UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO CESAR GUIMARÃES

CARTÉIS INTERNACIONAIS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Dissertação de Mestrado

Recife
2017

MARCELO CESAR GUIMARÃES

CARTÉIS INTERNACIONAIS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais

Linha de pesquisa: Relações Contratuais Privadas Supranacionais

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

Coorientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Recife

2017

Catalogação na fonte
Bibliotecário Josias Machado da Silva Junior CRB/4-1601

G963c Guimarães, Marcelo Cesar
Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência. – Recife: O Autor, 2017.
211 f.

Orientador: Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.
Inclui bibliografia.

1. Concorrência - Brasil. 2. Concorrência internacional. 3. Cartéis. 4. Livre iniciativa - Brasil. 5. Globalização - Aspectos econômicos. 6. Relações internacionais. 7. Direito antitruste. I. Barza, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro (Orientador). II. Título.

343.810721 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2017-06)

Marcelo Cesar Guimarães

“Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (Presidente/UFPE)

Julgamento: Aprovado

Professor Dr. **Paulo Burnier da Silveira** (1º Examinador externo/UnB)

Julgamento: Aprovado

Professora Drª. **Rogéria Gladys Sales Guerra** (2ª Examinadora externa/UNICAP)

Julgamento: Aprovado

Para André e Roberta,

meus eternos mestres.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação contou com o apoio de várias instituições e pessoas, aos quais serei eternamente grato. Ainda que não possa, nessas poucas palavras, contemplar todos que contribuíram, de alguma forma, para o resultado ora apresentado, a quem manifesto desde já minhas gratulações, há de se nomear aqueles sem os quais este trabalho não teria sido possível.

Em primeiro lugar, agradeço à Professora Eugênia Barza, minha orientadora, pelos mais de quatro anos de incentivo e apoio à pesquisa acadêmica. Seu comprometimento e dedicação, em meio a um ambiente tão hostil e individualista, fizeram meu trabalho ser muito menos árido. Destaco sua paciência e humanidade, nunca se recusando a me ouvir e auxiliar, mesmo diante de suas atribulações pessoais.

Agradeço, também, ao Professor Paulo Burnier, por ter aceito, após um *e-mail* e um telefonema de um desconhecido, a coorientação deste trabalho. A ele devo, nomeadamente, por ter clareado minhas ideias iniciais, contribuindo bastante para a delimitação do tema e a organização da pesquisa. Mesmo à distância e em que pese sua agenda atribulada, sempre esteve disponível, ajudando-me com grande generosidade.

À Professora Michèle Rioux, agradeço por ter-me recebido num estágio de pesquisa em terras quebequenses, ampliando meus horizontes sobre a internacionalização do antitruste, sobretudo sob o prisma da economia política internacional. Sou grato, ainda, à confiança em mim depositada para o desenvolvimento de pesquisas paralelas a este trabalho, mas que muito acrescentaram a seu resultado final.

Além disso, agradeço à Faculdade de Direito do Recife, minha segunda casa nos últimos sete anos, e a seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Em especial, ao Professor Sady Torres, por ter-me apresentado ao Direito da Concorrência e ter plantado em mim a semente para o estudo da internacionalização do antitruste. Agradeço, ainda, aos Professores Paul Weberbauer e Aurélio Bôaviagem, pelas valorosas lições de Direito Internacional Privado, bem como ao Professor Sylvio Loreto, pelos comentários realizados durante o exame de qualificação. Enfim, agradeço, nas pessoas dos Professores Marcelo Medeiros e Rodrigo Albuquerque, ao Núcleo de Estudos de Política Comparada e Relações Internacionais (NEPI), no qual pude aprofundar meus conhecimentos em Ciência Política e Relações Internacionais, fundamentais para a condução desta pesquisa.

Agradeço, outrossim, à *Université du Québec à Montréal* (UQAM) e ao *Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation* (CEIM), pela calorosa recepção nos seis meses de grande

aprendizado durante os quais lá estive. Agradeço, especialmente, aos membros do CEIM, professores e estudantes, por todas as discussões, debates e trocas realizados.

Ademais, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na qual estive em intercâmbio acadêmico ainda durante a graduação, por ter-me proporcionado viver o ambiente da pós-graduação mesmo antes de nela formalmente ingressar. Agradeço, em particular, ao Professor Rui Moura Ramos, exemplo de pessoa e profissional, pelo incentivo em prosseguir na vida acadêmica, e à Professora Roberta Fernandes Remédio Marques, minha primeira chefe e grande inspiração, pela acolhida em Coimbra, tão decisiva para meu ingresso no curso de mestrado.

De mesmo modo, agradeço às Professoras Josenita Girard, Regina Arruda e Editha Lemke, pelos vários anos de lições em línguas estrangeiras, sem as quais o exame de grande parte da bibliografia consultada neste trabalho não teria sido possível.

Agradeço, ainda, a meus amigos de sempre, os quais nunca deixaram de me incentivar e ajudar, sobretudo nos momentos de desânimo. Em especial, a Natália Cursino, Vitor Gomes, Fernanda Braz e Rômulo Ribeiro, por me auxiliarem espontaneamente nas mais variadas questões durante a elaboração desta dissertação. Agradeço, também, a Terni Castro, por ter suportado, com firmeza, meus discursos pessimistas, buscando a todo momento fazer que eu acreditasse em mim mesmo.

Por fim, meu obrigado à minha amada família, base fundamental de minha vida. Agradeço, de modo singular, a meus avós, os quais me ensinam todos os dias como o amor pode transformar o mundo. A André, meu irmão e primeiro amigo, agradeço pelo companheirismo que nos une. Finalmente, a André e Roberta, meus pais, agradeço por jamais desistirem de mim, aceitando as decisões, nem sempre óbvias, que tenho feito na vida e fazendo sacrifícios por mim que apenas um amor de pai e mãe é capaz de justificar.

Last but not least, agradeço a Deus por tudo que opera em minha vida. Sem Ele nada seria possível e nada faria sentido.

"Unbeknownst to their customers, five executives sitting in a hotel room can raise and fix prices around the world effective the very next day. International cartels, like the one involving vitamins, can operate profitably for a decade or more wholly undetected. The fact is that the obstacles to cracking cartels are huge. These are sophisticated, premeditated crimes committed by highly-educated individuals in absolute secrecy. In most cases, there will be no smoking guns left around and no cameras hidden in the lamps to capture the moment".

(HAMMOND, Scott. *Caught in the Act: Inside an International Cartel*. Discurso proferido pelo Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no Comitê da Concorrência da OCDE, em Paris, no dia 18 de outubro de 2005. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>. Acesso em: 03/01/2017)

RESUMO

O fenômeno da globalização econômica tem levado à internacionalização das práticas anticompetitivas, dentre as quais os cartéis. Todavia, o Direito da Concorrência não acompanhou essa evolução, estando ainda restrito ao âmbito nacional. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar os reflexos dos cartéis internacionais para os direitos antitruste domésticos, investigando os desafios que precisam ser enfrentados e os mecanismos que vêm sendo efetuados para superá-los. Para tanto, a dissertação é dividida em três partes. Na primeira, será traçado um panorama sobre a globalização e a internacionalização das atividades econômicas e dos comportamentos anticoncorrenciais, aprofundando o estudo sobre os cartéis transfronteiriços. A segunda parte se dedica às dificuldades impostas por tais conluios ao Direito da Concorrência. Nesse sentido, após delinear os fundamentos da aplicação extraterritorial do antitruste, serão discutidos três obstáculos que as autoridades precisam encarar ao lidar com cartéis internacionais, relacionados a três fases distintas dos procedimentos: a definição dos efeitos, os programas de leniência e a fixação das sanções. Já a terceira parte se destina a examinar como tem-se conduzido a internacionalização do Direito Antitruste. Tratar-se-á, sobretudo, da cooperação internacional em matéria de concorrência, desenvolvida em foros multilaterais, regionais e bilaterais. Enfim, será demonstrado como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem abordado a questão, destacando-se a utilização da cooperação internacional pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica para o combate a cartéis transnacionais.

Palavras-chave: Direito Internacional da Concorrência. Cartéis Internacionais. Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência. Teoria dos Efeitos. Internacionalização do Direito da Concorrência. Cooperação Internacional.

ABSTRACT

The phenomenon of economic globalization has led to the internationalization of anticompetitive practices, among which the cartels. However, Competition Law did not follow this evolution, still being restricted to the national level. In this context, this work aims to analyze the effects of international cartels on domestic antitrust laws, investigating the challenges which must be faced and the mechanisms that have been implemented to overcome them. To this end, the thesis is divided into three parts. In the first one, a panorama of globalization and the internationalization of economic activities and anticompetitive behavior will be drawn, deepening the study on cross-border cartels. The second part is dedicated to the difficulties those practices present to Competition Law. In this sense, after outlining the grounds of the extraterritorial application of antitrust laws, three obstacles the authorities must face when dealing with international cartels will be discussed, related to three distinct stages of procedures: the definition of the effects, the leniency programs and the determination of the sanctions. The third part examines how the internationalization of Competition Law has been conducted. It will focus especially on international antitrust cooperation, developed in multilateral, regional and bilateral fora. Finally, it will be demonstrated how this issue has been dealt with by the Brazilian Antitrust System, highlighting the international cooperation led by the Administrative Council for Economic Defense in the fight against transnational cartels.

Keywords: International Competition Law. International Cartels. Extraterritorial Application of Competition Law. Effects Doctrine. Internationalization of Competition Law. International Cooperation.

LISTA DAS PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACPERA	*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*
ASEAN	*Association of Southeast Asian Nations* (Associação de Nações do Sudeste Asiático)
BIAC	*Business and Industry Advisory Committee* (Comitê Consultivo Econômico e Industrial da OCDE)
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARICOM	*Caribbean Community* (Comunidade do Caribe)
CETA	*Comprehensive Economic and Trade Agreement* (Acordo Econômico e Comercial Global)
COMESA	*Common Market for Eastern and Southern Africa* (Mercado Comum da África Oriental e Austral)
CWG	*Cartel Working Group* (Grupo de Trabalho da ICN sobre Cartéis)
DOJ	*U.S. Department of Justice* (Departamento de Justiça dos Estados Unidos)
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
ECN	*European Competition Network* (Rede Europeia da Concorrência)
ECOWAS	*Economic Community of West African States* (Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental)
EEE	Espaço Econômico Europeu
EFTA	*European Free Trade Association* (Associação Europeia de Livre Comércio)
EMS	*International Express Mail Service* (Serviço Internacional de Correio Expresso
FDI	*Foreign Direct Investment* (Investimento Direto Estrangeiro)
FTAIA	*Foreign Trade Antitrust Improvements Act*
FTC	*Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos)

GATS	*General Agreement on Trade in Services* (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)
GATT	*General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
GEDEC	Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartéis e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos
GIE	Grupo Intergovernamental de Especialistas
IAEAA	*International Antitrust Enforcement Assistance Act*
ICC	*International Chamber of Commerce* (Câmara de Comércio Internacional)
ICN	*International Competition Network* (Rede Internacional da Concorrência)
ICPAC	*International Competition Policy Advisory Committee*
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MLAT	*Mutual Legal Assistance Treaties* (Tratados de Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal)
MOU	*Memorandum of Understanding* (Memorando de Entendimento)
NAFTA	*North American Free Trade Agreement* (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
NGAs	*Non-Governmental Advisors* (Consultores Não Governamentais)
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
PCT	*Patent Cooperation Treaty* (Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes)
RICADE	Regimento Interno do CADE
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPP	*Trans-Pacific Partnership* (Parceria Transpacífico)

TRIMS	*Agreement on Trade Related Investment Measures* (Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio)
TRIPS	*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)
TTIP	*Transatlantic Trade and Investment Partnership* (Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento)
UE	União Europeia
UNCTAD	*United Nations Conference on Trade and Development* (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)
WGTCP	*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política da Concorrência)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 16
2 DA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS: OS CARTÉIS INTERNACIONAIS 20
2.1 GLOBALIZAÇÃO, INTERNACIONALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSFRONTEIRIÇAS 20
2.2 OS CARTÉIS INTERNACIONAIS 31
2.2.1 Considerações gerais sobre os cartéis 32
2.2.2 Conceito e nomenclatura dos cartéis internacionais 41
2.2.3 Classificação dos cartéis internacionais 43
2.2.4 Características dos cartéis internacionais 44
2.2.5 A sofisticação dos cartéis internacionais e a dificuldade na obtenção de prova de sua existência 47
2.2.6 A intensificação na repressão aos cartéis internacionais 51
3 DOS DESAFIOS IMPOSTOS PELOS CARTÉIS INTERNACIONAIS AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA 54
3.1 A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: TEORIA DOS EFEITOS E UNILATERALISMO 54
3.1.1 Os fundamentos da extraterritorialidade do antitruste 54
3.1.2 Limitações ao exercício da jurisdição extraterritorial em matéria de defesa da concorrência 57
3.2 A DEFINIÇÃO DE EFEITOS PARA FINS DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA 61
3.2.1 A evolução da teoria dos efeitos nos Estados Unidos 62
3.2.1.1 O caso Alcoa e o teste dos efeitos 62
3.2.1.2 O caso Timberlane, a doutrina da cortesia e a regra jurisdicional da razão 64
3.2.1.3 O Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) 66
3.2.2 A teoria dos efeitos no Brasil 71
3.2.2.1 Considerações iniciais 71
3.2.2.2 A definição de efeitos no Direito da Concorrência brasileiro 73
3.2.2.3 Análise jurisprudencial da definição de efeitos 77

3.3 OS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA MULTIJURISDICIONAIS EM CASOS DE CARTÉIS INTERNACIONAIS 85
3.3.1 Considerações gerais sobre os programas de leniência 85
3.3.2 Análise comparativa dos principais regimes 90
3.3.3 Desafios na celebração de acordos de leniência em múltiplas jurisdições 93
3.3.3.1 A proteção da confidencialidade dos acordos de leniência multijurisdicionais 97
3.3.3.2 Alternativas para a redução dos problemas decorrentes de programas de leniência multijurisdicionais: a possibilidade de criação de um guichê único mundial para markers 104
3.4 A DETERMINAÇÃO DAS SANÇÕES EM CASOS DE CARTÉIS INTERNACIONAIS JULGADOS EM MÚLTIPLAS JURISDIÇÕES 109
3.4.1 Considerações gerais sobre as sanções aplicáveis aos cartéis 109
3.4.2 Análise comparativa dos principais regimes 113
3.4.3 A fixação das sanções impostas aos cartéis internacionais 117
3.4.3.1 Caracterização a partir dos direitos nacionais 117
3.4.3.2 Avaliação do cenário atual e perspectivas para seu aperfeiçoamento 121
3.4.3.3 A possibilidade de aplicação do princípio do ne bis in idem em casos de cartéis internacionais 128
4 DAS PERSPECTIVAS PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA 133
4.1 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA 133
4.1.1 De um direito internacional da concorrência a um direito da concorrência internacionalizado 133
4.1.2 As iniciativas em foros multilaterais 138
4.1.2.1 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) 138
4.1.2.2 A Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) 141
4.1.2.3 A International Competition Network (ICN) 143
4.1.3 As iniciativas em foros regionais 150
4.1.4 A cooperação bilateral em matéria antitruste 153
4.1.4.1 Considerações iniciais 153
4.1.4.2 Objetivos e evolução da cooperação bilateral 155
4.1.4.3 Principais procedimentos de cooperação bilateral 159

4.1.4.4 Limitações e desafios da cooperação bilateral 164
4.1.5 A cooperação internacional no Brasil 165
4.1.5.1 O Quadro geral 165
4.1.5.2 O protagonismo do CADE na cooperação internacional 169
4.1.5.3 Principais mecanismos de cooperação utilizados pelo SBDC 172
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 179
REFERÊNCIAS 183

1 INTRODUÇÃO

A economia internacional tem sido bastante modificada nos últimos trinta anos, em decorrência do fenômeno da globalização. Contemporaneamente, observa-se uma crescente internacionalização das atividades produtivas, comerciais e financeiras, sobretudo através das empresas transnacionais, as quais passam a utilizar-se de variadas estratégias para se libertar das restrições geográficas, emancipando-se do seu território de origem e de qualquer outro que a limite.

Essa nova realidade reflete de modo direito na prática de atos anticompetitivos. Antes restritos às fronteiras nacionais, os ilícitos antitruste foram, também, internacionalizados, constatando-se uma emergência de concentrações transnacionais, abusos de posição dominante sobre o mercado global e cartéis internacionais.

Entretanto, o Direito da Concorrência, concebido há mais de um século para lidar com comportamentos circunscritos a um único território, não acompanhou a evolução da economia. O antitruste ainda está vinculado aos Estados, de sorte que inúmeros desafios lhe são impostos ao lidarem com as práticas transfronteiriças. Nesse contexto, a internacionalização do Direito da Concorrência se apresenta indispensável para a manutenção de sua própria existência.

A primeira solução encontrada para regular as condutas internacionais se deu no nível interno, através do desenvolvimento, na década de 1940, pelos Estados Unidos, da teoria dos efeitos, com o fim de justificar o exercício da jurisdição nacional extraterritorialmente para reprimir práticas consubstanciadas no estrangeiro, mas que produzem efeitos no território do Estado em questão.

