¹³⁰ determinando-se que uma parte deve atender ao pedido de abertura de investigação feito pela outra, mesmo que o fato não configure violação à sua própria legislação antitruste.

Os relatórios anuais sobre Política da Concorrência da União Europeia,¹³¹ além de divulgarem os acordos de cooperação mantidos pela União Europeia com outros países na persecução a condutas anticompetitivas internacionais, fomentam o estabelecimento de acordos entre autoridades de concorrência em todo o mundo, ao quantificarem os casos em que as investigações foram bem sucedidas com base na cooperação recíproca entre Órgãos de defesa da concorrência de diferentes nações.

- Acordos de Segunda Geração

Os acordos de segunda geração objetivam a intensificação da cooperação por meio da eliminação de obstáculos remanescentes de outros acordos, como os relacionados ao intercâmbio de informações confidenciais, de que é exemplo o acordo firmado entre os EEUU e Austrália em 1999.¹³²

Ainda nessa categoria, destaca-se o Acordo de Cooperação e Coordenação entre autoridades de defesa da concorrência da Austrália e Nova Zelândia, por meio do qual pode a autoridade de um país conduzir diretamente as investigações no país vizinho, onde a decisão também será dotada de eficácia. A adoção desse tipo de cooperação iniciou-se em 1983, com a celebração entre os referidos países do *Closer Economic Relations Trade Agreement*,¹³³ acordo que estabeleceu um mandato para que as autoridades dessas duas nações harmonizassem suas leis de defesa da concorrência.

O sucesso desse tipo de acordo tem levado às autoridades antitruste desses dois países a firmarem acordos em matéria antitruste com outros países, como se verifica no instrumento de cooperação empresado com o Canadá.¹³⁴

Os EEUU têm se mostrado favorável à adoção de acordos bilaterais com seus principais parceiros comerciais, no que se refere ao intercâmbio de informações, o que certamente diminui o impacto decorrente da aplicação de leis divergentes. Com efeito, em 1994, o Congresso dos EEUU aprovou o *International Enforcement Assistance Act (IAEAA)*, lei que permite a troca de informações com outros países pela celebração de Tratados de Assistência Legal Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaty*), tendo sido firmados acordos com o Canadá, a União Europeia, Austrália, Israel, Brasil, México, Japão, entre outros.¹³⁵

No caso dos cartéis internacionais, a celebração desse tipo de acordo permite a obtenção de provas situadas em outras jurisdições, o que seria legalmente impossível sem a utilização desse instrumento.¹³⁶ O acordo celebrado entre os EEUU e o Canadá, por exemplo, possibilitou a investigação bem sucedida do cartel interna-

¹²⁹Como destaca MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-205, 2004. p. 194, o acordo empresado em 23 de setembro de 1991 entre a Comissão Europeia e o Governo dos EEUU, objetivando a cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência, foi objeto de anulação pelo Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia no julgamento do caso C-327/91. Em 10 de abril de 1995, o Conselho Europeu, em conjunto com a Comissão Europeia, reverteu a decisão, quando o acordo foi considerado válido.

¹³⁰KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA., *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002. p. 169 e MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 188.

¹³¹Os relatórios anuais sobre Política de Concorrência, publicados a partir de 1996, encontram-se no seguinte endereço: Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/>. Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³²*US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>. Acesso em: 2 jan. 2006.

¹³³Informações sobre as relações entre as autoridades antitruste da Austrália e Nova Zelândia. Disponível em: <<http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/australia/country/australiapa-per.html#Business%20Law%20Coordination>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³⁴NOVA ZELÂNDIA. Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canadá), *The Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws*. Disponível em: <<http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/northamer/canada.html>>, Acesso em: 19 jan. 2006.

¹³⁵NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171.

¹³⁶MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 175-198, 2003. p. 187.

cional de fixação de preços de papel de fax formado pela Mitsubishi Corporation, Kanzaki Speciality Papers Inc. e Mitsubishi International Corporation.

