

A aplicação da lei brasileira no direito internacional da concorrência

Denis Borges Barbosa (1980)

Uma das primeiras questões que se colocam quando analisando um contrato de *know how* é a da possibilidade jurídica de aplicação das normas brasileiras de controle ao poder econômico a obrigações que podem ter sido pactuadas no exterior. Neste caso, ao teor do art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil, regeria a obrigação a lei estrangeira.

Também poderia ocorrer que, escudadas na regras de “choice of law” que seria permitida, segundo alguma doutrina(1), pelo mesmo art. 9, pactuarem as partes submeterem-se ao direito alienígena. Como se faria então a aplicação de nossos princípios legais? Sem dúvida, justifica-se a extensão, ao caso, da mesma política de tributar a fonte pagadora no caso de remessas ao exterior, adotada pelo Brasil e por tantos outros países latino-americanos; ou seja, de extensão extraterritorial dos efeitos da lei nacional de ordem pública.

O jurista americano, ou europeu, estudando uma infração ao Sherman Act ou ao Tratado de Roma, procura precisar a natureza do mercado onde a restrição à concorrência estaria ocorrendo. Quais produtos seriam pertinentes? Nem sempre o monopólio de um produto é vedado, se existem substitutos naturais dentro das necessidades e gostos do consumidor. qual a extensão geográfica do mercado? Muitas vezes se resume a uma cidade, como no caso da Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais (CCPR), em que o domínio do mercado de manteiga de Belo Horizonte bastou para configurar a infração (CADE, proc. 29.896/68).

Mas freqüentemente, e cada vez mais, o mercado extravasa fronteiras, e os fatores que influenciam o jogo das forças do mercado interno estão além dos limites do território nacional. Em particular, a Administração Pública americana vem tentando controlar os efeitos externos sobre o seu mercado, através de uma aplicação extraterritorial das normas antitruste. Da mesma forma, as autoridades fiscais vêm perfurando o véu diáfano da ficção jurídica, para tributar as subsidiárias americanas no exterior.

A extraterritorialidade das leis antimonopólio americanas segue certos parâmetros. Em princípio, as empresas americanas estão sempre sujeitas à jurisdição de seus tribunais, até mesmo as subsidiárias operando no exterior, desde que as ações destas tenham um efeito substancial sobre o comércio americano. Da mesma maneira, as empresas estrangeiras mantendo relações comerciais substanciais com Estados Unidos, inclusive através de suas subsidiárias.

“Any state may deal with acts, some or all of which are outside its physical borders, to the extent necessary to protect its own commerce. **Enforcement does not violate international law**”(3). (grifo nosso).

A jurisprudência tem considerado que os atos de empresas no exterior que afetem indevidamente as importações ou exportações americanas, mesmo os entendimentos entre empresas que diminuam a possibilidade de vendas americanas em outros países. Assim, uma indústria inglesa, com uma boa clientela americana, aliando-se com outra sociedade do mesmo país para regular o mercado de uma nação africana, para onde também exportem suas congêneres dos Estados Unidos, fica sujeita ao risco de ação da do órgão antitruste.

O órgão europeu encarregado de aplicar as disposições antitruste do Tratado de Roma também considera relevantes ações que afetam indevidamente os mercados de exportação dos países do Mercado Comum, embora não haja, até o momento, chegada a estender a sua atuação às empresas localizadas fora do território de sua jurisdição. Em uma decisão conhecida(4) o órgão considerou que um contrato de distribuição com exclusividade para o Japão, no qual tanto o concedente quanto o concessionário operavam dentro da área do Tratado de Roma, deveria ser submetido à análise, para conseguir a liberação prevista nos dispositivos antitruste.

Desta forma, os dois mecanismos mais aperfeiçoados ora existentes para controlar as práticas restritivas levam em conta as relações internacionais, que configuram um mercado além das fronteiras nacionais, como objeto próprio de suas preocupações. Não é a simples proposta de tutelar o mercado interno, como se fosse um sistema fechado, auto suficiente, que conduz a atuação da Divisão Antitruste americana e do órgão da CEE Pensando na economia nacional, ou regional e procurando manter o princípio legal da livre oportunidade, a atenção das autoridades antitruste vai além de seu território, para alcançar negócios jurídicos que terão efeito no exterior.

Mesmo o CADE, em uma decisão de caráter consultivo (contrato de Financiamento da Mineração Rio do Norte S.A. e Alcan Bermuda Ltd.) opôs-se ao domínio dos mercados nacionais através da ação de uma subsidiária de um grupo multinacional, ainda que não levando em conta se a subsidiária, ela mesma, tinha parte suficiente para exercer tal domínio no plano interno. Sem evidenciar o raciocínio, o Conselho admitiu que o “mercado nacional” estava integrado num outro, de dimensões mais amplas, onde o grupo econômico em questão exercia sua posição de dominância.