Apesar de ter sido, no início, criticada por muitos países, hoje, a extraterritorialidade do Direito Antitruste é aceita e utilizada pela maior parte dos sistemas nacionais. Nesse sentido, diversos ordenamentos podem reivindicar a competência para regular uma mesma conduta transfronteiriça, com repercussão em diferentes nações, já que, de acordo com a teoria dos efeitos, possui jurisdição sobre a prática todos os Estados em cujo território aqueles forem sentidos. Há, pois, uma aplicação fragmentada do antitruste, um mesmo comportamento ficando sujeito a uma pluralidade de direitos nacionais.

Sendo assim, o combate a ilícitos transnacionais evidencia uma série de problemas, decorrentes das limitações da extraterritorialidade, somadas a atuações paralelas e simultâneas de várias autoridades num mesmo caso. Para superar tais dificuldades, as agências de defesa da concorrência precisam desenvolver novas técnicas a fim de obterem resultados mais eficazes.

É nesse contexto que este estudo se insere. Seu objetivo central é analisar os reflexos da internacionalização das práticas anticoncorrenciais, e mais precisamente dos cartéis, para os direitos antitruste nacionais, investigando as limitações destes e os mecanismos que vêm sendo utilizados para superá-las.

Como afirmado, o presente trabalho se limitará aos cartéis internacionais, uma das espécies de práticas anticompetitivas transnacionais. Considerados os ilícitos antitruste mais graves, os cartéis são proibidos em quase todos os sistemas de defesa da concorrência e configuram uma das principais prioridades das autoridades antitruste pelo mundo, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse cenário, a dissertação seguirá uma metodologia fundada, principalmente, na análise bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira especializada, não apenas do Direito, mas também da Economia, das Relações Internacionais e da Ciência Política. Ademais, serão utilizados os documentos publicados pelas organizações internacionais, bem como as legislações e a jurisprudência. Em relação a estas duas últimas, embora o foco seja dado ao Brasil, outros sistemas serão empregados com frequência, em especial os Estados Unidos e a União Europeia.

Além disso, vale ressaltar que a pesquisa pretende adotar uma visão mais pragmática e menos idealista da matéria em discussão, deixando consignado, desde já, que seu foco é o exame de problemas concretos das agências da concorrência, bem como de caminhos viáveis e realistas para o aperfeiçoamento do sistema tal qual hoje existente.

A primeira parte do estudo é dedicada à internacionalização das práticas anticompetitivas, mormente dos cartéis internacionais. Na seção 1, será traçado o pano de fundo que subjaz esta pesquisa, fazendo-se breves considerações sobre o fenômeno da globalização e seus principais efeitos na economia internacional, a atuação das empresas transnacionais e a internacionalização dos comportamentos anticoncorrenciais.

A seção 2 adentrará propriamente no tema dos cartéis internacionais. Após breves considerações sobre os cartéis em geral, buscar-se-á um conceito para os cartéis transfronteiriços, apresentando, também, uma classificação e as principais características de tais conluios. Depois, será melhor detalhada a crescente sofisticação dessas condutas e a consequente dificuldade das autoridades em encontrar evidências capazes de provar sua existência. Por fim, será destacada a intensificação na repressão aos cartéis internacionais, sobretudo a partir da década de 1990.

A segunda parte do trabalho diz respeito aos desafios impostos pelos conluios transnacionais ao Direito Antitruste. Para tanto, de início, a seção 3 examinará a aplicação

extraterritorial do Direito da Concorrência, evocando seus fundamentos e suas limitações. Na sequência, serão estudados três obstáculos que as autoridades antitruste precisam encarar quando lidam com cartéis internacionais, relacionados a três fases distintas dos procedimentos: a definição dos efeitos, os programas de leniência e a fixação das sanções.

A seção 4 discorre sobre a problemática questão referente à definição de efeitos para fins da aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência. Trata-se do primeiro desafio que as autoridades precisam enfrentar ao analisarem um caso de cartel internacional, uma vez que o país só possuirá jurisdição sobre o conluio se se determinar que ele produz efeitos no respectivo território. Apesar de a maioria dos sistemas nacionais preverem a extraterritorialidade do antitruste, as legislações não costumam especificar, com clareza, o que deve ser considerado como efeitos. Nesse sentido, para melhor compreender o assunto, será primeiro estudada a construção da teoria dos efeitos nos Estados Unidos, enfatizando-se os variados critérios que foram estabelecidos ao longo dos anos para determinar a competência dos tribunais norte-americanos. Em seguida, será visto como a matéria é disciplinada no Brasil, versando-se, em especial, sobre a jurisprudência que o CADE vem desenvolvendo sobre o tema.

Por sua vez, na seção 5, serão examinados os programas de leniência propostos em múltiplas jurisdições. Na atualidade, estes são os instrumentos mais poderosos de que as agências antitruste dispõem para combater cartéis internacionais, muitos países os tendo adotado. Todavia, gerir tais programas em vários Estados se mostra uma tarefa bastante problemática. Sob esse prisma, serão feitos comentários gerais sobre os programas de leniência para, depois, realizar uma breve comparação entre os regimes dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil. Serão, então, trazidos a lume os desafios na celebração de acordos de leniência multijurisdicionais, com destaque para as dificuldades quanto à proteção da confidencialidade das informações fornecidas pelo delator. Enfim, serão discutidas alternativas para a redução dos problemas derivados dos programas paralelos, focando-se na possibilidade de criação de um guichê único mundial para *markers*.

Já na seção 6, será abordada a determinação das sanções em casos de cartéis internacionais julgados em diversas jurisdições. Esta é uma questão fundamental para uma repressão eficaz, visto que, por agirem de modo descentralizado, cada agência impõe suas próprias penalidades, sem levar em conta as decisões dos demais ordenamentos. Contudo, para produzir um efeito realmente dissuasório, faz-se necessário um conjunto de penas proporcional à gravidade e extensão da prática, evitando-se que elas sejam insuficientes ou excessivas. Nesse sentido, serão efetuadas algumas considerações gerais sobre a complexidade envolta na fixação das sanções impostas aos cartéis, observando como a questão é tratada nos Estados Unidos, na

União Europeia e no Brasil. Na sequência, o foco será nas penas fixadas em casos de cartéis internacionais, avaliando o atual cenário e perspectivas para o seu aperfeiçoamento. Ao final, será dada atenção particular à possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem* para casos das condutas sob exame.

Finalmente, a terceira parte da dissertação destina-se a investigar como os países têm agido para superar os desafios relativos à persecução aos cartéis internacionais. Cuida-se, no fundo, de analisar como a internacionalização do Direito Antitruste tem sido conduzida. Como será visto, inexiste, no presente, um verdadeiro direito internacional da concorrência, e sua criação não se mostra factível no futuro, ao menos num curto e médio prazo. Dessa forma, a internacionalização do antitruste vem sendo concretizada por meio da cooperação internacional voluntária, a qual objetiva solucionar os problemas resultantes da extraterritorialidade através de vias mais flexíveis, em detrimento de acordos internacionais vinculantes.

A seção 7 tem como foco a cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, apresentando-se as iniciativas realizadas em foros multilaterais, regionais e bilaterais. A cooperação bilateral é a via que tem-se mostrado mais efetiva para o tratamento das questões que não podem ser solucionadas em nível exclusivamente nacional, razão por que o seu estudo será aprofundado. Ademais, será elaborado um panorama sobre a cooperação internacional antitruste no Brasil, verificando em que medida o país tem agido nos foros multilaterais, regionais e bilaterais e como as iniciativas desenvolvidas em cada uma dessas instâncias têm auxiliado na internacionalização do Direito da Concorrência brasileiro. Em seguida, serão examinadas recentes alterações legislativas que consagraram o CADE como o protagonista do tema no Brasil. Por fim, os principais mecanismos de cooperação utilizados no país serão comentados, sublinhando-se os casos nos quais tais procedimentos foram empregados para a persecução a cartéis internacionais.

Ao final, pretende-se traçar as principais conclusões a que se chegou com a pesquisa realizada, buscando corroborar a insuficiência ainda persistente do Direito da Concorrência e indicar as lacunas remanescentes no que toca à cooperação internacional. Visa-se, desse modo, a ressaltar a relevância da internacionalização do antitruste para um combate cada vez mais efetivo aos cartéis internacionais.

2 DA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS: OS CARTÉIS INTERNACIONAIS

2.1 GLOBALIZAÇÃO, INTERNACIONALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSFRONTEIRIÇAS

O fenômeno da globalização tem sido largamente utilizado para explicar o mundo contemporâneo, seja pela Economia, pela História, pela Ciência Política, pela Sociologia, pelo Direito. Entretanto, não há um consenso em relação a seu conteúdo ou mesmo sua denominação[1], sendo, inclusive, bastante recorrentes as críticas quanto ao uso abusivo e pouco rigoroso da expressão[2]. Está-se, na verdade, diante de um conceito plurívoco, utilizado de forma ampla desde os anos 1990 para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados[3].

É inegável que o mundo tem passado, nos últimos trinta anos, por intensas transformações, as quais vêm abrangendo, em escala planetária, as esferas econômica, política, jurídica, institucional, social, cultural, ambiental, geográfica, demográfica, militar e geopolítica[4]. Nesse sentido, fala-se, hoje, do mundo como um local único (aldeia global)[5], graças a um crescente processo de compressão do tempo e do espaço, provocado pelos avanços tecnológicos nas comunicações e transportes[6].

Contudo, deixando de lado os aspectos históricos da globalização, bem como as discussões referentes à terminologia e às suas distintas facetas, centrar-se-á num enfoque específico do aludido fenômeno[7]. Trata-se da globalização econômica e de suas repercussões para a economia política internacional.

---

[1] GRIFFITHS, Martin; O'CALLAGHAN, Terry. *International Relations: The Key Concepts.* London; New York: Routledge, 2002. p. 126/127; DAS, Dilip. *The Economic Dimensions of Globalization.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 1/2, 9/12; DAS, Dilip. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 18/24.

[2] Por exemplo: GONÇALVES, Reinaldo. *O Nó Econômico.* Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 1/2 e BEAUD, Michel. *Histoire du Capitalisme: 1500-2010.* Paris: Éditions du Seuil, 2010. p. 367/370.

[3] FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59.

[4] GONÇALVES, Reinaldo. *op. cit.* p. 1.

[5] GRIFFITHS, Martin; O'CALLAGHAN, Terry. *op. cit.* p. 127.

[6] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* Princeton; Chichester: Princeton University Press, 2000. p. 24.

[7] O objetivo ao analisar o fenômeno da globalização é apenas o de apreender as mudanças por que passa o mundo, sobretudo no cenário econômico, de sorte a auxiliar na compreensão das razões da crescente internacionalização das atividades econômicas e do consequente incremento de atos anticompetitivos transfronteiriços. Dessa forma, não se pretende, aqui, desenvolver um exame valorativo das consequências da globalização, mas apenas destacar elementos fáticos que caracterizam o mundo contemporâneo. É por tal razão que, apesar de a bibliografia utilizada ir desde defensores ferrenhos a críticos incisivos da globalização, o presente trabalho não busca contrapor suas ideias e argumentos, mas apenas retirar elementos comuns por eles apresentados.

Apesar de não se poder ignorar a importância da política, as forças econômicas têm sido o principal motor da integração global sem precedentes que tem tomado lugar nos últimos trinta anos[8]. Em realidade, os anos 1980 marcam um momento decisivo para a economia internacional[9], em razão da convergência de distintas e relevantes alterações institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas, deflagradas, dentre outros fatores, pela crise do padrão monetário mundial, decorrente do fim do padrão ouro-câmbio (*gold exchange standard*), em 1971, e pelos choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979. Tais eventos acarretaram um esgotamento do potencial de expansão do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial até então vigente e exigiram uma resposta à estagnação econômica, ao intenso processo inflacionário, à queda no preço das *commodities*, à saturação do mercado de bens duráveis na Europa Ocidental e nos Estados Unidos e à redução dos investimentos[10].

Sob esse prisma, considera-se que a contemporânea fase da globalização[11] se inicia efetivamente nos anos 1980, quando tanto os países industrializados como os países em desenvolvimento começaram a adotar uma política econômica liberal, reduzindo barreiras de comércio e liberalizando fluxos de capital[12]. Nesse sentido, houve uma progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, com a eliminação de controles cambiais, uma crescente revogação dos monopólios estatais e uma rápida abertura no comércio internacional[13].

As décadas de 1980 e 1990 são, pois, caracterizadas por uma integração econômica global sem precedentes, com o aumento do volume e do valor do comércio internacional e das transações financeiras transnacionais, sobretudo por meio de investimento estrangeiro direto

---

[8] DAS, Dilip. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* p. x, 1/2.
[9] FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *Power and Plenty – Trade, War and the World Economy in the Second Millennium.* Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 496.
[10] FARIA, José Eduardo. *op. cit.* p. 62/65.
[11] Também chamada de segunda era da globalização ou reglobalização, em contraponto à primeira era da globalização, que abrange a fase que vai do período pós-Revolução Industrial até o início da Primeira Guerra Mundial, em 1914. Especialmente entre 1870 e 1914, houve um grande crescimento no comércio internacional, com taxas só superadas na segunda metade do século XX (FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *op. cit.* 505/506). Para uma análise da primeira era da globalização, vide DAS, Dilip. *The Economic Dimensions of Globalization.* p. 42/47; DAS, Dilip. *Financial Globalization – Growth, Integration, Innovation and Crisis.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 8/15; FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *op. cit.* 365/428; BALDWIN, Richard; MARTIN, Philippe. *Two Waves of Globalisation: Superficial Similarities, Fundamental Differences.* In SIEBERT, Horst (org.). Globalisation and Labour. Tübingen: J. C. B. Mohr for Kiel Institute of World Economics, 1999. p. 3-59. Apesar dessa classificação (cujo objetivo permite uma melhor sistematização do fenômeno em análise), não se pode ignorar que o mundo já passou por inúmeros outros processos de globalização, como na época dos antigos impérios e no período dos Grandes Descobrimentos do final do século XV (FARIA, José Eduardo. *op. cit.* p. 60; DAS, Dilip. *Financial Globalization – Growth, Integration, Innovation and Crisis.* p. 7/8).
[12] DAS, Dilip. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* p. 12.
[13] FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *op. cit.* p. 497; FARIA, José Eduardo. *op. cit.* p. 65.

(*foreign direct investment* – FDI). Ademais, esse processo de integração mundial é também caracterizado por profundos impactos microeconômicos, conforme será analisado a seguir[14].

Nesse contexto, a globalização econômica pode ser caracterizada pela coexistência de três processos: o crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de bens, serviços e capital, a crescente interdependência entre agentes econômicos e economias nacionais e o acirramento da concorrência internacional[15].

As forças do livre mercado promovem a divisão do trabalho, a especialização e a competição em áreas mais amplas, estimulando os agentes econômicos a centrarem seus esforços em suas áreas de vantagem comparativa, naquilo que sabem fazer melhor, isto é, a produzirem ao menor custo de oportunidade. Como resultado, há um crescimento da produtividade econômica, aumentando-se a eficiência produtiva e fazendo-se melhor uso dos recursos escassos[16]. Dessa forma, dado que a expansão do comércio mundial e a abertura de mercados promovem a concorrência num espaço mais vasto, muitas empresas nacionais passam a competir com agentes econômicos estrangeiros que aumentaram sua eficiência produtiva, de sorte a, ao menos em tese, intensificar-se a concorrência internacional[17].

Ademais, uma das características marcantes do recente fenômeno da globalização é a mudança histórica por que tem passado a economia global, sobretudo em razão da propagação da Revolução Industrial para os países em desenvolvimento. Até então, havia uma forte concentração da produção na Europa e na América do Norte, além de outros países específicos, como o Japão[18]. A partir da segunda metade do século XX, e em especial nas últimas décadas desse século, um grupo de países em desenvolvimento deixou de ser mero espectador para participar ativamente da economia global. Aproveitando os produtos e serviços nos quais dispunham de vantagens comparativas, tais economias passaram a exportá-los, adquirindo importantes nichos de mercado, o que alterou de modo substancial a divisão internacional do trabalho então existente e aumentou a interdependência entre os Estados e a integração da economia mundial[19].

Sob esse prisma, John Dunning identifica quatro principais eventos dos anos 1980 e 1990 que teriam tido um impacto profundo tanto na natureza e composição da atividade econômica global, como também na sua localização e formas de organização. Fala-se na

---

[14] DAS, Dilip. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* p. 12.
[15] GONÇALVES, Reinaldo. *op. cit.* p. 3.
[16] DAS, Dilip. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* p. 29/30.
[17] GILPIN, Robert. *Global Political Economy – Understanding the International Economic Order*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2001. p. 5.
[18] FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *op. cit.* p. 512.
[19] DAS, Dilip. *The Economic Dimensions of Globalization*. p. 54, 108.

crescente importância de todas as formas de capital intelectual, no aumento dos empreendimentos cooperativos e alianças entre as principais instituições criadoras de riqueza, na liberalização dos mercados internos e transfronteiriços e no surgimento de importantes novos *players* da economia global[20].