§ 2º. Acordos regionais

Na tentativa de minimização de erros e assimetrias de informações decorrentes da celebração de acordos entre autoridades de defesa da concorrência para persecução de cartéis internacionais, tem-se efetuado a celebração de acordos de cooperação regional. Como resultado desse esforço de minimização de falhas, os acordos regionais de cooperação geralmente são celebrados entre países que possuem uma aproximação cultural, jurídica ou econômica, como se verifica entre nações situadas no mesmo bloco econômico, como é o caso da ALCA, da União Europeia.¹³⁷

A harmonização das legislações de defesa da concorrência entre países de um mesmo bloco regional é um passo importante não apenas para a integração da política de defesa da concorrência, mas para a integração comercial, que está intimamente ligada à consolidação dos blocos econômicos.¹³⁸

No que se refere às práticas anticompetitivas internacionais, a cooperação em blocos de integração econômica, não apenas pelos esforços resultantes da uniformização da legislação, mas pela possibilidade da tomada de decisões por um ente supranacional, diminui os riscos de que sejam exaradas decisões conflitantes acerca de uma mesma conduta.

-União Europeia

O sucesso do modelo de integração regional europeu é devido, em grande parte, à existência de um organismo comunitário responsável pelas questões concorrenciais, cuja competência se sobrepõe às dos demais membros da União, bem como à cooperação entre os Órgãos nacionais de defesa da concorrência de cada país europeu. Ressalte-se que a competência do ente supranacional se restringe a analisar condutas anticompetitivas que afetem o comércio entre os países da União Europeia, que impeçam ou falseiem a concorrência no mercado comum ou constituam abuso de posição dominante exercido em

todo o mercado europeu ou em parte substancial dele,¹³⁹ ficando a cargo de cada país proteger a concorrência em seus domínios.

A doutrina destaca os esforços da Comissão Europeia em ampliar o âmbito de atuação em matéria antitruste fora do território europeu. Diversos acordos de cooperação bilateral têm sido celebrados entre a União Europeia e outros países não localizados naquele continente.¹⁴⁰ Tentativas de ampliação dos efeitos dos ajustes bilaterais são evidenciadas em acordos celebrados entre a União Europeia e outros blocos econômicos. O aumento do número de países que possuem legislação de defesa da concorrência, entre outros motivos, tem feito com que a União Europeia tenha se posicionado a favor da celebração de acordos regionais e da adoção de um acordo multilateral que contemple a atuação das autoridades de defesa da concorrência na defesa aos cartéis internacionais.¹⁴¹

9 Transnacionalização na regulação de litígios que envolvem a análise de cartéis clássicos

Há um movimento em direção à desregulamentação, à privatização, à restrição da intervenção pública nos processos econômicos que indica a substituição do Estado de bem-estar social por um Estado competidor, que mostra que devem ser ponderados sob esses contextos os seus elementos essenciais, como a soberania nacional e o

¹³⁷O Mercosul não é objeto de análise neste artigo.

¹³⁸OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52.

¹³⁹SAYEG, Fernanda. Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n 1, p. 199-222, 2003. p. 210.

¹⁴⁰Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral>>. Acesso em: 19 jan 2006. No mesmo sentido, ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001. p. 41.

¹⁴¹Nesse sentido, veja-se interessante artigo de Maria Cecília Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001.

poder de dizer o direito – *jurisdictio* – em seu território ou a seus indivíduos.¹⁴²

As tentativas de alcançar cartéis fora do território são, via de regra, viabilizadas por estratégias permitidas em acordos de cooperação. Outra possibilidade é a aplicação extraterritorial da legislação, também denominada transnacionalização de litígios, que suscita dúvidas e críticas, diante das discussões, que relacionadas à violação da soberania de outro país.

Não há questionamentos acerca da competência dos Estados em reprimir práticas restritivas à concorrência ocorridas em seu próprio território ou que sobre ele produzam efeitos, consequência de seu poder de legislar e aplicar o direito emanado de seu arcabouço jurídico a eventos que ocorrem nos limites de seu território, posição que se coaduna com o conceito de soberania clássico, cabendo ao Estado, por meio de seus poderes legalmente constituídos, a função de dizer o direito, do qual decorrem os conceitos de jurisdição e competência.¹⁴³

O fato de as normas internas de um Estado soberano só terem caráter impositivo às pessoas físicas e jurídicas de seu território faz com que os Estados, no plano do Direito Internacional Público, promovam entre si “arranjos horizontais¹⁴⁴” indispensáveis à sua convivência pacífica, verdadeiros pactos de soberanias.¹⁴⁵

Uma das consequências da igualdade entre os Estados no âmbito do Direito Internacional Público é a possibilidade de se admitir efeitos extraterritoriais às normas nacionais, alcançando pessoas, recursos ou eventos fora de seus territórios em razão de um vínculo fático do evento com o território, como a nacionalidade dos agentes, o objeto do negócio ou da relação jurídica, ou valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais.¹⁴⁶

Da análise do artigo 2º da Carta das Nações Unidas de 1945,¹⁴⁷ verifica-se não só a delimitação da competência interna dos Estados, mas de critérios que admitem a competência desses para analisar fatos ocorridos em território estrangeiro e, também, o cumprimento de suas decisões, além de suas fronteiras.