É natural, assim, que, num tipo de negócio jurídico que se exerça predominantemente entre empresas situadas em países diversos, os contratos de *know how* sejam um dos pontos onde mais agudamente apareça a aplicação de normas de controle do poder econômico, em seu efeito extraterritorial. A elasticidade desta modalidade de aplicação teria o jurista a reduzir o problema do poder econômico à sua dimensão concorrencial, sendo que às legislações nacionais caberia regular a parcela material e juridicamente submetida a sua tutela.

Sem dúvida, é um meio eficaz de tratar o poder das grandes macroempresas transnacionais: supor-lhes uma posição dominante, coisa de resto fácil em relação às empresas domésticas de pequeno porte, ou perante países em estágio menor de desenvolvimento. Ante tal

posição dominante, não prosperaria o princípio da liberdade de estipulação entre as partes, e haveria a presunção de abuso de poder econômico em acordos que, de outro modo, seriam tidos por lícitos. É o interesse público que ocorre, aplicando um escrutínio severo aos contratos de *know how*, sob a ótica do “in dubio pro misero”.

É importante perceber que a proibição de uma prática restritiva não depende em muitos países, da apuração do efeito da mesma sobre a concorrência interna, e muito menos de se a empresa nacional aceita voluntariamente a restrição. A noção de “abuso de poder econômico” é mais vasta e mais política do que a doutrina antimonopólio, sendo o monopólio apenas uma manifestação do poder econômico, numa determinada organização da economia.

Também é indispensável ter em mente que são inaceitáveis não somente as restrições ao comércio, no sentido estrito, mas também os ônus impostos ao desenvolvimento econômico, inclusive ao desenvolvimento tecnológico. Assim, serão abusivas as práticas que, embora permitindo que uma empresa amplie sua produção e melhore sua lucratividade, impeçam a aquisição dos meios de reproduzir e aperfeiçoar os conhecimentos técnicos indispensáveis à produção.

O controle ao exercício do poder econômico dos fornecedores de tecnologia para empresas em países sub-industrializados, desta maneira, excede aos limites das relações concorrenciais habituais. Poder-se-ia mesmo dizer que, em certos casos extremos, a proteção vai ao ponto de modificar o jogo livre da concorrência, para assegurar à débil, pequena, vacilante e ingênua atividade empresarial do país receptor um “handicap” adequado. É, como já foi dito na primeira parte deste trabalho, a tutela do Estado, como se fosse uma “holding” poderosa, sobre a atividade empresarial interna incipiente.

As contratações realizadas no interior de um mesmo país, no entanto, entre empresas não controladas por grandes grupos internacionais ou, caso mais freqüente por ora, as contratações em que o supridor é uma pequena ou média empresa estrangeira, sem projeção multinacional, devem ser olhadas por outro ângulo. Inexistindo, no caso, a presunção de abuso de poder como resultado de uma posição dominante, o peso das restrições contratuais pode ser avaliado em base similares às do Tratado de Roma.

Desta maneira, a tarefa do jurista brasileiro, ou de outros países no mesmo estágio de desenvolvimento, é dupla. Na maior parte dos casos o supridor se aproveita de uma posição dominante no mercado considerado, e as restrições serão irrazoáveis de per se; mas haverá casos, freqüentes a partir de um certo grau de desenvolvimento, em que será prudente usar de flexibilidade na negociação. Afora o preço explícito, expresso em moeda, raras vezes deixa de haver nos contratos de *know how* uma parcela implícita, uma contraprestação expressa em restrições contratuais impostas ao receptor em favor do supridor. coisa, de resto, natural, num contrato de reprodução de aviamento.

Se aceitáveis do ponto de vista do direito que rege o abuso de poder econômico, estas cláusulas restritivas devem ser analisadas no que toca a sua licitude sob o direito comum. O jurista, que já foi obrigado a enforçar a prática em questão do ponto de vista do abuso do poder econômico concorrencial e extra-concorrencial, vai explorar o tema sob os princípios

das leis civis e comerciais: a massa de legislação relevante impressiona, e mais impressionante ainda é o espaço não coberto explicitamente por nenhum dispositivo legal.

As questões referentes ao *know how* são tratadas, no direito anglo-saxão, sob a perspectiva da equidade, própria para lidar com os novos problemas que surgem. Para o jurista brasileiro, que deve apelar para a analogia e para os princípios gerais do direito quando surge um caso não previsto, é especialmente útil à citação das respostas que foram dadas aos problemas não legislados, em outros países, de forma a revelar a legitimidade de uma solução cuja legalidade estrita não é possível assegurar no momento.

=====

1. Haroldo Valladão, Direito Internacional Privado, Freitas Bastos, 1971.
2. Eckstrom: Licensing, op. cit., 1o. vol. 12-137, Par. 12.01(8).
3. Eckstrom op. cit. Par. 12.01(8), 12-138, 1o. vol.
4. Decisão de 6 de novembro de 1968. Rieckmann/AEG Elotherm.