Nesse contexto, as empresas transnacionais[21] são os principais atores dessa significativa mudança na economia mundial, conduzindo o processo de internacionalização da produção, dos serviços e das finanças[22]. Especialmente a partir dos anos 1980, houve uma expansão das transnacionais, intensificando cada vez mais a integração das economias nacionais[23].

Ainda que não seja o objetivo deste trabalho analisar com minúcia tais entes, faz-se necessário realçar algumas características das transnacionais, visto que são, em geral, os agentes que levam a cabo a prática de atos anticompetitivos que ultrapassam as fronteiras nacionais.

De início, embora inexista consenso quanto à conceituação da transnacional, a generalidade dos estudos ressalta tratar-se de uma empresa de determinada nacionalidade que opera para além de suas fronteiras geográficas, possuindo filiais (seja de propriedade parcial ou integral) em duas ou mais economias nacionais, ou seja, uma empresa que controla, com interesse duradouro, atividades de valor agregado em mais de um país[24].

---

[20] DUNNING, John. *Regions, Globalization and the Knowledge Economy: the Issues Stated.* In DUNNING, John (org.). Regions, Globalization, and the Knowledge-Based Economy. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 8.

[21] Não há unanimidade quanto à terminologia utilizada para se referir a tais entidades, empregando-se, geralmente, as denominações empresa transnacional ou empresa multinacional. Não sendo o objetivo deste trabalho adentrar na referida discussão e em que pese a utilização dominante, sobretudo na literatura econômica, da expressão empresa multinacional, será aqui utilizada a denominação empresa transnacional, por se entender mais precisa e correta, sendo, inclusive, a forma adotada pela Organização das Nações Unidas (vide, dentre outros, DIHN, Ngyuen Quoc. *Droit International Public*. 8ª ed. (atualizada por Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet). Paris: LGDJ, 2009. p. 713/714; NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335/336; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 17/18; PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público.* Coimbra: Almedina, 2011. p. 399; CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 750).

[22] BUCKLEY, Peter. *The Changing Global Context of International Business.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 39; GILPIN, Robert. *Global Political Economy – Understanding the International Economic Order*. p. 4, 8.

[23] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* p. 164.

[24] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* p. 164; BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. *Understanding International Relations.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 157; DUNNING, John; LUNDAN, Sarianna. *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2008. p. 3; RIOUX, Michèle. *Théories des Firmes Multinationales et des Réseaux Économiques Transnationaux.* In ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Eric (org.). L'Investissement et Nouvelle Économie Mondiale – Trajectoires Nationales, Réseaux Mondiaux et Normes Internationales. Bruxelles: Bruylant: 2012. p. 43/45. Nesse contexto, vale mencionar que a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD), em seu Relatório sobre Investimento no Mundo: Empresas Transnacionais, Produção Agrícola e Desenvolvimento, de 2009, afirma que as transnacionais são empresas constituídas ou não sob a forma de sociedades personificadas, compreendendo as matrizes e suas filiais estrangeiras. A matriz é definida como uma empresa que controla ativos (participação no capital social de pelo menos 10% de ações ordinárias ou com direito de voto, no caso de empresas sob a forma de sociedade, ou o seu equivalente, para as empresas que não constituem sociedade personificada) de

A transnacional realiza sua expansão ao exterior principalmente por intermédio de investimento estrangeiro direto, através da aquisição de atividades já existentes (por meio de fusões ou aquisições) ou pela construção de novas instalações (investimentos *greenfield*), de sorte a alcançar controle completo ou parcial sobre a produção, a comercialização ou demais atividades em outra economia[25].

Constata-se, assim, uma desterritorialização das atividades econômicas desenvolvidas pelas empresas transnacionais, as quais, cada vez mais, emancipam-se das restrições impostas pela sua localização em um determinado território, seja este nacional, regional ou local[26]. Essa maior liberdade pode ser obtida por meio de diversas estratégias, como, por exemplo, a deslocalização de unidades de produção, técnica utilizada já desde os anos 1960, pela qual há a transferência de certas etapas do processo produtivo para o exterior[27]. A partir dos anos 1980, outras modalidades mais sofisticadas foram aparecendo, sob novas formas de investimento e, mais recentemente, através de alianças estratégicas entre as matrizes de transnacionais de nacionalidades distintas[28].

---

outras entidades em países distintos de sua nação de origem. Já a filial estrangeira é considerada como a empresa na qual um investidor residente em outro país possui parcela do controle (de pelo menos 10%, no caso de empresas sob a forma de sociedade, ou o seu equivalente, para as empresas que não constituem sociedade personificada) que lhe permite manter um interesse durador na administração daquela empresa. Vale ressaltar que o relatório se refere genericamente às filiais estrangeiras, as quais abrangem as empresas subsidiárias, as empresas associadas e as sucursais. Para a definição de cada uma destas, vide UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*. New York; Geneva: United Nations Publication, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ wir2009_en.pdf>. Último acesso em: 17/11/2015. p. 243.

[25] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* p. 164. Dessa forma, as transnacionais adquirem a propriedade ou o controle de ativos localizados no exterior com o fito de participarem de sua gestão, em oposição ao investimento indireto ou de portfólio, no qual ativos são adquiridos visando apenas ao retorno financeiro (BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. *op. cit.* p. 157).

[26] ANDREFF, Wladimir. *La Déterritorialisation des Multi-Nationales: Firmes Globales et Firmes-Réseaux.* Cultures & Conflits. n.º 21-22 (printemps-été), 1996. p. 3. Disponível em: <http://conflits.revues.org/159>. Acesso em: 14/04/2016.

[27] KHATERCHI, Abir. *La Délocalisation des Entreprises et ses Effets sur l'Emploi dans les Pays Industrialisés: Cas de l'Industrie du Vêtement au Québec.* 137 f. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2009. p. 5/6. Disponível em: <http://www.archipel.uqam.ca/2486/1/M11135.pdf>. Acesso em 14/01/2016.

[28] ANDREFF, Wladimir. *op. cit.* p. 2. Cabe, aqui, ressaltar a grande dificuldade para a teorização das empresas transnacionais, sobretudo do ponto de vista da ciência econômica, o que é bastante intensificado a partir dos anos 1980, com o fenômeno da globalização e a reconfiguração das transnacionais. Nesse sentido, inúmeros desafios foram sendo impostos aos estudiosos, de modo que a teoria das empresas transnacionais foi sofrendo (e ainda sofre) constantes evoluções, a partir da necessidade de novos paradigmas e novos modelos aptos a explicarem a atuação daqueles entes. A título de exemplo, merece destaque o trabalho seminal de Stephen Hymer, além da teoria da internalização das multinacionais, o paradigma eclético (OLI) da produção internacional de John Dunning e a teoria macroeconômica do investimento estrangeiro direto. Embora a análise dessa matéria fuja ao objeto de estudo deste trabalho, sua menção é assaz relevante, visto que põe em relevo a dinamicidade constante e a complexidade da atuação empresarial transnacional. Para uma análise teórico-histórica de tais teorias, vide RIOUX, Michèle. *op. cit*. p. 48/68; RIOUX, Michèle. *Multinational Corporations in Transnational Networks: Theoretical and Regulatory Challenges in Historical Perspective.* Open Journal of Political Science, 4, 2014. p. 110/113; DUNNING, John; LUNDAN, Sarianna. *op. cit.*. p. 79/115; DUNNING, John. *Globalization and the Theory of*

Essas novas formas de investimento se referem, por exemplo, aos acordos de licença, de assistência técnica e de franquia, à subcontratação internacional, aos acordos de divisão da produção, à cooperação industrial, aos contratos de gestão ou de serviço e aos acordos de cofinanciamento. Por meio de tais técnicas, as transnacionais se ligam ao território hospedeiro por um longo período, imobilizando pouco ou nenhum capital, dissociando a técnica e a expertise do elemento financeiro e aportando uma alavancagem financeira para tais empresas, visto que, em geral, são os países receptores quem devem fornecer o essencial do capital. Cada vez mais, as novas formas de investimento vêm substituindo o FDI clássico. Logo, os laços entre as transnacionais e os territórios hospedeiros tornam-se mais fluidos, visto que aquelas passam a controlar as sociedades estrangeiras sem o aporte de capital, tornando-se seu fornecedor exclusivo de tecnologia ou seu cliente único[29].

Sob esse prisma, vão-se delineando os traços das chamadas empresas transnacionais em rede, as quais articulam filiais, novas formas de investimento e firmas absorvidas pelo seu crescimento externo, no seio do espaço internacional[30]. É que, após terem privilegiado as políticas de integração vertical e de controle hierárquico de recursos, as empresas passam a escolher desenvolver-se de modo mais flexível, estabelecendo uma força dinâmica relacional, organizacional e contratual entre as partes integrantes de um projeto produtivo comum. Há o desenvolvimento para além das fronteiras legais, buscando-se no exterior competências e *savoir-faire* que o interior não é mais apto a fornecer de maneira eficiente[31].

Nesse contexto, a transnacional passa a se organizar em forma de rede, através de unidades ou divisões empresariais, as quais são demasiado flexíveis, ágeis, modulares e articuladas em perspectiva reticular. A atuação das transnacionais supera o antigo agregado de atividades em nível de países, sob o modo de estruturas burocráticas e organizacionais rígidas e severamente hierarquizadas, para adotar um sistema de negócios desagregado, composto por muitos centros de operação, administrado como um processo interligado, controlado por informações compartilhadas e organizado horizontalmente por assunto, produto ou serviço[32].

Nesse sentido, afirma Fábio Konder Comparato:

> a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária no capital, mas adota antes uma rede de contratos estáveis. A grande novidade, sob o aspecto jurídico, é a de que esses grupos

MNE Activity. In DUNNING, John (org.). Theories and Paradigms of International Business Activity – The Selected Essays of John H. Dunning, Volume I. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2002. p. 381/407.

[29] ANDREFF, Wladimir. *op. cit.* p. 5.

[30] Idem. p. 6.

[31] PACHÉ, Gilles; PARAPONARIS, Claude. *L'Entreprise en Réseau: Approches Inter et Intra-Organisationnelles.* Paris: les éditions l'ADREG, 2006. p. 9; FARIA, José Eduardo. *op. cit*. p. 72.

[32] FARIA, José Eduardo. *op. cit*. p. 72/73.

> societários conservam, não obstante o abandono da técnica de participação societária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual (*Gleichordnungskonzern)*, como ocorre nos consórcios de empresas. Na rede grupal, a sociedade controladora, denominada *broker*, assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes de produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidoras em diferentes mercados nacionais[33].

Desse modo, as empresas transnacionais deixam de focar nos investimentos horizontais para adotar uma estratégia centrada na realização de investimento vertical e de subcontratação internacional, na qual o processo de produção ao redor do mundo é integrado e racionalizado, sendo o local de produção, de montagem e de comercialização dos produtos determinado pela estratégia global da transnacional[34].

As transnacionais adquirem, então, uma grande capacidade de adaptar-se às especificidades de cada mercado e uma fina sensibilidade em identificar novas tendências, de modo a poder atingir a mais alta produtividade ao menor custo possível. Além disso, tais entidades tornam-se competentes para exercer atividades distintas nos mais variados contextos sociais, econômicos, políticos e culturais, sendo aptas para atuar em diversas linhas de produção e negócios[35].

Cabe ressaltar que essas mudanças na forma pela qual se configura a internacionalização empresarial decorrem, em grande parte, da superação do modelo fordista, sistema baseado na produção em massa de bens padronizados, na estrita divisão do trabalho e no local de produção único. Tal sistema se tornou menos competitivo, sendo substituído pela produção enxuta e flexível, pela qual a empresa que deseja competir internacionalmente deve incorporar sofisticação tecnológica, o máximo de flexibilidade, produtos personalizados e extensas redes de fornecedores. Dessa forma, consoante acima visto, as empresas cada vez mais interagem em escala global, através de uma ampla rede de alianças empresariais externas, como, por exemplo, as *joint ventures*, as subcontratações, as licenças e os acordos interfirmas. As transnacionais, portanto, passam a estabelecer um intricado sistema de associações e redes de pesquisa, produção e comercialização[36].

Testemunha-se, assim, a partir dos anos 1990, a passagem de um capitalismo hierárquico, que opunha mercado e hierarquia e estava fundado na coordenação interna da

---

[33] COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. Revista dos Tribunais/Fascículo Civil, São Paulo, ano 85, v. 732, out. 1996. p. 40.
[34] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* p. 165/166.
[35] FARIA, José Eduardo. *op. cit*. p. 72.
[36] GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* p. 167/168.

firma, para um capitalismo de aliança. Cresce exponencialmente o número de transnacionais que está buscando estratégias de produção, de financiamento, de desenvolvimento de tecnologia e de comercialização que sejam integradas através das fronteiras[37]. Para alcançar seus objetivos econômicos e sociais no mercado nacional e internacional, os principais agentes econômicos passam a cooperar de forma mais explícita entre si, de sorte que as transnacionais têm recorrido a alianças estratégicas, a uma cooperação interfirmas e à externalização de suas atividades. Logo, diante do fenômeno das empresas em rede, não é mais possível considerar a transnacional como o espaço definido pelas fronteiras da firma, precisando ir além, para levar em conta, também, a grande diversidade de conexões horizontais e verticais que tecem as redes corporativas transnacionais[38].

A referida transformação no seio das transnacionais opera, outrossim, um processo de reconfiguração da concorrência enfrentada por tais entes. O poder das empresas deixa de se situar no mercado, o cerne da questão passando a ser sua capacidade relativa de controlar ou influenciar as decisões importantes e estruturantes das cadeias de valor e de seus componentes. Assim, para manter sua posição dominante e influência na economia mundial, as transnacionais precisam posicionar-se no cerne das redes econômicas transnacionais[39]. É evidente que essa mudança na concorrência alterará o modo pelo qual as práticas anticompetitivas são efetuadas, como será visto a seguir.

Sob esse prisma, se por um lado se afirme, como acima colocado, que a globalização e a liberalização dos mercados intensificam a concorrência, não se pode negar que elas alimentam, da mesma forma, a multiplicação de práticas anticoncorrenciais e a concentração de mercados. A visão, sobretudo neoliberal, associa intrinsicamente o livre mercado e a concorrência, ressaltando os efeitos pró-concorrenciais das transnacionais e do investimento estrangeiro direto. Aduz-se, nesse sentido, que um dos maiores benefícios da globalização seria a intensificação da concorrência, tendo em vista a maximização da eficiência, o que acarretaria inovação tecnológica e redução dos preços para os consumidores[40]. Fica evidente, nessa abordagem, a concepção neoclássica do Direito da Concorrência, desenvolvida pela Escola de Chicago, que vê na eficiência o valor superior a ser perseguido pelo antitruste[41].

---

[37] DUNNING, John. *Alliance Capitalism and Global Business.* London; New York: Routledge, 1997. p. 13/14.
[38] RIOUX, Michèle. *Théories des Firmes Multinationales et des Réseaux Économiques Transnationaux.* p. 62/63.
[39] Idem. p. 64, 75.
[40] DAS, Dilip. *The Economic Dimensions of Globalization.* p. 80/81; GILPIN, Robert. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century*. p. 20.
[41] Para uma análise das concepções e objetivos do sistema antitruste, nomeadamente em relação ao debate entre as concepções neoclássica e estruturalista (Escola de Harvard), bem como as críticas elaboradas pela Escola Ordoliberal (de Freiburg), vide SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial.* São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39/45; FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161/194;

Por outro lado, muitos aduzem que, ao revés, um dos maiores efeitos da globalização é a emergência e a consolidação de oligopólios mundiais, o que produz inúmeras consequências negativas, sobretudo para os trabalhadores e consumidores[42]. Afirma-se, dessa forma, que, quanto mais se liberaliza e se desregulamenta, mais se incrementa a formação de oligopólios poderosos e comportamentos estratégicos desleais[43], visto que as transnacionais não se baseiam em outros valores que os derivados da lógica dos oligopólios e dos cartéis[44].

Assim, embora as empresas sejam concorrentes, e portanto rivais, elas tendem igualmente à colusão e à cooperação, de sorte a evitar, contornar ou impedir a concorrência. A integração corporativa se apresenta, então, como um processo de concentração/monopolização do poder econômico no seio das grandes empresas, sendo a concorrência substituída pela competitividade[45].

É nesse sentido que se introduz o conceito de coopetição, neologismo originado da combinação das palavras cooperação e competição. Ora, na atualidade, as empresas precisam adotar estratégias agressivas, tendo em vista o ambiente hipercompetitivo em que estão inseridas, mas devem também cooperar em outros assuntos. Logo, os agentes econômicos encontram-se, hoje, em coopetição, convivendo com comportamentos concomitantemente competitivos e cooperativos[46].

Este trabalho não tem a pretensão de analisar de forma mais profunda as repercussões da globalização econômica na concorrência (nacional e internacional), de sorte que as diferentes

---

RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence.* Études Internationales, vol. 33, n.º 1, 2002. p. 111/115; RIOUX, Michèle. *Dimension Internationale de la Politique de la Concurrence du Canada: de la Concurrence à la Compétitivité (le Cas des Télécommunications).* 571 f. Tese de Doutorado em Ciências Políticas - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2000. p. 9/91. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/these-rioux-2000.pdf >. Acesso em 26/04/2016; SOUTY, François. *Les Défis de la Mondialisation pour les Pays Développés en Matière de Concurrence.* Revue Économique et Sociale, Vol 64, nº 1, mars 2006. p. 28/33.