Em que pese o descrito no referido dispositivo, até a atualidade, não há uma zona de conforto na aplicação pelo Poder Judiciário de efeitos de decisões nacionais, ainda que tomadas em cartéis transfronteiriços, quando se tratam de demandantes que não estejam domiciliados em seu território.

¹⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 54, ao tratar das fragilidades do universalismo jurídico, indica que devem ser inseridas nos critérios que universalizam direitos, inclusive nos mais atinentes às questões de mercado, margens de aplicação que considerem questões nacionais, para reconhecimento e legitimação nas ordens internas de direitos e decisões reconhecidos em Cortes estrangeiras. A margem nacional de aplicação indica a possibilidade, também na ordem interna, de efetivação de direitos predominantemente econômicos, como o de estabelecer-se a partir de um determinado território e desenvolver atividades econômicas, ainda que a atuação transnacional, como indica a Professora Delmas-Marty, possa permitir uma leitura que signifique para muitos a fragilização das estruturas do Estado (p. 97). Os atributos do Estado continuam tendo sua utilidade, mas ensejam a revisão do que seja necessário e útil no Direito.

¹⁴³ Confirma no artigo de ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A aplicação “Extraterritorial” do direito da concorrência brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001, a abordagem das competências normativa e judiciária dos Estados.

¹⁴⁴ Conceito utilizado por José Carlos de Magalhães no texto “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo, RT, 1985, p. 666.

¹⁴⁵ PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 193-214, 2005. p. 193.

¹⁴⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. “Aplicação Extraterritorial de leis nacionais”. In: FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 661.

¹⁴⁷ Art. 2º - A organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: (...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Ainda que se considere a presença de uma estrutura linear e hierarquizada do sistema jurídico como uma forma que domina o pensamento jurídico interno,¹⁴⁸ passível de reforçar os movimentos tendentes à fragmentação¹⁴⁹ de uma ordem jurídica internacional, essa questão mostra que a imprecisão na compreensão dos pressupostos indica a necessidade de que seja estabelecida uma lógica moral que se coadune com a perspectiva de atuação do Estado em todas as instâncias.

A tarefa não é simples, haja vista que, caso se trate como palavras de valor, podem-se gerar problemas lógicos que nem sempre são de fácil universalização,¹⁵⁰ daí porque é importante a necessidade de que seja prevista a aplicação de um mesmo juízo, de mesmos critérios, a atores que estejam em situações semelhantes.

¹⁴⁸ OST, François; KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau?: vers un nouveau mode de production du droit?. *R.I.E.J.*, n. 44, p. 01-91, 2000. p. 1, ao estudar a natureza e o entendimento em torno de transformações essenciais que afetam os sistemas e em que medida comandam a elaboração de novos modelos teóricos, ressalta a predominância de uma estrutura linear, hierarquizada, kelseniana dos sistemas jurídicos internos, que se contrapõe a uma nova ordem jurídica internacional, mais ampla, com elementos de coordenação que reforça a incompletude do sistema jurídico e a necessidade de que seja interpretada com base na norma fundamental, que também não está livre de interpretações do legislador e de outros atos políticos (p. 14). Nesse sentido, toda norma fundamental traz limites ao próprio poder de revisão, no intuito de estabelecer barreiras que violem elementos fundantes, mas que não obstaculizam que as Cortes Judiciais contribuam ativamente no que denomina de “definição e formulação” da lei. Além dos julgados de validação e invalidação da lei, há decisões que propõem uma interpretação construtiva, sugerindo ao legislativo uma leitura mais satisfatória do texto normativo.

¹⁴⁹ Clark, Ian. *Globalization and Fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press, Great, 1997. p. 8 Globalização denota um movimento de intensidade e sentido das interações internacionais. No primeiro sentido, globalização abrange certo sentido de integração, interdependência, multilateralismo, abertura e interpenetração. No segundo, indica a abrangência geográfica de tendências e relaciona-se com abrangência espacial, universalização e homogeneidade. Fragmentação, por sua vez, em que pese ir para outra direção, também pode ter, segundo o autor, duas abrangências. Na primeira, sugere desintegração, autarquia, unilateralismo, fechamento e isolamento. No outro, envolve nacionalismo e regionalismo, dispersão espacial, separatismo e heterogeneidade.