[42] DEBLOCK, Christian. *Du Plein Emploi à la Compétitivité.* In CRÉPEAU, François (dir.). *Mondialisation des Échanges et Fonctions de l'État.* Bruxelles: Bruylant, 1997. p. 104/106; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 52/55.

[43] RIOUX, Michèle. *Culture de Concurrence: les Limites de l'Antitrust International face à la Concurrence Globalisée.* In Hugon, Philippe; MICHALET, Charles-Albert (dir.). *Les Nouvelles Régulations de l'Économie Mondiale.* Paris: Éditions Karthala, 2005. p. 181/182.

[44] FURTADO, Celso. *A Crise da Economia Capitalista.* Revista de Economia Política, vol. 3, n.º 2, abril-junho, 1983. p. 12.

[45] RIOUX, Michèle. *Théories des Firmes Multinationales et des Réseaux Économiques Transnationaux.* p. 55; RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence.* p. 117/119; SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal.* Rio de Janeiro: BestBolso, 2011. p. 34/36.

[46] Por fugir do objeto deste trabalho, remete-se, para uma análise mais detida de tal conceito, a DAGNINO, Giovanni Battista; LE ROY, Frédéric; YAMI, Saïd. *La Dynamique des stratégies de coopétition.* Revue Française de Gestion, Vol. 33, nº 176, 2007. p. 87/98; BENGTSSON, Maria; KOCK, Sören. *"Coopetition" in Business Networks – to Cooperate and Compete Simultaneously.* Industrial Marketing Management, Vol. 29, Issue 5, September 2000. p. 411/426.

visões acima apresentadas servem apenas para contextualizar a problemática que será abordada. No fundo, entretanto, não parece haver propriamente uma contradição entre os argumentos, mas, em realidade, a apreciação de diferentes facetas de um mesmo fenômeno.

Ora, não se pode negar que, com a liberalização dos mercados, a concorrência, antes nacional, torna-se internacional, abrindo-se as fronteiras para as empresas que antes estavam adstritas aos limites de um Estado. Nesse sentido, há, ao menos em teoria, um incremento da concorrência.

Todavia, é igualmente inegável que esse novo ambiente eleva a competitividade a um nível muito mais complexo, sobretudo para as pequenas e médias empresas[47]. Dessa forma, e em grande parte devido à própria intensificação da concorrência, há o fortalecimento de oligopólios e do poder econômico das grandes transnacionais. Em realidade, como visto, no atual contexto das empresas em rede, a cooperação entre os grandes agentes econômicos intensifica-se (daí a mencionada emergência do conceito de coopetição) com o fito de se dominar o mercado, que agora é mundial, o que muitas vezes se traduz em atos violadores da concorrência.

Independentemente, porém, de haver, de fato, mais ou menos concorrência[48], é incontestável que a forma pela qual esta passa a ser violada altera-se de modo substancial com o advento da globalização e das empresas transnacionais. É bem verdade que as práticas limitadas ao âmbito nacional ainda subsistem. Todavia, à medida em que há uma internacionalização das atividades econômicas, dos mercados e da concorrência, há, outrossim, uma transnacionalização das práticas anticompetitivas. Assim, é cada vez maior o risco de

---

[47] CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED). *Liens entre la Concurrence, la Compétitivité et le Développement.* Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence. TD/B/COM.2/CLP/30. Quatrième session, Genève, 3-5 juillet 2002. p. 4/5. Cabe ressaltar que, nessa nova realidade, a dinâmica entre os Estados é também alterada. A competitividade se torna um dos objetivos principais do Direito da Concorrência, de modo que os governos procuram influenciar a capacidade das empresas nacionais de lidarem com a concorrência internacional e valorizarem seus territórios como localização potencial para os investimentos estrangeiros. Para tal, os Estados buscam adotar uma abordagem mais flexível em matéria de concorrência interna, favorecendo o desenvolvimento de indústrias competitivas num mercado cada vez mais global. Há, pois, uma intensificação da concorrência entre os próprios Estados, cada um tentando se tornar mais competitivo que os demais. Para uma discussão mais profunda sobre essas questões, vide RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence.* p. 118/119, 129/131; RIOUX, Michèle. *Théories des Firmes Multinationales et des Réseaux Économiques Transnationaux.* p. 61/67; HUMBERT, Marc. *Strategic Industrial Policies in a Global Industrial System.* Review of International Political Economy, Vol. I, No. 3, Autumn, 1994. p. 451/452, 458/459.

[48] Embora essa questão seja assaz relevante, bem como a discussão daí decorrente sobre se o advento da globalização e das empresas transnacionais acarreta uma intensificação das práticas anticompetitivas, não será possível tratar de tais temáticas neste trabalho. Contudo, diante da ausência de estudos mais aprofundados sobre a matéria, bem como de sua complexidade, um estudo apartado se mostra, sem dúvidas, necessário.

comportamentos anticoncorrenciais praticados numa jurisdição terem repercussões sobre a livre concorrência de um ou vários países terceiros[49].

Sob esse prisma, utilizando-se da tradicional classificação dos atos anticompetitivos feita pelo Direito da Concorrência[50], constata-se uma emergência de concentrações transnacionais, de abusos de posição dominante sobre o mercado global e de cartéis internacionais, tais práticas ocorrendo nos mais diversos campos, como, por exemplo, o transporte naval e aéreo, produtos de *software*, medicamentos e telecomunicações[51]. Nesse sentido, inúmeros casos já célebres podem ser destacados, como as concentrações entre *Boeing* e *McDonell Douglas* e entre *General Electric* e *Honeywell*, os casos de abuso de posição dominante por parte da *Intel* e da *Microsoft*, além dos cartéis de vitaminas e de lisinas.

Fica, pois, evidente que a liberalização dos mercados não é um substituto do Direito da Concorrência. Ao revés, o antitruste[52] adquire maior relevância no contexto da globalização, visto que, mais do que nunca, levanta-se o problema do controle de práticas anticoncorrenciais, as quais transcendem progressivamente as fronteiras nacionais[53]. Essa é, inclusive, uma das principais razões que explicam a multiplicação de sistemas antitruste[54], sobretudo a partir dos anos 1990[55].

---

[49] DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 14; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 29, 147/152; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3/4; ABDELGAWAD, Walid. *Jalons de l'Internationalisation du Droit de la Concurrence: vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la lex economica*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XV, 2, 2001. p. 165/166.

[50] Refere-se à classificação realizada de acordo com as principais manifestações das práticas anticoncorrenciais: (i) acordos – horizontais ou verticais; (ii) abusos de posição dominante e (iii) concentrações (FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 130).

[51] DABBAH, Maher. *op. cit.* p. 14; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales.* Paris: l'Harmattan, 2013. p. 26/27.

[52] Em que pese a existência de algumas discussões relativas à nomenclatura, os termos Direito da Concorrência e Direito Antitruste serão usados, ao longo deste trabalho, como sinônimos.

[53] RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence.* p. 122 ; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Competition Law and Multinational Enterprises (MNEs) as Non-State Actors in the Process.* Non-State Actors and International Law, Vol. 3, No. 2, 2003. p. 205/206; CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 239.

[54] DJELIC, Marie-Laure. *From Local Legislation to Global Structuring Frame: the Story of Antitrust.* Global Social Policy, Vol. 5, No 1, April 2005. p. 62. A autora cita, como outras razões, o sucesso do processo de integração europeia, bem como o fim da Guerra Fria (DJELIC, Marie-Laure. *op. cit.* p. 61/62). Vide também GERBER, David. *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 85/89; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 1/2, 13; HEINEMANN, Andreas. *La Nécessité d'un Droit Mondial de la Concurrence.* Revue Internationale de Droit Économique, t. XVIII, 3, 2004. p. 296/297; BASEDOW, Jürgen. *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*. Louisiana Law Review, Vol. 60, No. 4, Summer 2000. p. 1037/1038.

[55] Segundo dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no fim dos anos 1970, apenas nove países eram dotados de um Direito da Concorrência (e apenas seis haviam criado uma autoridade antitruste). Já em 1990, 23 países possuíam um direito da concorrência, e 16, uma autoridade antitruste. Em outubro de 2013, 127 países possuíam legislações antitruste, com 120 tendo estabelecido uma autoridade da concorrência (ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE).

2.2 OS CARTÉIS INTERNACIONAIS

Dentre as várias condutas anticompetitivas, este trabalho se concentrará nos cartéis, especificamente os internacionais[56]. Tal escolha se justifica por algumas razões, a seguir elencadas. De início, os cartéis são considerados os ilícitos mais severos do Direito da Concorrência[57], o mal supremo do antitruste[58].

Ademais, é a matéria de defesa da concorrência em que há maior convergência internacional, já que, devido a seus efeitos nefastos, os cartéis são hoje ilegais em quase todo o mundo, sendo a adoção universal e voluntária de legislações nacionais anticartéis um raro exemplo de harmonização mundial de políticas jurídico-econômicas[59]. Todavia, ainda assim, há uma grande diversidade na forma pela qual os diferentes países tratam a proibição das referidas práticas. Não há consenso, por exemplo, quanto ao remédio mais eficaz para o combate a tais acordos, havendo jurisdições que os consideram crime ou apenas infração administrativa[60]. Além disso, alguns direitos nacionais impõem uma condenação automática ou *per se*, outros exigem a análise do contexto econômico e das condições em que os acordos se desenvolvem para a definição de existência do ilícito, aplicando a regra da razão (*rule of reason*), enquanto vários outros adotam ambos os critérios, em conformidade com a gravidade da conduta[61].

Coopération Internationale dans la Mise en Œuvre du Droit de la Concurrence. Réunion du Conseil au niveau des Ministres. Paris, 6 e 7 de maio de 2014. Disponível em <https://www.oecd.org/fr/rcm/C-MIN(2014)17-FRE.pdf>. Acesso em: 12/07/2016. p. 26/27).

[56] São, portanto, excluídos de seu objeto os demais acordos restritivos da concorrência, as concentrações, os abusos de posição dominante, bem como os auxílios estatais.

[57] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels* (adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV]). C(98)35/FINAL. Paris, 14 de maio de 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em: 12/07/2016.

[58] Caso *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

[59] CONNOR, John M. *Private International Cartels: A Concise Introduction.* Purdue University Working Paper, American Antitrust Institute (AAI). November 12, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2523883>. Acesso em: 12/07/2016.

[60] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Legal Framework. *Cartel Settlements.* Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008. Disponível em: < http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>. Acesso em: 31/07/2016. p. 3/5. Ademais, inexiste homogeneidade na forma de tratamento dos cartéis mesmo nos países que os consideram crime. Nesse sentido, vide EZRACHI, Ariel; KINDL, Jiří. *Cartels as Criminal? The Long Road from Unilateral Enforcement to International Consensus.* In BEATON-WELLS, Caron; EZRACHI, Ariel (org.). Criminalising Cartels - Critical Studies of an International Regulatory Movement. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011. p. 421/424.

[61] LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*. Iowa Law Review, Vol. 93, No 4, May 2008. p. 1213/1215.

Por fim, nos últimos anos, constata-se uma intensificação na luta contra cartéis por parte de inúmeras autoridades antitruste[62]. No Brasil, especificamente, a partir dos anos 2000, o combate a cartéis se tornou uma prioridade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essa mudança foi acentuada com a entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011, a qual, reestruturando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o sistema de controle de concentrações, liberou mais recursos e pessoal para a política de combate a cartéis, a qual tem sido aperfeiçoada e ganhado mais eficiência[63]. O estudo dos cartéis, portanto, tem grande relevância não apenas no âmbito internacional, como também no plano interno.

Nesse contexto, serão feitos, de início, alguns breves comentários sobre os cartéis em geral, para, em seguida, adentrar propriamente no estudo dos cartéis internacionais, analisando, dentre outros elementos, o conceito, a classificação e as características mais relevantes desses acordos.

2.2.1 Considerações gerais sobre os cartéis

As condutas colusivas ou acordos restritivos da concorrência são classificados em verticais ou horizontais, de acordo com os mercados relevantes em que os agentes econômicos atuam. Os acordos horizontais são aqueles concluídos entre empresas que operam no mesmo mercado relevante, isto é, agentes que são concorrentes diretos. Por sua vez, os acordos verticais são os celebrados por agentes cujas atividades são desenvolvidas em mercados relevantes distintos, embora muitas vezes complementares, ou seja, empresas que se encontram em estágios diferentes do processo econômico (produtor, distribuidor, fornecedor)[64].

Em geral, considera-se que os acordos horizontais acarretam mais riscos para concorrência que os acordos verticais, tendo em vista que são práticas entre agentes que devem concorrer no mercado e não cooperar entre si. Há, assim, uma grande desconfiança com as

---

[62] ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições*. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). Temas atuais de direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012. p. 225.

[63] CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 Anos.* Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. p. 89/104, 139, 164/165, 169/178; MENDES, Francisco Schertel. *Marco Legal da Política Brasileira de Combate a Cartéis: Possibilidades de Aprimoramento*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2014 (Texto para Discussão nº 153). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-153-marco-legal-da-politica-brasileira-de-combate-a-carteis-possibilidades-de-aprimoramento>. Acesso em 13/07/2016. p. 5/9.

[64] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 336; DIAWARA, Karounga. *Droit de la concurrence : Aspects théoriques et appliqués.* Montréal : Éditions Yvon Blais, 2015. p. 201; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 561.

restrições da concorrência *interbrand* (entre marcas), aquela existente entre os diferentes fabricantes de um mesmo produto[65].

Sob esse prisma, o cartel constitui um acordo horizontal (firmado entre concorrentes, atuais ou potenciais), expresso ou tácito, cujo fito é a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais, isto é, preço, quantidade, qualidade e mercado. Seu pressuposto reside no fato de que a concorrência prejudica os agentes econômicos, posto que os leva a buscarem constantemente a melhoria dos produtos e a diminuição dos preços, reduzindo seus lucros. Dessa forma, o cartel visa a arrefecer ou neutralizar a competição entre as empresas, com o objetivo de maximização conjunta de lucro (é possível que os cartelistas atinjam lucros semelhantes aos da empresa monopolista, a chamada solução de monopólio). O cartel é, portanto, uma expressão de poder, já que representa uma limitação da liberdade de atuação dos agentes econômicos, com consequente redução do bem-estar social dos consumidores[66].

É nesse sentido que se encontra a definição apresentada pelo CADE:

> Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível[67].

Também vêm corroborar o conceito apresentado as definições dadas, respectivamente, pela Comissão Europeia, autoridade da concorrência da União Europeia, e pelo *Competition Bureau/Bureau de la concurrence*, autoridade antitruste canadense:

> Um cartel é um grupo de empresas independentes e similares, que se unem para fixar preços, limitar a produção ou repartir mercados ou clientes entre elas. Ao invés de competirem entre si, os membros do cartel confiam na estratégia de ação concertada com os demais, o que reduz seus incentivos para fornecer novos ou melhores produtos e serviços a preços competitivos. Como consequência, seus clientes (consumidores ou outras empresas) acabam pagando mais por menos qualidade (tradução nossa)[68].

---

[65] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53; DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 201.

[66] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 341; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 563; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 54/55; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma Abordagem dos Mecanismos Extraterritoriais de Persecução.* São Paulo: LTr, 2007. p. 58/59; VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia.* São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99.

[67] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Cartilha do CADE.* Atualização: maio de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 15/07/2016. p. 14.

[68] No original: "A cartel is a group of similar, independent companies which join together to fix prices, to limit production or to share markets or customers between them. Instead of competing with each other, cartel members rely on each others' agreed course of action, which reduces their incentives to provide new or better products and services at competitive prices. As a consequence, their clients (consumers or other businesses) end up paying more for less quality" (EUROPEAN COMMISSION. *Cartels: Overview.* Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html>. Acesso em: 15/07/2016).

> Um cartel é um grupo de empresas independentes, organizado ou não, cujo objetivo concertado é diminuir ou impedir a concorrência entre seus participantes. Geralmente, os membros de um cartel concluem um acordo ou convênio para participar de uma ou mais atividades anticoncorrenciais, tais quais a fixação de preços, a repartição de mercados ou de clientes, a limitação da produção ou do fornecimento ou a fraude de licitações (tradução nossa)[69].

Nesse contexto, é necessária a existência de, ao menos, duas empresas independentes para a caracterização da colusão. É que, apesar de se tratar de um acordo entre agentes que passam a adotar decisões ou políticas comuns, as empresas envolvidas não perdem sua autonomia ou sua individualidade. Ao revés, o comportamento anticompetitivo de uma mesma empresa ou de agentes economicamente dependentes não é passível de configurar um cartel, embora possa caracterizar um ato anticoncorrencial unilateral, como o abuso de posição dominante[70].

Além disso, é preciso que as partes do conluio estejam em situação de concorrência, de sorte que a delimitação do mercado relevante[71] dos agentes é fundamental para a caracterização do cartel. Nesse sentido, são considerados concorrentes os agentes que ofertam seus produtos ou serviços no mesmo mercado relevante (geográfico e material). Isso inclui não apenas os concorrentes reais (os agentes que estão efetivamente atuando no mesmo mercado relevante), mas também os concorrentes potenciais (tanto as empresas que atuam num mercado conexo ou vizinho e que são capazes de readaptar suas instalações para produzir no mercado relevante, como as novas empresas que podem nele ingressar)[72].

Ademais, o cartel pode ocorrer por um acordo expresso ou tácito. O acordo expresso tem como característica principal e mais deletéria a sua relativa estabilidade, que permite a unificação ou a previsão da política empresarial dos concorrentes. Deve haver, nesse caso, o propósito de dar durabilidade e extensão suficiente ao vínculo, de modo que é fundamental,

---

[69] No original: "Un cartel est un groupe d'entreprises indépendantes organisé ou non qui a comme but concerté de diminuer ou d'empêcher la concurrence entre ses participants. Généralement, les membres d'un cartel concluent un accord ou arrangement pour prendre part à une ou plusieurs activités anticoncurrentielles, telles que la fixation des prix, l'attribution des marchés ou des clients, la limitation de la production ou de l'approvisionnement ou le truquage des offres" (BUREAU DE LA CONCURRENCE. *Enquêtes sur les cartels.* Disponível em: <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_02760.html>. Acesso em: 15/07/2016.).

[70] NUSDEO, Fábio. *op. cit.* p. 279; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência.* Coimbra: Almedina, 2010. p. 655/658.

[71] O mercado relevante é aquele no qual se estabelecem as relações de concorrência ou em que atua o agente econômico cujo comportamento é analisado. Ele possui dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material ou do produto. O primeiro diz respeito ao espaço físico onde se travam as relações de concorrência relacionadas à prática que está sendo considerada como restritiva. Já o segundo se refere ao mercado no qual o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece (FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 214/229).

[72] DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 207.

para sua caracterização, a existência da convergência expressa, verbal ou escrita, de vontades, sendo menos relevante a forma pela qual essas vontades são exprimidas[73].

A seu turno, a questão é muito mais complexa no que se refere ao acordo tácito. É já longa na doutrina e jurisprudência jusconcorrencial a discussão referente à possibilidade e às hipóteses em que seria razoável presumir, de fatos encadeados, a existência de um acordo[74]. A questão central, nesse ponto, é a distinção, nem sempre simples, entre o mero paralelismo consciente e a conduta colusiva.

O paralelismo de comportamento se verifica quando dois ou mais agentes concorrentes adotam condutas similares e simultâneas. Essa situação ocorre especialmente em mercados oligopolizados e em que há elevadas barreiras à entrada de novos *players*, nos quais a interdependência do comportamento das empresas é marca característica, sendo natural que os agentes levem em conta a reação dos concorrentes ao decidir sobre os próprios comportamentos. A generalidade dos direitos nacionais não considera possível a condenação de agentes econômicos pela semelhança das estratégias, se eles agiram de forma racional, em resposta a estímulos do mercado. O racionalismo econômico não tem nada de ilegal, ou seja, o conhecimento do que fazem os outros agentes ou o comportamento paralelo independente, fundado em uma percepção de como vão agir os concorrentes, não configura uma infração[75].

Contudo, se o paralelismo consciente não basta para a configuração do cartel, pode ele representar um sério indício da existência de conluio. Para a condenação, todavia, faz-se necessário um elemento adicional, um fator *plus*, que aponte que o comportamento dos agentes econômicos não foi espontâneo. Como a obtenção da prova desse elemento adicional é bastante difícil, as cortes firmaram o entendimento de que o fator *plus* não precisa ser uma evidência direta, de sorte que a existência do acordo pode ser deduzida das circunstâncias do caso. Nesse sentido, costumam-se elencar como *plus factors* a existência de ações contrárias aos interesses particulares de cada agente, salvo se exercidas como parte de um plano coletivo; fenômenos que só podem ser explicados racionalmente como o resultado de uma ação concertada; correspondências, encontros ou outras comunicações entre os agentes (sobretudo se tiverem relação temporal com a prática analisada); dados sobre a performance industrial, tais como lucros extraordinários, que sugiram uma coordenação; a inexistência de uma racionalidade

---

[73] SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 564/565.
[74] Idem. Ibidem. p. 570.
[75] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 349/351; BRODER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a Practice Introduction.* New York: Oxford University Press, 2010. p. 38; DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 204/205; SANTOS, Karla Margarida Martins. *op. cit*. p. 78. Há, entretanto, vozes dissidentes, as quais advogam em favor da repressão do paralelo consciente. Vide, nesse sentido, DIBADJ, Reza. *Conscious Parallelism Revisited*. San Diego Law Review, Vol. 47, August 2010. p. 589/640.

plausível e legítima no comportamento dos agentes ou a apresentação de justificativas artificiosas para as condutas. É possível, portanto, através de prova indireta ou circunstancial, comprovar que o comportamento semelhante não se trata de mero paralelismo consciente, mas de uma colusão tácita (o que alguns denominam de paralelismo consciente *plus*)[76].

Outra questão relevante para a definição do cartel é a que tange à distinção entre a ilicitude *per se* e a utilização da regra da razão. Para compreendê-la, é preciso fazer um breve retrospecto da história do antitruste. Apesar de a primeira lei da concorrência ter surgido no Canadá, em 1889, os Estados Unidos são considerados os pais do antitruste, com a promulgação do *Sherman Act*, em 1890. Esta lei foi criada para corrigir distorções derivadas da excessiva concentração do capital que marcava a economia norte-americana, tornando ilegais todo contrato, combinações na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras. Em princípio, a previsão genérica e larga prevista no texto legal permitiria declarar ilícita grande parte dos contratos comerciais, ainda que os prejuízos suportados pelo mercado fossem superados pelas vantagens trazidas à economia nacional em seu todo ou aos consumidores. Os anos seguintes à promulgação do *Sherman Act* foram marcados por uma aplicação literal e desvinculada da realidade política. Todavia, com o tempo, a jurisprudência norte-americana passou a desenvolver o entendimento de que são consideradas ilegais apenas as práticas que restrinjam a concorrência de modo não razoável ou não justificável. Dessa forma, estabeleceu-se, salvaguardadas certas exceções, a regra da razão (*rule of reason*), afastando a aplicação irrestrita de uma ilicitude preestabelecida, de sorte a se realizar um balanço prévio dos benefícios e custos dos comportamentos, analisando-os em conformidade com o fim público contido na lei e a promoção do bem-estar social[77].

Portanto, a ilicitude *per se* ou automática considera que determinadas condutas são, por si só, lesivas à concorrência, dispensando-se a análise das condições em que ocorrem e a

---

[76] KOVACIC, William; MARSHALL, Robert; MARX, Leslie; WHITE, Halbert. *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. Michigan Law Review, Vol. 110, Iss. 3, 2011. p. 405/406; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 350/354; BRODER, Douglas. *op. cit.* p. 38/40; SANTOS, Karla Margarida Martins. *op. cit*. p. 78/81. Sobre a matéria, vide, também, o interessante documento produzido pela OCDE: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. DAF/COMP/GF(2006)7, 11 September 2006. Paris: OECD, 2006. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>. Acesso em: 02/08/2016.

[77] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 198/201; SANTOS, Karla Margarida Martins. *op. cit*. p. 88/92; SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 210/211; GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito per se nos Estados Unidos e na União Europeia*. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010. p. 407/411; KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 14, No. 1, Winter 2000. p. 44/49.

comprovação de danos causados à sociedade (não há a possibilidade de as partes justificarem seu comportamento). Já a regra da razão exige uma análise prévia da prática, que só será ilícita se restringir a concorrência de forma não razoável[78].

Sob esse prisma, os sistemas jurídicos nacionais adotam um ou outro sistema, ou ainda ambos. No que toca aos cartéis, os Estados Unidos, apesar de, como visto, terem adotado a *rule of reason*, não eliminaram, por completo, a *per se condemnation*. Desse modo, há acordos que são reputados tão intrinsicamente anticompetitivos que são irrazoáveis, e portanto ilegais, independente de qualquer justificativa. É o caso, por exemplo, dos cartéis de fixação de preços e de divisão de clientes ou mercados. Já os acordos que não sejam definidos como automaticamente ilegais devem ser julgados em conformidade com a regra da razão[79].

O mesmo ocorre no Canadá, em que uma reforma legislativa de 2009 alterou a lei antitruste e instituiu a proibição *per se* dos cartéis tidos como os mais danosos à concorrência: os de fixação de preço, os de repartição ou divisão de mercados e os de redução ou limitação da produção. As outras condutas devem ser apreciadas de acordo com a regra da razão, apenas sendo ilícitas se impedirem ou diminuírem sensivelmente a concorrência num mercado ou se tal efeito for provável[80].

Já na União Europeia, a questão é mais confusa. O art. 101, 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe todos os acordos que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Dessa forma, aduz-se ter sido adotada a ilicitude pelo objeto, parecendo haver a previsão da proibição *per se*. Entretanto, o art. 101, 3 do referido instrumento prevê a possibilidade de isenção das práticas restritivas caso elas acarretem a melhoria da produção ou distribuição de bens ou o progresso técnico ou econômico. Em decorrência desse último dispositivo, há quem defenda que o sistema antitruste europeu teria adotado a regra da razão. Outros, porém, afirmam haver uma distinção entre a *rule of reason* e

---

[78] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 198/201; GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *op. cit.* p. 407, 411; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013. p. 55/56.

[79] Para uma análise mais profunda sobre o sistema antitruste norte-americano, especificamente em relação à utilização da ilicitude *per se* e da regra da razão para a repressão de cartéis, vide BRODER, Douglas. *op. cit.* p. 45/59.

[80] DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 206/231; VALLIÈRES, Éric. *La Réforme du Droit des Cartels – Deux Ans Plus Tard*. La Collection Blais, v. 13 - Rendez-vous 2012 en droit des sociétés. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2012. p. 41/56; CAMPBELL, Neil; HALLADAY, Casey. *A New Era for Canadian Cartel Enforcement.* The 2011 Lexpert/American Lawyer Guide to the Leading 500 Lawyers in Canada. Disponível em: <http://www.mcmillan.ca/Files/116287_A_New_Era_for_Canadian_Cartel_Enforcement.pdf>. Acesso em: 22/07/2016.

as isenções[81]. Independentemente da classificação atribuída, o fato é que, ainda que a conduta seja qualificada pelo objeto, será possível haver discussões relativas a eventuais justificativas do acordo, fazendo-se necessário analisar se a conduta produziu efeitos anticompetitivos no mercado da UE.

Enfim, no Brasil, tal qual na União Europeia, o ilícito antitruste também é caracterizado pelo objeto ou efeito da conduta. Dessa forma, para constituir infração à ordem econômica, a prática deverá ensejar a incidência do art. 36, *caput* da Lei n.º 12.529/2011 (a Lei de Defesa da Concorrência brasileira), ou seja, ela deverá ter por objeto ou produzir um dos seguintes efeitos, ainda que potenciais: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. O art. 36, §3º estabelece um rol apenas exemplificativo de condutas que podem configurar ilícitos, caso impliquem a incidência simultânea do *caput* e de seus incisos[82]. No contexto deste trabalho, merece particular atenção o art. 36, §3º, I e II, que trazem previsões da prática de cartel:

> Art. 36 (...)
> § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
> I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
> a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
> b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
> c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
> d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
> II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Todavia, qualquer outra hipótese de cartel que não seja expressamente prevista nos dispositivos acima transcritos será considerada ilícita, desde que, como afirmado, tenha seu

---

[81] Não sendo o objetivo deste trabalho adentrar na aludida discussão, remete-se para tal, a GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *op. cit.* p. 662/672; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 205/210; SAHIN, Selen Yersu. *Reviving An Old Debate: The Rule Of Reason Under Article 101*. 2013. 55 f. Dissertação de Mestrado em Direito da Concorrência - King's College London, Londres, 2013. Disponível em: <http://www.jeanmonnet.org.tr/Portals/0/scholars_database_thesis/selen_yersu_sahin_tez.pdf>. Acesso em: 05/01/2016.

[82] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 130/143, 340/341; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste.* São Paulo: Saraiva, 2016. p. 169, 212/213. Cabe ressaltar que, no Brasil, a prática de cartel configura tanto uma infração administrativa, prevista no comentado art. 36 da Lei n.º 12.529/2011, como crime contra a ordem econômica, tipificado pelo art. 4º da Lei n.º 8.137/1990. Ademais, é também possível a responsabilização civil dos infratores pelos danos decorrentes do conluio.

objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, *caput*[83]. Por outro lado, a jurisprudência do CADE vem-se manifestado pela ilicitude *per se* dos cartéis *hard core*, presumindo-se a potencialidade lesiva de tais condutas. Nesses casos, a violação se daria pelo próprio objeto, de modo que, estabelecidas as condições de existência de um cartel clássico, não haveria que se provar seus efeitos, posto que não se pode alegar a ausência de prejuízos à concorrência[84-85].

Tal posicionamento, entretanto, é criticado pela doutrina[86]. Paula Forgioni, por exemplo, afirma que, no Brasil, não há infração *per se*, as condutas previstas no art. 36, § 3º da Lei n.º 12.529/2011, para serem declaradas ilícitas, necessitando da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos. Assim, seria possível haver acordos entre concorrentes que não acarretassem a incidência dos referidos dispositivos, não configurando uma prática anticoncorrencial e sendo, pois, lícitos[87].

Ora, muitas vezes a cooperação entre agentes econômicos concorrentes objetiva o aumento da eficiência da produção, a diminuição de riscos, a melhoria da qualidade dos produtos e a realização de pesquisa e desenvolvimento, contribuindo, muitas vezes, para a criação de ambiente concorrencial[88]. Entretanto, frequentemente, a distinção entre os acordos lícitos (pró-concorrenciais) e ilícitos (cartéis) não é fácil, buscando a doutrina[89] e as autoridades antitruste[90] estabelecer critérios que auxiliem nesta tarefa.

---

[83] GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 169/170.

[84] Vide, por exemplo, o voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado no julgamento do cartel da pedra britada (PA 08012.002127/2002-14) e o voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan nos autos do cartel de gases industriais e hospitalares (PA 08012.009888/2003-70).

[85] Todavia, no que se refere aos cartéis internacionais, o CADE busca sempre demonstrar a potencialidade de efeitos em território nacional, tendo em vista que a existência daquela é requisito fundamental para a justificação da competência das autoridades brasileiras. Tal questão será melhor discutida na segunda parte deste trabalho.

[86] Por exemplo, MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. p. 57/60 e GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 169.

[87] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 134/135.

[88] ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a Experiência Brasileira e Reflexões para seu Aperfeiçoamento.* 2013. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13022014-160855/pt-br.php>. Acesso em: 24/07/2016. p. 64/65; TAUFICK, Roberto Domingos. *Cartel, Ilegalidade per se e Ônus da Prova: Breves Considerações.* Revista de Economia, UFPR, v. 33, n. 1 (ano 31), jan./jun. 2007. p. 153; KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. *op. cit.* p. 44.

[89] Por exemplo, OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 53/54 e SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 586/591.

[90] É o caso do *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, nos Estados Unidos (FEDERAL TRADE COMMISSION/U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.* Washington, 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/300481/000407ftcdojguidelines.pdf>. Acesso em: 24/07/2016). No Brasil, o CADE, com fundamento no art. 9º, XIV da Lei n.º 12.529/2011, pode elaborar textos de orientação sobre os limites da licitude das práticas e os critérios empregados para a abertura de processos administrativos. Ademais, as empresas também podem realizar consultas ao Tribunal do CADE sobre condutas em andamento, em conformidade com o art. 9º, §4º da referida lei (FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 211). Contudo, de acordo com o atual posicionamento da autarquia de considerar os cartéis como ilícitos *per se*, tais procedimentos não apresentam relevância em relação aos comportamentos em análise.

Por outro lado, há algumas práticas as quais, ainda que restritivas, trazem benefícios ao sistema, visto que, por vezes, a ausência ou o arrefecimento da concorrência é fundamental para o funcionamento de determinado setor. Dessa forma, é possível, em prol do interesse público, estabelecer exceções às legislações antitruste, instituindo-se isenções legais a certos setores da economia ou a determinados atos ou atividades. São, portanto, justificativas às práticas anticoncorrenciais (ilícitas), que passam a ser legitimadas pelo sistema. Entretanto, além de serem muitas vezes questionadas no âmbito interno, as referidas justificativas não são objeto de consenso internacional, havendo uma variação nas condutas que são isentas de acordo com o Direito da Concorrência analisado[91].

O exemplo mais notório de isenção é o caso dos cartéis de exportação, que são acordos entre concorrentes, geralmente de um mesmo país, com o fito de coordenar suas atividades exportadoras, consubstanciando comportamento anticoncorrencial no mercado externo, em detrimento dos consumidores e produtores de outros países. Grande parte dos direitos antitruste isenta, de alguma forma, essa modalidade de cartel, para auxiliar os agentes nacionais a enfrentar a concorrência internacional e incentivar suas exportações[92].

Sob esse prisma, a caracterização de determinado comportamento como cartel e a possível concessão de isenção a acordos anticompetitivos entre concorrentes vai variar consoante o ordenamento jurídico. Dessa forma, quando uma mesma conduta for analisada por mais de uma autoridade nacional da concorrência, como é frequente nos casos de cartéis internacionais, é possível que a prática receba um tratamento distinto em cada um dos países, o que pode acarretar inúmeros problemas de ordem prática.