¹⁵⁰ Hare, Richard Mervyn. *A linguagem moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. Local: Martins Fontes, 1996. p. 45. Veja-se a esse propósito, estabelece FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 148.

Segundo Buxbaum,¹⁵¹ a transnacionalização das questões afetas ao Direito Concorrencial ocorre quando as Cortes de um país, em particular, abrangem um determinado país, mas envolvem a aplicação de normas de direito internacional.

9.1 Do papel dos tribunais

A definição dos papéis dos Tribunais no atual estágio de integração é um tema que também tem progressivamente chamado a atenção dos estudiosos de Direito da concorrência. A questão envolve a aplicação de normas de direito internacional, em que pese o litígio ocorrer e ser levado ao conhecimento de um país em especial. Essa questão tem sido remetida ao Judiciário norte-americano, em alguns casos de comportamentos ocorridos em cartéis “*hard-core*”, que tiveram atuação simultânea no território americano e em outros países.

Os questionamentos levados ao conhecimento do Judiciário americano têm como demandantes estrangeiros que solicitam a aplicação, pelas cortes norte-americanas, da legislação antitruste por danos que lhes foram causados por atividades de fixação de preços. Cada cartel questionado, em que pese ter sido também perpetrado no território norte-americano, alcançou os demandantes, gerando-lhes danos fora desse território.

Não se limita a questão discutir a aplicabilidade de normas públicas, mas os efeitos do comportamento de agentes econômicos a outros indivíduos ou empresas não domiciliados nos Estados Unidos.

Há muitos questionamentos em torno da validade desses julgamentos fora das fronteiras do país, eis que costumam colocar em xeque princípios típicos de jurisdição, seja no que se refere à aplicação extraterritorial das normas de um determinado Estado soberano, seja com relação à primazia do direito convencional, há que se perquirir acerca dos critérios de fixação da competência internacional quanto à aplicação da legislação de defesa da concorrência, haja vista que abrangem não a aplicação de direito internacional, mas de direito regulatório, cuja aplicabilidade é nacional.

¹⁵¹ BUXBAUM, Hannah. Transnational Regulatory Litigation. *Virginia Journal of International Law*, v. 46, n. 2, p. 252-316. Disponível em www.ssrn.com., acesso em 21.julho.2011.

Os questionamentos relacionados à prestação jurisdicional também podem representar uma expressão de dominação por parte do Estado que fornece a prestação jurisdicional.

Em uma série de cartéis transfronteiriços julgados pelas autoridades americanas, demandantes não domiciliados nos Estados Unidos questionaram à Suprema Corte americana a possibilidade de indenização de acordo com os padrões estabelecidos na legislação norte-americana a cartéis transfronteiriços. Além de suscitarem que os cartéis transnacionais clássicos têm efeitos fora do território norte-americano, também foi aduzido como argumento o fato de que os casos analisados tinham alcançado o país de origem dos demandantes e que, portanto, não teriam efeitos divergentes da análise atribuída aos cartéis clássicos em seus países de origem.

Argumento interessante alegado pelos demandantes, segundo BuxBaum, é que a aplicação da legislação americana suscitada reforçaria a ideia de aplicabilidade de um direito de regulação da concorrência global. Particularmente, há que se verificar, com reservas, a possibilidade de judicialização¹⁵² das políticas regulatórias, eis que pode trazer questões de legitimidade da aplicação do mérito das políticas públicas.

Em que pese a discussão de mérito ter ficado circunscrita em torno de argumentos relacionados à soberania, culminou a Justiça norte-americana por tangenciar abordar questões que permeiam o mérito da aplicabilidade do direito antitruste norte-americano ao caso concreto, sob o argumento de que o não conhecimento da questão poderia representar ausência de prestação jurisdicional e macular, em outras situações, os direitos dos norte-americanos ou daqueles que com eles fazem negócio.

Remete a questão aos critérios costumeiramente definidos pelo Direito Internacional Público, eis que embasado o entendimento nos princípios da territorialidade do comportamento e dos efeitos, da nacionalidade, da segurança pública, da universalidade e da personalidade passiva, solidificados pelos usos e costumes internacio-

nais¹⁵³ e internalizados de forma expressa em diversas legislações antitruste.