Por fim, vale realçar que o cartel não se confunde com o oligopólio. Este é o regime de mercado no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos agentes, não sendo, em princípio, ilícito. Contudo, a existência de um oligopólio é um dos fatores que tornam mais provável a formação de cartel, de modo que, quanto menor o grau de concentração de um mercado, maiores são as probabilidades de insucesso do conluio. Outros elementos que evidenciam a predisposição do mercado à cartelização são, por exemplo, a homogeneidade do produto, a

---

[91] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 202/214; TAUFICK, Roberto Domingos. *op. cit.* p. 152/153; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *op. cit.* p. 672/687; ADAMS, Walter; BROCK, James. *The Political Economy of Antitrust Exemptions.* Washburn Law Journal, Vol. 29, No. 2, Winter 1990. p. 215/216.

[92] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *The Changing International Status of Export Cartel Exemptions*. American University International Law Review, Vol. 20, Iss. 4, 2005. p. 786/787, 800/806; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da Concorrência e Comércio Internacional no Contexto do Desenvolvimento: os Cartéis de Exportação como Isenção Antitruste*. 2010. 305 f. Tese de Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153268.pdf>. Acesso em: 24/07/2016. p. 128/133; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 354/356.

baixa elasticidade da procura em relação ao preço, a possibilidade de exercício do poder econômico e a existência de elevadas barreiras à entrada de novos *players*[93].

2.2.2 Conceito e nomenclatura dos cartéis internacionais

De acordo com parcela da doutrina, o caráter internacional de um cartel advém da composição de seus membros, isto é, do fato de seus participantes serem empresas originárias de mais de um Estado. Dessa forma, o cartel internacional seria aquele cujos integrantes têm sede ou domicílio em países distintos ou nacionalidades diversas[94]. Todavia, tal definição não parece ser a mais adequada, por ser ora bastante restritiva, ora demasiado extensiva. Por exemplo, são excluídos do referido conceito os cartéis formados por empresas de apenas um país, mas que atuam em vários pontos do globo, ao passo que são incluídos os acordos celebrados por agentes de várias nações, mas que visam a limitar a concorrência de um único Estado.

Por outro lado, pode-se centrar no âmbito de atuação dos partícipes. Assim, estar-se-ia diante de um cartel internacional quando ele é composto por empresas que operam em simultâneo em mais de um país (independentemente da origem delas), de sorte que o mercado relevante em que os agentes atuam ultrapassa os limites geográficos de um Estado[95]. Entretanto, tal definição pode ser, por vezes, muito abrangente, englobando como internacionais, por

---

[93] MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil.* 2010. 221 f. Dissertação de Mestrado em Direito Civil – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php>. Acesso em: 24/07/2016. p. 21/57; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 346/348; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 57/58; NUSDEO, Fábio. *op. cit*. p. 271/272.

[94] CONNOR, John. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* Journal of Industry, Competition and Trade, Vol. 4, Iss. 3, 2004. p. 239/240; CONNOR, John. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013*. SSRN Working Paper, August 9, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478271>. Acesso em: 26/07/2016. p. 2/3; CONNOR, John. *Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show?* The American Antitrust Institute Working Paper No. 12-03, October 2012. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/WorkingPaperNo12-03.pdf>. Acesso em 26/07/2016. p. 3; YU, Yinne. *The Impact of Private International Cartels on Developing Countries*. Honors Thesis, Stanford University, Department of Economics, 2003. p. 1, 5; ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 65.

[95] SANTOS, Karla Margarida Martins. *op. cit.* p. 63/64; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial.* Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n.º 4, 2012. p. 68/69; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 218/220. Levenstein e Suslow, apesar de considerarem como elemento distintivo do cartel internacional o fato de ele ser composto por agentes econômicos de mais de um país, reconhecem que, em alguns casos, a empresa legalmente responsável está localizada na mesma jurisdição de seus coconspiradores, embora seja uma subsidiária de uma corporação estrangeira, razão por que tais acordos também são considerados cartéis internacionais (LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels*. In COLLINS, Wayne Dale (ed.). Issues in Competition Law and Policy, Vol. II. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, 2008. p. 1107). Entretanto, reputa-se existir cartel internacional ainda que todas as matrizes das empresas componentes do conluio localizem-se na mesma jurisdição, desde que a atuação delas se dê em mais de um país.

exemplo, cartéis cujos membros funcionam em mais de um país, mas restringem a concorrência de um único Estado.

A seu turno, uma definição mais pragmática propõe a caracterização dos cartéis internacionais, ao menos para fins de aplicação da lei antitruste, a partir de seus efeitos. Desse modo, é considerado internacional um cartel estrangeiro que produza efeitos econômicos na jurisdição da autoridade que analisa a conduta. Por outro lado, haverá um cartel nacional, ainda que formado por empresas transnacionais, quando seus efeitos se restrinjam a um só território[96]. Essa definição é, de fato, a mais utilizada pelas autoridades antitruste, em virtude da aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência, com base na teoria dos efeitos, que é técnica corrente na maioria dos direitos nacionais, o que será objeto de análise na segunda parte deste trabalho. Nesse sentido, um determinado país terá jurisdição para julgar um cartel se ele produzir efeitos em seu território. Trata-se de uma abordagem unilateral, que leva em conta somente os prejuízos à concorrência interna, de modo que cartéis que tenham como integrantes empresas atuantes no país, mas que prejudicam a concorrência apenas de mercados estrangeiros, não serão considerados pelo direito nacional. Portanto, o cartel internacional, para ser considerado por dada jurisdição, precisa afetar a concorrência do respectivo mercado nacional, uma vez que a legislação antitruste exclui de seu âmbito de aplicação restrições da concorrência unicamente no exterior, estando estas sujeitas ao direito estrangeiro[97].

Nesse contexto, uma definição mais precisa e imparcial, desvinculada a um país específico, deve levar em conta o âmbito geográfico do escopo do acordo. Haverá, pois, um cartel internacional quando o conluio ultrapassar as fronteiras nacionais, prejudicando a concorrência de mais de um país, independentemente da origem das empresas, do local em que elas operam e de os efeitos se verificarem em um determinado Estado[98]. Produzindo efeitos em mais de uma jurisdição, o cartel será considerado internacional. É evidente que, na grande maioria dos casos, os cartéis internacionais serão formados por empresas originárias de Estados distintos e que atuam em mais de um país, todas as definições antes apresentadas chegando a um mesmo resultado[99].

---

[96] SILVEIRA, Paulo Burnier da; TOLLINI, Priscilla Tardelli. *International Cartels in Brazil: an Overview and a Look Forward.* In CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). International Cooperation and Competition Enforcement: Brazilian and European Experiences from the Enforcers' Perspective. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 170.

[97] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 39/40. Tal questão será retomada na segunda parte do trabalho, quando se analisar a definição de efeitos.

[98] Contudo, como visto, a análise da produção dos efeitos em determinada jurisdição será fundamental para saber se o respectivo país possuirá jurisdição para regular a conduta, consoante será melhor examinado na parte II.

[99] Em sentido semelhante se coloca Martinez, segundo a qual "cartéis poderão ser definidos como internacionais se ao menos um dos seguintes requisitos for preenchido: (i) se envolver partes de ao menos duas jurisdições; (ii) se a conduta causar efeitos em ao menos duas jurisdições; ou (iii) se a conduta tiver sido praticada em uma

Em relação à nomenclatura, consideram-se intercambiáveis os termos cartéis internacionais, transnacionais e transfronteiriços. John Connor realiza interessante distinção entre cartéis internacionais e cartéis globais, estes com a particularidade de envolver pelo menos dois continentes, geralmente mercados da tríade das regiões mais industrializadas da atual economia política internacional (ou seja, da Europa Ocidental, da América do Norte e da Ásia Oriental)[100]. Contudo, essa diferenciação não será usada neste trabalho, que englobará, no gênero cartéis internacionais, a espécie cartéis globais.

2.2.3 Classificação dos cartéis internacionais

Os cartéis internacionais podem ser classificados em três tipos: cartéis de importação, cartéis de exportação e cartéis *hard core* ou clássicos. Os cartéis de importação são acordos entre agentes nacionais para limitar ou impedir a atuação de empresas estrangeiras concorrentes, através da regulação de preços ou outras condições dos bens e serviços que são importados. Apesar de alguns não os considerarem como internacionais, tais cartéis distorcem a concorrência internacional, tendo em vista que limitam o acesso de novos concorrentes a um determinado mercado. Dessa forma, seus efeitos podem, sim, ser sentidos não apenas no país importador, como também no exportador. Por sua vez, os cartéis de exportação podem ser privados ou ligados ao Estado. Os primeiros, como antes visto, são acordos celebrados entre empresas privadas, geralmente de um mesmo país, como o fito de fixar preços ou dividir o mercado de exportação, não produzindo efeitos no mercado doméstico, razão por que são isentos por quase todos os direitos nacionais. Já os cartéis de exportação ligados ao Estado são motivados por uma série de questões políticas e econômicas que distingue seus comportamentos e efeitos dos conluios privados que visam à maximização de lucros. Como exemplo de cartéis de exportação ligados ao Estado, pode-se citar a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP)[101].

---

jurisdição mas causar efeito em outra" (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. p. 44).

[100] CONNOR, John. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013.* p. 3.

[101] EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s.* The World Economy, Vol. 24, Iss. 9, September 2001. p. 1222/1223, 1230/1234; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma Abordagem dos Mecanismos Extraterritoriais de Persecução.* p. 64/67; WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. *Background Note by the WTO Secretariat on Provisions on Hardcore Cartels.* 20 June 2002. WT/WGTCP/W/191. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em: 27/07/2016. p. 2; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit.* p. 176, 132.

Finalmente, os cartéis internacionais clássicos ou *hard core*[102], também chamados de cartéis internacionais privados, são os maiores, mais numerosos, mais graves e mais difíceis de se combater. São cartéis internacionais que visam ao controle de preços, à restrição da produção, à limitação da oferta ou à divisão de mercados de mais de um país, tendo consideráveis implicações para consumidores e produtores em todo o mundo. É o caso, por exemplo, dos cartéis internacionais de fixação de preço e de fraude à licitação internacional. Tais acordos de dimensão internacional são fundados num argumento de busca de maior eficiência econômica das empresas, seja para ter acesso a matérias-primas de melhor qualidade, para utilizar-se de mão-de-obra mais barata, para incrementar a demanda dos produtos ou serviços ofertados ou para restringir a atuação e o acesso a esses insumos por empresas que desejam ingressar em novos segmentos econômicos[103]. São sobretudo os cartéis deste tipo que serão analisados neste trabalho.

2.2.4 Características dos cartéis internacionais

Embora o estudo sobre o funcionamento dos cartéis, e especificamente os internacionais, não integre o objeto deste trabalho[104], faz-se necessário apresentar algumas noções gerais sobre a matéria para que se possa melhor compreender as questões que serão em seguida analisadas.

De início, contudo, é preciso ressaltar que as informações sobre as características dos cartéis são fundadas, essencialmente, em estudos empíricos[105], que usam como amostras

---

[102] Cabe ressaltar que os cartéis *hard core* podem ter alcance doméstico ou internacional, embora apenas estes últimos integrem o objeto deste trabalho. Para uma classificação dos cartéis domésticos, vide LANDE, Robert; MARVEL, Howard. *The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. W*isconsin Law Review, Vol. 2000, Iss. 5, 2000. p. 941/999.

[103] WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. *op. cit.* p. 2; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels.* Paris: OECD, 2000. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/crtels/2752129.pdf>. Acesso em: 28/07/2016. p. 6; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma Abordagem dos Mecanismos Extraterritoriais de Persecução.* p. 67/69; YU, Yinne. *op. cit.* p. 5; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1222; CONNOR, John. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013.* p. 2.

[104] Tal matéria é estudada, principalmente, pelos economistas. Análises mais profundas podem ser encontradas, por exemplo, em LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels*; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, March 2006. p. 43/95; MARQUEZ, Jaime. *Life Expectancy of International Cartels: an Empirical Analysis.* Review of Industrial Organization, Vol. 9, No. 3, June 1994. p. 331/341; CHEN, Zhijun. *Cartel Organization and Antitrust Enforcement*. Working Paper No. 08-21, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2008. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-21.pdf>. Acesso em: 31/07/2016. p. 1/13.

[105] John Connor, por exemplo, elaborou um dos mais extensos estudos na matéria, através da coleta de dados sobre todos os cartéis internacionais privados descobertos em todas as partes mundo, entre 1990 e 2005 (CONNOR, John; HELMERS, Gustav. *Statistics on Modern Private International Cartels, 1990–2005*. The American Antitrust Institute Working Paper No. 07-01, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abst

aqueles conluios que já foram descobertos. A literatura especializada costuma sugerir que apenas entre 10 e 30 % dos casos de cartéis são desvendados e punidos, de sorte que é muito possível que os casos não descobertos apresentem características econômicas distintas[106]. Ademais, as dificuldades no acesso a dados existem mesmo em relação aos casos já desvendados, visto que as informações sobre a organização dos conluios raras vezes são reveladas, devido à política de confidencialidade a eles inerente[107]. Entretanto, ainda assim, tais trabalhos são bastante relevantes, fornecendo fortes indícios de como funciona a generalidade dos cartéis.

Os cartéis internacionais se assemelham bastante aos domésticos, ambos enfrentando muitos dos mesmos desafios econômicos e legais e fazendo uso de modelos organizacionais similares. Ora, a coordenação das atividades econômicas para se evitar a concorrência e aumentar os lucros se dá em função do interesse coletivo de empresas atuantes em mercados oligopolizados, sejam eles locais, regionais, nacionais ou internacionais. Há, entretanto, diferenças nos instrumentos utilizados por cartéis domésticos e internacionais. Por exemplo, é muito mais frequente o uso de regras para divisão de mercados por cartéis internacionais, ao passo que os nacionais costumam adotar simples quotas de produção. Ademais, cartéis internacionais também enfrentam desafios específicos referentes a sua estabilidade, impostos por diferenças culturais, flutuações nas taxas de câmbio e preferências comerciais concedidas por determinados países, o que pode gerar tensões entre os membros do conluio, com a consequente vulnerabilidade deste[108].

A maioria dos cartéis internacionais descobertos nas últimas duas décadas é formada por grandes empresas transnacionais, sediadas em países industrializados. Tais colusões têm ocorrido numa grande variedade de indústrias, indo desde *commodities,* como cimento e ácido cítrico, a serviços especializados, como leilões de arte e construções de estações de tratamento de águas residuais. Entretanto, a grande maioria dos cartéis internacionais têm-se concentrado no setor manufatureiro, sobretudo na produção de insumos industriais (materiais

ract_id=944039>. Acesso em: 29/07/2016), atualizando sua pesquisa em 2014 (CONNOR, John. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013*). O relatório, chamado de *Private International Cartels Data Set*, apresenta estatísticas descritivas do período analisado, o que permite inferir as principais características econômicas e jurídicas dos cartéis internacionais revelados nas últimas duas décadas. Para outros conjuntos de dados, vide LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* p. 86/89.

[106] CONNOR, John. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* p. 250; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* p. 44.

[107] CHEN, Zhijun. *op. cit.* p. 1.

[108] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1110.

intermediários, componentes ou bens de capital), sendo o setor de químicos o mais atingido, seguido do setor de transporte e de aço[109].

Em relação à duração dos cartéis internacionais, embora ela seja, em geral, em anos, e não em décadas, os estudos indicam uma variação de mais de vinte anos. Dessa forma, enquanto há cartéis que ruinam em menos de um ano, há outros que duram décadas. Todavia, a sua duração média é de sete anos[110].

O fim dos cartéis internacionais decorre, em primeiro lugar, do *enforcement* antitruste, que tem-se intensificado sobremaneira a partir dos anos 1990, conforme será tratado adiante. Outra forma de desmantelamento dos cartéis resulta da instabilidade a eles inerente (a chamada morte natural), ocorrendo seja pela deserção de algum de seus membros, por discordâncias internas irreconciliáveis ou pela entrada de novos *players* no mercado[111].

Ora, a manutenção de um cartel é demasiado complexa, sendo necessário que os conspiradores sejam capazes de enfrentar uma série de desafios para consolidar sua existência. De um modo geral, tais desafios podem ser reunidos em três grupos, a seguir explicitados. O primeiro se refere à coordenação da ação dos membros do cartel, em que pese a comunicação frequentemente limitada. Como visto, os agentes formam um cartel para aumentar os lucros, através da restrição da oferta e da elevação dos preços (em princípio, aos preços fixados pela empresa em situação de monopólio). É preciso, portanto, concertar o comportamento dos participantes, determinando uma estratégia mutuamente consistente, em especial para a fixação do preço e do volume de vendas. O segundo desafio envolve o necessário monitoramento do comportamento dos integrantes do conluio para detectar e prevenir deserções. É que, apesar de

---

[109] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*. Antitrust Law Journal, Vol. 71, Iss. 3, 2004. p. 802/803, 806; CONNOR, John. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* p. 250/251.

[110] ZIMMERMAN, Jeffrey; CONNOR, John. *Determinants of Cartel Duration: a Cross-Sectional Study of Modern Private International Cartels.* Department of Agricultural Economics, Purdue University, Working Paper, August 2, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1158577>. Acesso em: 30/07/2016; COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance. *Cartels in Europe: Main Features.* Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 2, May 2010. p. 24/25; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1226/1227; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* p. 44/45, 49/57; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Breaking Up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*. The Journal of Law and Economics, Vol. 54, No. 2, May 2011. p. 455/464. Nos dois últimos artigos, as autoras analisam os principais estudos sobre a duração de cartéis, comparando-os com os resultados a que chegaram em sua análise de caso, e concluem que as variações existentes decorrem não apenas de questões de medição, mas também de diferenças econômicas reais entre as amostras.

[111] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Breaking Up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*. p. 455/485; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* p. 49/86; COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance. *op. cit.* p. 29/30. Vale destacar, contudo, que, segundo aduzem Combe e Monnier no último artigo referenciado, a determinação da causa do término do cartel pode não ser simples, havendo casos frequentes em que múltiplos fatores contribuem para o desmantelamento da prática (como, por exemplo, a celebração de acordo de leniência em decorrência da trapaça de algum membro e a morte natural diante da ameaça de investigação do conluio).

os interesses coletivos dos agentes serem alcançados com a restrição da produção e o aumento dos preços, cada empresa tem um incentivo para ir além do limite estabelecido. Há, assim, uma constante tensão entre os interesses individuais de cada membro e os interesses coletivos do cartel, tal qual existente no dilema do prisioneiro. Desse modo, é fundamental o desenvolvimento de uma estrutura de incentivos (combinando monitoramento, compensações e penalidades), de sorte a prevenir que os membros trapaceiem, colocando a existência do conluio em cheque. Por fim, o terceiro desafio concerne ao fato de os cartéis precisarem agir ativamente para criar barreiras de entrada (se elas não forem naturais ao setor da atividade), a fim de prevenir o ingresso no mercado de novos *players* ou a expansão de empresas que não integram o cartel[112].

Outras características dos cartéis internacionais são o desprezo e total desrespeito pela legislação antitruste, o envolvimento direto dos altos executivos das empresas, o uso frequente de associações de classe para encobrir as atividades colusivas e o temor de serem descobertos sobretudo pelas autoridades antitruste norte-americanas, o que os levam a reduzirem ao máximo seus contatos nos Estados Unidos e a conduzirem suas reuniões no exterior desse país[113].

2.2.5 A sofisticação dos cartéis internacionais e a dificuldade na obtenção de prova de sua existência

Como visto acima, os cartéis, para poderem ter sua existência consolidada, precisam instituir eficientes mecanismos para superar a instabilidade inerente ao conluio. Além disso, diante da crescente atividade de *enforcement* antitruste em todo o mundo (tema que será examinado na próxima seção), faz-se necessário que os cartéis aperfeiçoem sua estrutura e modo de operação para não serem descobertos.

Nesse contexto, fica cada vez mais difícil encontrar uma prova concludente (uma *smoking gun*). Salvo casos patológicos, tem ficado para trás o tempo em que os agentes envolvidos no cartel produziam documentos hábeis a comprovar o conluio, como atas das

---

[112] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* p. 44/75; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1117/1126. Vide os referidos textos para uma análise mais detalhada de cada um desses desafios e dos mecanismos encontrados pelos agentes para superá-los, de sorte a constituir cartéis internacionais que sobrevivam.

[113] GRIFFIN, James. *An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels*. U.S. Department of Justice, Remarks before the American Bar Association Section of Antitrust Law 48th Annual Spring Meeting. Washington, D.C., April 6, 2000. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/spech/inside-look-cartel-work-common-characteristics-international-cartels>. Acesso em: 31/07/2016; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma Abordagem dos Mecanismos Extraterritoriais de Persecução.* p. 73/78.

reuniões onde há a fixação do preço e a repartição do mercado, minutas do acordo e tabelas das quotas[114].

Diante disso, constata-se, nos últimos anos, uma verdadeira sofisticação nas atividades dos cartéis, nomeadamente os internacionais, o que torna a luta contra tais acordos ainda mais complexa. Essa sofisticação é refletida, por exemplo, no nível de detalhes dos acordos pelos quais os cartéis são instituídos, nos mecanismos empregados para monitorar e controlar a adesão dos membros ao conluio e na habilidade dos participantes de fazerem uso das fronteiras geográficas para evitar reuniões em jurisdições nas quais é alto o risco de serem detectados e processados[115].

É evidente que os membros do cartel continuam-se encontrando e trocando informações hábeis a revelar a existência do acordo. Afinal, como acima afirmado, é fundamental que haja a coordenação da atuação dos agentes econômicos para que o cartel possa prosperar, o que os obriga a instituir um mecanismo de controle relativamente detalhado[116]. A comunicação continua ocorrendo, sobretudo, no nível mais alto da empresa, envolvendo altos executivos, responsáveis pela determinação do quadro geral do cartel. Tais reuniões costumam ser realizadas duas (e em alguns casos até mesmo quatro) vezes ao ano. Em paralelo, há um nível abaixo, formado por executivos hierarquicamente inferiores, responsáveis pelo funcionamento do dia a dia do cartel em conformidade com os termos acordados de antemão, encontrando-se com mais frequência[117].

Entretanto, a forma pela qual se dão esses mecanismos de comunicação e troca de informações tem-se alterado profundamente. Ao invés de documentos de papel, há, hoje, uma grande quantidade de troca de informações eletrônicas, através de *e-mails*, videoconferências, *smartphones*, *tablets* e redes sociais. O fluxo de dados transfronteiras[118] toma novas formas, e

---

[114] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 352; HOLZHÄUSER, Michael. *Fishing for the Smoking Gun – The Shift from Dawn Raids to E-Raids and the Use of Forensic IT Tools in Cartel Investigations.* Business Law Magazine, No. 1, June 26, 2014. Disponível em: <http://www.businesslaw-magazine.com/2015/03/30/fishing-for-the-smoking-gun>. Acesso em: 01/08/2016. p. 25; ITALIANER, Alexandre. *Zero Tolerance for International Cartels.* Discurso proferido pelo Diretor Geral da DG Concorrência/Comissão Europeia, no ICN Cartel Workshop, realizado em Bruges, Bélgica, entre os dias 10 e 13 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_11_en.pdf>. Acesso em: 01/08/2016.

[115] INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*. U.S. Department of Justice, February 28, 2000. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/final-report>. Acesso em: 01/08/2016. p. 171.

[116] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 66.

[117] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1118/1119, 1122.

[118] A OCDE tem interessante estudo sobre o fluxo de dados transfronteiras, o qual, embora realizado sob o prisma da proteção à privacidade, possui uma série de elementos que auxiliam a melhor compreender as transformações por que passam a transferência de informações na sociedade contemporânea: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the Cross-Border Enforcement of Privacy Laws.* Paris: OECD, 2006. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/37558845.pdf>. Acesso em: 01/08/2016.

estes passam a ser armazenados em nuvens virtuais. Além disso, codinomes, *e-mails* anônimos e técnicas de criptografia são empregados na tentativa de esconder a identidade e as atividades ilícitas das empresas e dos indivíduos. Há, também, novos métodos para a destruição das evidências[119].

Nesse cenário, o uso de algoritmos computacionais e de máquinas eleva o espectro possível das infrações, permitindo a consecução de acordos anticompetitivos progressivamente mais complexos. Por exemplo, algoritmos podem ser usados para automatizar as reações dos conspiradores frente às evoluções do mercado, diminuindo a necessidade de uma coordenação permanente entre os participantes do cartel[120]. Dessa forma, fica cada vez mais clara a superação do modelo tradicional de colusão, baseado em uma convergência de vontades entre os agentes econômicos, por meio de seus empregados, diretores ou acionistas, já se discutindo, inclusive, a operacionalização de cartéis através de inteligência artificial[121].

O caso dos cartéis internacionais é ainda mais complexo, por envolver atividades dispersas por inúmeras jurisdições. Desse modo, não só os eventuais indícios são poucos e difíceis de serem encontrados, como também estão espalhados por vários países, dificultando ainda mais o trabalho de investigação das autoridades antitruste[122].

Contudo, a atuação do cartel vai sempre deixar algum rastro, por mais que os participantes ajam para destruir as evidências incriminadoras[123]. Portanto, em paralelo à sofisticação das estratégias dos agentes econômicos para evitar serem descobertos, é preciso que haja, igualmente, uma modernização das técnicas investigativas das autoridades da concorrência[124].

---

[119] HOLZHÄUSER, Michael. *op. cit.* p. 25.

[120] Em 2015, por exemplo, o *Department of Justice* (DOJ) norte-americano acusou um esquema envolvendo vendedores de pôsteres no Amazon que haviam acordado em alinhar seus algoritmos com o fito de aumentar os preços dos produtos vendidos (*United States* v. *David Topkins*, No. 15-CR-201, N.D. Cal. (Apr. 6, 2015).

[121] MCSWEENY, Terrell. *Competition Law: Keeping Pace in a Digital Age*. Discurso de abertura do Comissário da Federal Trade Commission, no 16th Annual Loyola Antitrust Colloquium. Chicago, 15 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/04/competition-law-keeping-pace-digital-age>. Acesso em: 17/09/2016; EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, May 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874>. Acesso em: 17/09/2016. p. 2/3, 7/9. Neste último artigo, os autores fazem uma interessante análise sobre a aplicação do Direito Antitruste em um ambiente comercial computadorizado evoluído. Eles apresentam quatro tipos de colusão, consoante os níveis de desenvolvimento tecnológico e algoritmos utilizados (*Messenger, Hub and Spoke, Predictable Agent* e *Autonomous Machine*), e os desafios que eles apresentam para as autoridades antitruste, relacionados, *v. g.*, à definição de acordo, aos limites entre a legalidade e a colusão, à responsabilidade dos criadores de algoritmos, ao relacionamento entre humanos e máquinas e à criação de máquinas éticas e cumpridoras das leis.

[122] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. p. 180.

[123] HARDING, Christopher; JOSHUA, Julian. *Regulating Cartels in Europe.* New York: Oxford University Press, 2010. p. 178.

[124] ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 226.

Nesse sentido, torna-se fundamental o uso da coleta de provas digitais pelas agências antitruste como ferramenta para se lutar contra os cartéis. Os arquivos e programas digitais contêm metadados, os quais podem fornecer informações sobre a origem, o tamanho e formato do dado digital, incluindo o autor de um arquivo e a data em que ele foi criado, alterado pela última vez, acessado ou apagado. É possível, também, obter dados relativos à troca de informações, à identidade do remetente e do destinatário e às ações que os agentes efetuaram com tais informações. Essas técnicas permitem, pois, o acesso a um novo mundo de informações antes inimagináveis[125].

Inúmeras autoridades antitruste têm-se aperfeiçoado e passam a contar com *softwares* de ferramenta de buscas e são auxiliados pela computação forense para realizar investigações. Nesse sentido, muitas jurisdições já operam buscas e apreensões digitais, com o fito de obter dados eletrônicos. Para o sucesso de tais atividades, contudo, é preciso que os funcionários sejam demasiado capacitados e atualizados periodicamente dos últimos desenvolvimentos tecnológicos. Além disso, também se faz necessário investir com regularidade nas técnicas forenses utilizadas para a coleta de provas digitais, já que, como visto, os agentes econômicos vão-se aperfeiçoando e descobrindo novas formas para escapar do controle[126]. Todavia, cabe ressaltar que a modernização da atuação das agências antitruste deve ser efetivada sempre com respeito ao devido processo legal e a todos os demais direitos individuais incidentes.

Por outro lado, em que pese a importância do desenvolvimento de novas técnicas e o uso da computação forense, a sofisticação jurídica da atividade das autoridades antitruste para a obtenção de provas de cartéis internacionais só será realmente eficiente se for estabelecida ou aperfeiçoada a cooperação internacional entre as agências nacionais (tema que será abordado com mais profundidade na terceira parte deste trabalho). Como visto, as provas de tais conluios estão dispersas por várias jurisdições, sendo preciso uma eficaz cooperação entre as respectivas autoridades para que as investigações possam produzir resultados. E isso se dá inclusive nos casos de provas a serem colhidas por meio digital, visto que aí também se faz indispensável a assistência da autoridade em cuja jurisdição as informações estão armazenadas[127].

---

[125] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on Digital Evidence Gathering.* Versão atualizada em 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1006.pdf>. Acesso em: 02/08/2016. p. 4, 7/8.

[126] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on Digital Evidence Gathering.* p. 7/12. Vide esse documento para uma visão das abordagens atuais dos membros da ICN sobre a coleta de provas digitais. Especificamente em relação a tal prática na União Europeia, vide HOLZHÄUSER, Michael. *op. cit.* p. 25/29 e ITALIANER, Alexandre. *op. cit*.

[127] Muitas vezes, porém, a determinação da localização geográfica de dados armazenados eletronicamente em servidores ou em nuvens digitais é bastante difícil, o que pode atrapalhar as investigações (ORGANISATION

Entretanto, em que pese todos esses avanços, a maior parte das provas obtidas que permite a condenação dos cartéis internacionais advém de programas de leniência, os quais serão objeto de estudo na segunda parte deste trabalho.

2.2.6 A intensificação na repressão aos cartéis internacionais

Embora os cartéis internacionais já fossem considerados ilegais há décadas em inúmeras jurisdições, é apenas a partir dos anos 1990 que se constata uma efetiva ação contra tais conluios[128]. Inicia-se aí uma nova era no *enforcement* antitruste em todo o mundo, constatando-se um aumento exponencial da persecução de cartéis internacionais não apenas nos Estados Unidos e na União Europeia, mas igualmente em vários outros países sem grande tradição antitruste, inclusive na Ásia, na África e na América Latina[129].

Assim, ao longo dos últimos vinte anos, vários casos de cartéis internacionais foram descobertos e reprimidos em inúmeras jurisdições[130]. Entre 1990 e 2013, por exemplo, houve 717 condenações, as multas impostas totalizando 123 bilhões de dólares. Dentre tais casos, estão os cartéis de lisinas, de vitaminas, de ácido cítrico, de eletrodos de grafite, de ácido monocloroacético e de sorbatos[131].

Essa transformação na atuação das autoridades antitruste no combate aos cartéis internacionais decorreu do incremento dos recursos e ferramentas a elas disponíveis, o que

---

FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations.* DAF/COMP/GF(2012)16, 30 November 2012. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>. Acesso em: 02/08/2016. p. 312).

[128] Como antes afirmado, discute-se bastante se a globalização teria acarretado, ou não, uma intensificação da concorrência em todo o mundo. No contexto específico analisado neste trabalho, questiona-se se há, contemporaneamente, um incremento nos casos de cartéis internacionais ou apenas no seu combate. Enquanto alguns afirmam que o número de cartéis internacionais efetivamente diminuiu desde o fim da Segunda Guerra Mundial, outros aduzem que houve um aumento e outros, ainda, que o seu número continuou o mesmo (INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *op. cit.* p. 175/176). Independentemente disso, é fato que os cartéis ainda são um problema real e continuam causando danos em todo o mundo.

[129] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1108/1111; CONNOR, John. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* p. 241/243; KLEIN, Joel. *The War against International Cartels: Lessons from the Battlefront.* U.S. Department of Justice, Speech presented at the Fordham Corporate Law Institute 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. New York, October 14, 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>. Acesso em: 04/08/2016; CONNOR, John. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. SSRN Working Paper, January 6, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711972>. Acesso em: 04/08/2016.

[130] Segundo dados da OCDE, entre o período de 1990-1994 e o de 2007-2011, houve um aumento de 527% na implementação das medidas de repressão a cartéis internacionais (ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). *Coopération Internationale dans la Mise en Œuvre du Droit de la Concurrence*. p. 31/32).

[131] CONNOR, John. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013.* p. 3. Não sendo possível, neste trabalho, analisar cada um dos casos de cartéis internacionais condenados no referido período, remete-se à base de dados elaborada por John Connor para mais detalhes sobre eles.

aumentou a probabilidade de detecção e a gravidade das penalidades impostas a tais conluios. Dentre tais mudanças, de grande importância foi a revisão e expansão do programa de leniência norte-americano, em 1993, cujo sucesso inspirou a adoção de mecanismos semelhantes por várias outras jurisdições[132], como a Comissão Europeia, o Reino Unido, Portugal, a Alemanha, a França, o Japão, a Coreia, a Austrália, a África do Sul, o México, a Argentina e o Brasil[133]. Vale mencionar, também, que inúmeros países adotaram uma legislação de defesa da concorrência a partir dos anos 1990, enquanto outros que já a possuíam passaram efetivamente a aplicá-la. Desse modo, a repressão a cartéis passou, de fato, a ser a prioridade da grande maioria das políticas antitruste nacionais, tornando-se um objetivo comum em várias jurisdições. Some-se, ainda, o aperfeiçoamento das técnicas de investigação, o aumento expressivo das multas impostas e a criminalização da prática de cartel em diversos Estados[134].