BuxBaum destaca que os recursos levariam o incremento de persecução de cartéis ao redor do mundo, diminuindo os eventuais vazios de regulação existentes. Não tece, porém, comentários sobre os efeitos decorrentes dessa interpretação na condenação de cartéis nos países a que os demandantes pertençam, nem tampouco as dúvidas que possam estar relacionadas à invasão dos limites de outro Estado soberano, em que pese o caráter transnacional do comportamento.

Verifica-se que apesar de o caso ter sido tratado como litigância regulatória transnacional que não se diferencia das questões globais que implicam na litigância regulatória extraterritorial ou na aplicação extraterritorial, costumeiramente contemplada em questões internacionais, apesar da opinião exteriorizada por comentaristas no sentido de que se trata de demandas que objetivam a aplicação transnacional de uma lei comum e de buscarem a regulamentação de um problema que ultrapassa os limites formais de jurisdição.

Em que pese a transnacionalização judicial ter sido aplicada em diversos julgados analisados pelo Judiciário americano, verifica-se que não ousou o tribunal em definir questões relacionadas ao mérito da aplicação do direito regulatório para fora de seus fronteiras.

9.2 Direito antitruste transnacional

Como assevera Neves,¹⁵⁴ há um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, estatais internacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional, especialmente em relação aos direitos fundamentais e à limitação de poder, os quais, muitas vezes, são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas, sem

¹⁵³MAGALHÃES, José Carlos de. "Aplicação Extraterritorial de leis nacionais". In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985. p. 662-663; PAIM, Maria Augusta Fonseca. Os caminhos do Direito Econômico para além das Fronteiras Nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 195 e ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação "Extra-Territorial" do Direito da Concorrência Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 3, 2001, p. 67-87, p. 67.

¹⁵⁴NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p.116, denomina o entrelaçamento de transconstitucionalismo.

¹⁵²LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 195. Esclarece a interpretação como a descoberta da vontade da lei, o que acaba não se materializando com o alargamento das manifestações do Judiciário.

uma imposição unilateral, mas sim com base em um diálogo constitucional.

É importante que se proceda a uma diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas por sua transterritorialidade e por não haver hierarquia entre as ordens jurídicas, o que indicaria como alternativa de efetivação da transnacionalização do direito antitruste um diálogo entre cortes diante dos problemas a serem enfrentados por diversas ordens jurídicas e que podem apresentar soluções diferenciadas.

Representariam os juízes e tribunais, segundo o autor, pontes de transição para que a transversalidade fosse efetiva. O transconstitucionalismo faz emergir uma fertilização constitucional cruzada, busca resolver problemas constitucionais que surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas.

Na transnacionalização de questões afetas a defesa da concorrência, haveria vínculos estabelecidos no plano reflexivo ou, como estabelece Teubner, o acoplamento de ordens jurídicas globais e plurais por meio de Constituições civis, mas que Neves considera que sejam possíveis de fragmentações que se verificam no contexto da sociedade mundial hodierna.

Ademais, a judicialização da persecução dos cartéis, mediante a admissão ampla de sua transnacionalização judicial, pode redundar na paralisação do desenvolvimento de redes de cooperação em torno de questões concorrentes e que, em muito, têm contribuído para o crescimento da cultura da concorrência em países em desenvolvimento, o que, no limite, mitiga a possibilidade de instalação de cartéis nesses Estados e a irradiação de seus efeitos no mundo.

Sem dúvida, um dos elementos positivos da possibilidade da transnacionalização judicial de leis regulatórias seria a mitigação de efeitos assimétricos de cartéis transfronteiriços nos mais variados locais em que estivesse surtindo efeito, o que permitiria o incremento da eficiência por intermédio do questionamento do comportamento em um único tribunal. Um critério para a atratividade das ações seria, por exemplo, o volume de ações a ser analisado nas nações mais afetadas pelo comportamento.

Tal questão questionaria a possibilidade de aplicação da legislação norte americana como hegemônica, o que geraria um efeito indesejável na análise transfronteiriça do comportamento.

Outro ponto também destacado e que demonstra a necessidade de aprimoramento da transnacionalização judicial da análise concorrencial seria as divergências, em muito mitigadas, mas ainda existentes na aplicação da legislação internacional, ou seja, o fato de algumas nações continuarem percebendo cartéis clássicos como condutas administrativas e outras como crimes.

10 Pela criação de um direito global

Existe um consenso de que a globalização indica a necessidade de que sejam privilegiadas normas que tenham aplicabilidade a situações que se modificam de acordo com a dinâmica complexa das sociedades modernas e das relações jurídicas que nelas se verificam.

A globalização tem reduzido significativamente o tamanho do Estado, que está cada vez mais subordinado às exigências da economia global, caracterizada por um policentrismo decisório¹⁵⁵ com arranjos societários altamente flexíveis que, em nome do incremento da competitividade – critério considerado central nas relações de mercado – levam necessariamente à reflexão do papel do Estado- sociedade e dos direitos positivados nas ordens jurídicas internas. Há um movimento em direção à desregulamentação, à privatização, à restrição da intervenção pública nos processos econômicos que indica a substituição do Estado de bem-estar social por um Estado competidor, que mostra devem ser ponderados, sob esse contexto, os seus elementos essenciais, como a soberania nacional e o poder de dizer o direito – *jurisdictio* – em seu território ou a seus indivíduos.¹⁵⁶

¹⁵⁵FARIA, José Eduardo. *Qual o futuro dos Direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad. 2002. p. 69.

¹⁵⁶DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. le relatif et l'universel*. Paris: Editions du Seuil, 2004. p. 54 e seguintes, ao tratar das fragilidades do universalismo jurídico, indica que devem ser inseridas nos critérios que universalizam direitos, inclusive nos mais atinentes às questões de mercado, margens de aplicação que considerem questões nacionais, para reconhecimento e legitimação nas ordens internas de direitos e decisões reconhecidos em Cortes estrangeiras. A margem nacional de aplicação indica a possibilidade, também na ordem interna, de efetivação de direitos predominantemente econômicos, como o de estabelecer-se a partir de um determinado território e desenvolver atividades econômicas, ainda que a atuação transnacional, como indica a Professora Delmas-Marty, possa permitir uma leitura que signifique para muitos a fragilização das estruturas do Estado (p. 97). Os atributos do Estado continuam tendo sua utilidade, mas ensejam a revisão do que seja necessário e útil ao Direito.

É importante pensar o direito de uma forma em que seja possível a construção de sociedades de rede, considerando-se a existência de uma relação entre linguagem e direito, cuja existência e forma são dadas pela prática comunicativa de uma dada sociedade.¹⁵⁷

Haveria a possibilidade de criação de um Direito Global?

Le Goff¹⁵⁸ questiona a pertinência, com a crescente globalização e seu impacto às relações de comércio global, em se discutir a importância de um direito global, convergindo com valores e práticas igualmente globais e seus benefícios para os partícipes das relações econômicas globais e a comunidade econômica de uma forma geral. Indica ser entendimento dos maiores especialistas em comércio global a necessidade de harmonização e unificação de regras que venham a regular o comércio global.

A divergência de normas nacionais, na opinião de H. Van Houtte e P. Wautelet, cria obstáculos que impedem a concretização de diversos negócios, o que faz com que movimentos de globalização do Direito (“de um conjunto de regras substantivas”) sejam sempre bem-vindos.

Considera LeGoff que o Direito Global não significa acreditar em uma forma romântica de globalização, como alguns desejam. Não à toa, o autor considera prudente considerá-lo como um fenômeno legal e não como um sistema legal. No que tange a área do comércio internacional, indica o autor que H. Van Houtte e P. Wautelet relembram que vários sítios eletrônicos são dedicados a coletar decisões, considerando a Convenção das Nações Unidas da Venda Internacional de Bens de 1980, com os conceitos e recursos arbitrais contidos nos Princípios de Comércio Internacional dos Contratos da UNIDROIT. Em sentido contrário ao argumento, indica que os autores citados no parágrafo anterior criticam que a globalização necessita de uma ajuda para garantir a uniformidade de regras de uma forma pré-estabelecida.

A criação de um Direito Global é feita para e por atores globais. O advento do que se considera como fenômeno legal é o resultado de ações levadas a efeito, de esforços despendidos por diversas entidades e do im-

pacto em indivíduos, direta e indiretamente, no cenário internacional. As instituições internacionais também possuem papel de destaque na denominada criação do Direito Global, em especial aqueles afetos às sociedades organizacionais.

O impacto das Nações Unidas, da União Europeia, da Câmara Internacional de Comércio, dos Centros de Arbitragem Internacional e das associações profissionais internacionais, nas situações jurídicas que possam ter impacto concorrencial, é significativo. Ao analisar o sistema das Nações Unidas de forma ampla, LeGoff¹⁵⁹ indica ser possível concluir rapidamente que, por intermédio dessas atividades instituições como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a OMPI, OMS ou a Organização de Desenvolvimento Industrial contribuem para a emergência de normas, regras ou práticas de relevância direta para o desenvolvimento do direito global.

O transconstitucionalismo pressupõe que as diversas ordens jurídicas pertençam ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o qual pretende se reproduzir primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito. Propõe-se um aprendizado normativo recíproco, especialmente em termos reflexivos e abrangentes do transconstitucionalismo.

Danos ambientais, violações de direitos humanos, efeitos do comércio e finanças internacionais, criminalidade transnacional – como os cartéis – são alguns exemplos de problemas que exigem esse diálogo constitucional. O problema é que a resposta a tais problemas deve ser dada conforme o código binário lícito x ilícito, mas com base em critérios normativos originariamente diversos. As chamadas pontes de transição, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não construídas de maneira permanente e estáticas.¹⁶⁰

11 Conclusões

As visões apresentadas contribuem para o entendimento dos cartéis como distorções do comportamento

¹⁵⁷SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The free press, 1995. p. 27.

¹⁵⁸LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.

¹⁵⁹LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.

¹⁶⁰NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p.128.

esperado de empresas transfronteiriças, cujas raízes podem ser verificadas em conceitos inerentes à própria razão de ser do Estado, como forma de organização social e como expressão de poder.

É inútil querer entender a dinâmica dos cartéis a partir de cenários estritamente públicos, sem analisar os movimentos progressivos de globalização. Na verdade, os cartéis expressam-se, tal como o Estado, por meio de arranjos sofisticados e sistêmicos, que desafiam a capacidade de repreensão dos Estados e suscitam o desenvolvimento de mecanismos de persecução e recomposição de danos, como as demandas judiciais transnacionais, haja vista que a lógica de atuação desses agentes, muitas vezes, como demonstrado, é formada independentemente do arcabouço jurídico dos estados, relacionando-se de forma mais intensa com os movimentos econômicos plurais que buscam coexistir e desafiar os critérios de validação e interligação hierárquicas das normas tradicionais.

Na persecução dos cartéis, a transnacionalização das decisões é uma alternativa, não única, mas possível, e mostra que há muito a se construir em torno de mecanismos de solução de litígios em que os estados devem deixar de lado a disputa pelo monopólio da decisão aplicável ao cartel em persecução para que os conflitos deixem de ter e de crescer com base em uma conotação destrutiva.

É importante que haja a sensibilidade interna das cortes judiciais e de autoridades de defesa da concorrência para que suas decisões não sejam direcionadas, tão somente, à solução de problemas internos e que representem um reforço do comportamento cartelizado fora de suas fronteiras.

Mecanismos de cooperação entre autoridades e extensão de efeitos de decisões provenientes de outras jurisdições não devem representar imposições, mas alternativas construídas em prol do bem comum, focados na construção de uma sociedade global que supere, inclusive entre os estados, o olhar de amigo x inimigo, tradicionalmente relacionado a formas tradicionais de dizer o direito.

Referências

- AGUIAR, Roberto. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1995.
- ALMEIDA, Gabriel Assis. A aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo., v. 8, n. 3, p. 67-87, 2001
- ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 5, p. 41-70, 2001.
- ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS. Organización de Los Estados Americanos. Unidad de Comercio. Grupo de Negociación sobre Política de Competencia. *Informe sobre desarrollos y aplicación de las y leyes de competencia..* Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/NGCP/Publications/inf04Rev_2_s.doc>. Acesso em: 14 jan. 2006.
- ARENDT, Hannah, *The human condition*, Chicago: Chicago University Press, 1958.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- BALZAROTTI, Nora. Política de competencia internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. *Boletín latino americano de concorrência*, n. 10, jun./200[?]. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_10_1_es.pdf>. Acesso em: 13 jan 2006.
- BUXBAUM, Hannah. Transnational regulatory litigation. *Virginia journal of international law*, v. 46, n.2, p. 252-316, Disponível em [www.ssrn.com.](http://www.ssrn.com), acesso em 21.julho.2011.
- CASSELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo(coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CLARK, Ian. *Globalization and fragmentation: international relations in the twentieth century*. Oxford: Oxford University Press; Great Calrendon Street, 1997.
- CLARK, Ian. *Globalization and international: relations theory*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Relatórios anuais sobre política de concorrência*. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/>. Acesso em: 22 fev. 2006
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. Disponível em:<<http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral/>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

CONNOR, John. *Global antitrust prosecutions of modern international cartels*. Indiana: Purdue University, 2004. Disponível em: <www.ssrn.com>. acesso em: 21 abr. 2004.

CORRÊA, Rossini. *Crítica da razão legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CORTE INTERNACIONAL PERMANENTE DE JUSTIÇA. Recueil des arrêts, affaire du "Lótus". *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série A, n. 10, le septembre, 1927. disponível em: <www.icj-cji.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A-1-/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Internacional/Acordo_Brasil_Estados_Unidos.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2006.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif e l'universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions Du Seuil, 2006. v. 2.

DELMAS -MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: la refondation des pouvoirs*. Paris: Éditions Du Seuil, 2007. v. 3.

DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. *US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>. Acesso em: 2 jan. 2006.

DUPUY, René Jean. *Le droit international*. Paris: Press Universitaires de France, 1976.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1975.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*. p. 3. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acesso em: 21 abr. 2005.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7.

FARIA, José Eduardo. *Qual o futuro dos direitos?: estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad. 2002.

FORGIONI, Paula. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOWLER, Michael; BUNCK, Julie Marie. *Law, power and the sovereign state: the evolution and application of the concept of sovereignty*. Pennsylvania: Univesity Press, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: RT, 1985.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GAUCHET, Marcel. A dívida do sentido e as raízes do Estado: política da religião primitiva. In: CLASTRES, Pierre et al. *Guerra, religião e poder*. Lisboa: Ed. 70, 1977.

GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAUS, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRIFFIN, James. *An inside look at a cartel work: common characteristics of international cartels: speech presented at omni Shoreham Hotel*. Washington, D.C., 6 april 2000. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/4489.htm>. Acesso em: 10 out. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARE, Richard. *A linguagem da moral*. São Paulo: M. Fontes, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: M. Claret, 2003.

INTERNATIONAL COMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY. THE RESPONSABILITY TO PROTECT - ICCS. *Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: International Development Research Centre, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisprudência normativa e sociológica*. Brasília: UnB, s/d.

- KEMMELMEIR, Carolina Spack. Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 157-176, 2002.
- KRASNER, Stephen. *Sovereign: organized hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LE GOFF, Pierre. Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization. Indiana University School of Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 14, n. 1, p. 119-145, Spring 2007.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MALARD, Neide Terezinha. O cartel. *Revista de direito econômico*, n. 21, Brasília, p. 38-43, out./dez. 1995.
- MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p.175-198, 2003.
- MARTINEZ, Maria Beatriz, A Cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 11, n. 1, . 179-205, 2004.
- MATHEWS, Jéssica. "Power Shift". *Foreign Affairs*, v. 76, n. 1, jan./fev., 1997. Disponível em: <www.nwc.navy.mil/nsdm/latinamerican>. Acesso em: 16 fev. 2005.
- MORGENTHAU, H. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Brasília: UnB, 2003.
- NOVA ZELÂNDIA. Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canadá). *The Australian Completion and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws*. Disponível em: <http://www.mfat.govt.nz/foreign/regions/northamer/canada.html>. Acesso em: 19 jan. 2006.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT. *Model law on competition: UNCTAD series on issues in competition law and policy*. Geneva: s/ed., 2003.
- ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E COOPERAÇÃO ECONÔMICA. *Hard core cartels, recent progress and challenges ahead*. Washington, 2003. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 22 jul. 2005
- OST, François; KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau?: vers un nouveau mode de production du droit?. *R.I.E.J.*, n. 44, p. 1-91, 2000.
- PAIM, Maria Augusta Fonseca Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 12, n. 4, p.193-214, 2005. p. 193.
- ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação, Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SAYEG, Fernanda Manzano. *Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 199-222, 2003.
- SUSTEIN, Cass R. Incommensurability and kinds of valuation: some applications in law. In: CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard University, 1997.
- TEUBENER, G. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Tradução, Professor Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito, 1964.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- WHITNEY, William Dwight. Sources of conflict between international law and the antitrust law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 63, p. 655-666, s/d.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

**Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**