Especificamente em relação ao Brasil, apesar de a Lei n.º 8.884/1994 ter inaugurado a fase moderna do Direito da Concorrência nacional, é apenas a partir dos anos 2000 que há a consolidação da repressão a cartéis, quando novas ferramentas de investigação são instituídas (como o acordo de leniência e a possibilidade de realização de operações de busca e apreensão). Dessa forma, a partir de 2003, o combate a cartéis passou a ser considerado como prioridade absoluta. A Lei n.º 12.529/2011, por sua vez, fortaleceu a política brasileira anticartéis, com o aperfeiçoamento do programa de leniência e do termo de compromisso de cessação (TCC), além da reestruturação do SBDC. Nesse sentido, desde 2003, a persecução administrativa e criminal contra as referidas práticas aumentou consideravelmente. Mais de cinquenta acordos de leniência foram assinados, grande parte deles com membros de cartéis internacionais, e mais de 400 mandados de busca e apreensão foram cumpridos, a maioria depois da entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011. Entre 2000 e 2016, mais de 40 investigações relativas a cartéis internacionais foram iniciadas, e mais de 1100 pessoas físicas e jurídicas foram ou estão sendo processadas[135]. Além disso, o CADE vem aplicando multas recordes, a última, de 3,1 bilhões

---

[132] Em 1993, o Canadá era o único país, ao lado dos Estados Unidos, que dispunha de um programa de leniência.

[133] Como afirmado acima, é sobretudo através dessa técnica que as autoridades antitruste têm obtido provas dos cartéis internacionais. Devido a relevância do tema, uma análise mais profunda será realizada na segunda parte deste trabalho.

[134] EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1237/1238; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1111/1112, 1116/1117; CONNOR, John. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* p. 243; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Breaking Up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration.* p. 455/456, 484/485; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 225/228, 232/233; ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE). *Coopération Internationale dans la Mise en Œuvre du Droit de la Concurrence*. p. 26/28; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 156/157 ; ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 112/120.

[135] MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Mini Plenary 5: Extra-Territorial Antitrust Enforcement – How and Why?* Exposição realizada em 4 de outubro de 2016, no ICN Cartel Workshop, realizado em Madri. Disponível

de reais, em 2014, no caso do cartel do cimento (embora se trate de um cartel doméstico, fica evidente a ação mais agressiva contra tais conluios). Ademais, o CADE tem somado às multas outras sanções, como a publicação da condenação em jornal de grande circulação, a fim de informar o público. Por fim, tem crescido a cooperação entre as autoridades administrativas e criminais. Mais de 350 executivos estão sendo processados criminalmente por alegada participação em cartéis, já tendo havido, inclusive, condenação de integrante de cartel internacional a pena privativa de liberdade[136]. Nesse contexto, o CADE tem assumido papel de destaque entre as agências antitruste em todo o mundo[137].

em: <https://icncw.cnmc.es/file/159/download>. Acesso em : 18/12/2016. p. 7/8; ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *A Glimpse into Brazil's Experience in International Cartel Investigations: Legal Framework, Investigatory powers and Recent Developments in Leniency and Settlements Policy*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 3, 2016. p. 2. Vide este último texto para um panorama sobre os casos de cartéis internacionais em investigação ou julgados pelo CADE nos últimos anos.

[136] CARVALHO, Vinícius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. *A Nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: Comentários sob uma Perspectiva Histórico-Institucional*. In Publicações da Escola da AGU – A Nova Lei do CADE, ano IV, n.º 19, julho de 2012. p. 31/33; MENDES, Francisco Schertel. *op. cit.* p. 6/11; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 235/237; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends*. In ZARZUR, Cristianne; KATONA, Krisztian; VILLELA, Mariana (ed.). Overview of Competition Law in Brazil. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 261/268; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 4, April 2015. p. 260/262; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 122/125.

[137] A revista britânica *Global Competition Review – GCR* é uma das referências internacionais na matéria de concorrência, sendo a única a avaliar, anualmente, o desempenho de todos os países na área. Em 2010, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi classificado no *ranking* elaborado pela publicação com três estrelas e meia das cinco possíveis, o que representou um grande avanço, já que, em 2003, a revista havia conferido ao SBDC apenas uma estrela e meia. Em 2012, a atuação do CADE conquistou quatro estrelas no *ranking* da *GCR*, o que colocou a autoridade antitruste brasileira na categoria das agências muito boas do mundo, abaixo apenas de órgãos dos Estados Unidos, da União Europeia, da França, do Reino Unido e do Japão. Ademais, a última avaliação do SBDC pelos pares (*peer review*) realizada pela OCDE, em 2010, também foi bastante positiva, destacando os avanços no combate aos cartéis, o que colocou o Brasil na liderança desse tema na América Latina (CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *op. cit.* p. 171/178).

3 DOS DESAFIOS IMPOSTOS PELOS CARTÉIS INTERNACIONAIS AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

3.1 A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: TEORIA DOS EFEITOS E UNILATERALISMO

3.1.1 Os fundamentos da extraterritorialidade do antitruste

Diante da internacionalização das práticas anticompetitivas, os Estados passaram a desenvolver estratégias capazes de reprimir tais condutas, vez que o aparato antitruste até então existente não permitia o controle de empresas com atuação transnacional. A primeira de tais técnicas, ainda hoje a mais utilizada, é a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência.

O Direito Internacional adota, como regra geral, a territorialidade da jurisdição do Estado, de sorte que ele só pode exercer sua jurisdição (esta entendida em seu sentido amplo, como o poder soberano de legislar, aplicar e executar as normas jurídicas) dentro de seu território. Todavia, de forma excepcional, é possível que a jurisdição seja exercida extraterritorialmente[138], sobre pessoas, direitos ou relações jurídicas existentes além das fronteiras estatais[139]. Foi através do caso *Lotus*, julgado pela então Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1927, que surgiu o fundamento para um Estado estender sua jurisdição para além de seus limites territoriais, com o fito de tutelar qualquer fato ou ato que entenda pertinente. Inicialmente aplicada no âmbito do Direito Penal, a aplicação extraterritorial da lei doméstica foi alargada para outros ramos do direito, dentre os quais o antitruste[140].

Sob esse prisma, a aplicação extraterritorial da legislação antitruste decorre da evolução e consolidação do Direito da Concorrência em se adaptar ao avanço da internacionalização da

---

[138] O termo extraterritorialidade é criticado por alguns, os quais afirmam que a jurisdição não pode ser exercida pelas autoridades de um Estado em outro país, salvo se existir o consentimento expresso deste último. Dessa forma, aduz-se que a terminologia é arcaica e traduz ficções insustentáveis modernamente. Nesse sentido, vide a análise histórica da extraterritorialidade e os argumentos que justificam as críticas ao termo em CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito Antitruste e Relações Internacionais: Extraterritorialidade e Cooperação.* Curitiba: Juruá, 2001. p. 65/89. Apesar de tais críticas, considera-se que tal denominação, além de já consagrada, não é incorreta, vez que o fenômeno se refere aos casos em que a jurisdição, apesar de exercida dentro das fronteiras do Estado, afeta pessoas, atos e propriedades situados fora dos limites geográficos do Estado (SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais.* Curitiba: Juruá, 2006. p. 40/41).

[139] MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006. p. 1047; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 337/338.

[140] O tratamento do assunto neste trabalho visa apenas à contextualização das questões que serão a seguir discutidas. Para uma análise dos critérios utilizados pelas legislações na determinação da lei aplicável, bem como da evolução da extraterritorialidade e de seus fundamentos, vide JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 52/68; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 38/76; FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990. p. 19/46; BASEDOW, Jürgen. *op. cit.* p. 1039/1042.

economia mundial. Ora, como visto, essa mudança é um imperativo categórico diante do aumento das relações comerciais internacionais e da atuação de empresas transnacionais, sob pena de o Direito Antitruste se tornar inócuo em sua tentativa de proteção dos livres mercados. Contribui igualmente nesse sentido a típica natureza protecionista das legislações antitruste, cada país tendendo em se preocupar apenas com a preservação da concorrência em seu mercado interno[141].

Desse modo, fez-se necessário atenuar o princípio da territorialidade para proteger a ordem econômica nacional, encontrando-se justificativa no direito fundamental dos Estados à autodeterminação. Em realidade, a manutenção irrestrita do princípio da territorialidade na área do Direito Econômico colocaria as empresas já poderosas em uma posição que as permitiria fugir de toda regulação nacional, de sorte que não seria difícil de imaginar a transformação de certos países em paraísos antitruste, nos quais seria possível a realização de condutas lesivas à concorrência de vários mercados nacionais, sem que fossem submetidas a qualquer forma de repressão[142].

Portanto, diante da inexistência de um direito internacional da concorrência aplicável às práticas que restrinjam a concorrência em mais de um país[143], estabeleceram-se exceções à territorialidade, de modo a se permitir a aplicação do direito nacional de determinado Estado a tais fatos exteriores a seu território[144].

Os Estados Unidos foram os pioneiros na aplicação extraterritorial do Direito Antitruste. O princípio da territorialidade foi sendo flexibilizado ao longo da primeira metade do século XX[145], a extraterritorialidade sendo finalmente consagrada em 1945, com o caso *Alcoa*[146], que instituiu a teoria dos efeitos (*effects doctrine*). Nesse julgado, foi aplicada a *Section* 1 do *Sherman Act* para condenar um cartel formado fora do território norte-americano, por agentes estrangeiros e sem a participação de empresas daquele país, mas dentro de cujo território foram

---

[141] CASELLA, Paulo Borba. *Extraterritorialidade e Proteção da Livre-Concorrência.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 96, 2001. p. 502/503; MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* p. 1047/1048.

[142] DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 163.

[143] Em extenso estudo sobre a internacionalização do Direito da Concorrência, Jaeger Júnior apresenta quatro potenciais perspectivas para a consubstanciação de um direito internacional da concorrência. Além do unilateralismo (realizado através da aplicação extraterritorial do direito nacional e que, no fundo, não se trata propriamente de direito internacional, mas doméstico), ele aponta o multilateralismo, o bilateralismo e o regionalismo, os quais, apesar de avanços, ainda não foram capazes de criar um verdadeiro direito internacional da concorrência, com eficácia para regular condutas anticompetitivas transfronteiriças (JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit*).

[144] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 33/34; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 40/41.

[145] Para uma análise da evolução jurisprudencial, nos Estados Unidos, até se chegar à decisão no caso *Alcoa*, vide CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 97/106; WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da Concorrência e Cooperação Jurídica Internacional.* Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 46/53.

[146] Caso *United States* v. *Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, 148 F. 2d 416, 2nd Cir. (1945).

produzidos efeitos nocivos. Assim, de acordo com a referida teoria, o Estado possui jurisdição sobre todos os atos praticados no exterior que causem efeitos no território nacional, isto é, independentemente de uma dada empresa estar localizada em um país estrangeiro, as condutas limitadoras da concorrência praticadas por ela serão reguladas pelo Direito Antitruste nacional do país em cujo território os efeitos de tais condutas forem sentidos. Dessa forma, é irrelevante a nacionalidade da empresa, o local da prática ou o fato de o país no qual a conduta ocorreu considerá-la lícita. Trata-se, portanto, de uma ficção pela qual o Estado passa a submeter a sua jurisdição fatos que, embora ocorridos fora de seu território, nele produzam efeitos anticompetitivos. A partir desse célebre julgado, a teoria dos efeitos passou a servir de base às decisões subsequentes, tendo sido, inclusive, ratificada pela Suprema Corte norte-americana[147]. Ademais, ela também foi adotada por inúmeros outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, na Alemanha, na Suíça, na Austrália, no Canadá e no Brasil[148].

Já a União Europeia, apesar de não reconhecer formalmente a teoria dos efeitos, também estende sua jurisdição através da aplicação extraterritorial de seu Direito da Concorrência. Por ter sido sempre reticente, e inclusive crítica, à teoria dos efeitos, sobretudo no que toca a sua conformação ao Direito Internacional, a União Europeia buscou soluções alternativas para justificar a submissão de atividades econômicas estrangeiras a sua jurisdição, fundadas na localização do comportamento anticoncorrencial e que se traduzem nas teorias da unidade econômica da empresa (*economic entity doctrine*) e do local da implementação do comportamento (*implementation doctrine*)[149]. Dessa forma, embora com um fundamento

[147] Na seção seguinte, serão analisadas mais detidamente a extraterritorialidade do antitruste e a teoria dos efeitos nos Estados Unidos, sobretudo no que tange à definição de efeitos. Para outras questões, vide SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 77/182; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 68/86; ALFORD, Roger. *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*. Virginia Journal of International Law, Vol. 33, No. 1, Fall 1992. p. 6/28.

[148] MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* p. 1050/1053; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 52/53; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 104; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 74/76; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 161/162; KESKIN, Ali Cenk. *Pour un Nouveau Droit International de la Concurrence.* Paris: l'Harmattan, 2009. p. 208/211; ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 109/111.

[149] Inicialmente, desenvolveu-se a teoria da unidade econômica da empresa, consagrada no caso *Dyestuffs*, julgado em 1972 pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, através da qual é possível responsabilizar a empresa matriz localizada no estrangeiro pelo comportamento anticoncorrencial praticado por sua subsidiária situada no território da UE, desde que demonstrada a submissão desta àquela. Posteriormente, para superar as limitações inerentes à teoria da unidade econômica (sobretudo, a impossibilidade de submissão das empresas situadas no exterior que não possuam quaisquer subordinadas no território da UE), foi estabelecida a teoria do local da implementação do comportamento ou da localização do comportamento anticoncorrencial, através do caso *Wood Pulp*, julgado em 1988. Tal teoria justifica a jurisdição da União para abranger os comportamentos anticompetitivos de empresas que não possuem qualquer intermediário dentro do território da UE, desde que neste ocorra a implementação de tais atos. Dessa forma, basta que o adquirente do bem ou do serviço esteja estabelecido na UE para que a conduta seja considerada aí executada e, portanto, submetida ao Direito da UE (GERADIN, Damien; REYSEN, Marc; HENRY, David. *Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press,

distinto, a aplicação extraterritorial do Direito Antitruste na UE é uma realidade, tendo produzido quase os mesmos resultados práticos daqueles decorrentes da teoria dos efeitos[150].

Por sua vez, o Brasil prevê expressamente a teoria dos efeitos em sua legislação antitruste. Apesar de só ter sido, de fato, positivada no art. 2º da Lei n.º 8.884/1994, a doutrina nacional e a jurisprudência do CADE já contemplavam anteriormente a extraterritorialidade do Direito da Concorrência brasileiro, com base na teoria dos efeitos[151]. A Lei n.º 12.529/2011 reproduziu em seu art. 2º o mesmo teor da disposição da legislação anterior, estabelecendo que aquela deverá ser aplicada, "sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos". Logo, prevê-se tanto o princípio da territorialidade estrita (aplicação da lei brasileira aos comportamentos anticoncorrenciais que sejam praticados em território nacional), como a teoria dos efeitos (aplicação extraterritorial do direito nacional quando os efeitos das condutas antitruste tiverem ocorrido ou tenham a potencialidade de ocorrer no território brasileiro)[152-153].

3.1.2 Limitações ao exercício da jurisdição extraterritorial em matéria de defesa da concorrência

Apesar de consagrada na grande maioria dos ordenamentos nacionais, a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência, com base na teoria dos efeitos, encontra inúmeras limitações. Em primeiro lugar, é muito questionada a compatibilidade da referida teoria com o Direito Internacional. Nesse sentido, alega-se que a extensão da jurisdição nacional a fatos globais violaria princípios como o da soberania e o da proibição de interferência em questões internas dos outros Estados, além de ser ilegítima sob o prisma das Relações Internacionais[154].

2011. p. 24/29; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 75/76, 247/260; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 63/65, 101/111).

[150] Há quem afirme, inclusive, que a teoria da implementação nada mais é do que uma versão europeia da teoria dos efeitos. Ademais, a questão do reconhecimento da teoria dos efeitos pela UE veio à tona novamente, quando do julgamento do caso *Gencor*, pelo então Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, em 1999. Não sendo o objetivo deste trabalho um estudo mais detido sobre o Direito da Concorrência da União, remete-se, para análise dessas e demais questões envolvendo a extraterritorialidade do antitruste na UE, a SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 183/282; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 86/114; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 176/186.

[151] FARIA, José Ângelo Estrella. *op. cit.* p. 25/27; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 126/134.

[152] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 432/433; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 58/60; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 342/344.

[153] Como aduzido, pretende-se aqui apenas traçar as linhas gerais sobre a extraterritorialidade no antitruste brasileiro. Algumas questões, como a definição dos efeitos e alguns problemas decorrentes da aplicação da legislação antitruste concorrentemente com outras jurisdições, serão tratadas na sequência deste trabalho. Para as demais, ver SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 283/375; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 114/133; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 118/141.

[154] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 381/382, 403/431; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 58/62, 142/148.

Se a reivindicação da competência e a prolação de decisões reprimindo práticas anticoncorrenciais transfronteiriças, em si mesmas, não levantem dificuldades reais, os problemas surgem no que se refere à instrução e à execução dos julgados, residindo aí a grande limitação da teoria dos efeitos. Ora, a competência para a execução de uma decisão é estritamente territorial, de modo que o Estado não pode forçar a observância de suas leis no exterior, salvo expresso consentimento do país terceiro. Logo, a implementação extraterritorial do Direito da Concorrência é, na prática, bastante difícil[155].

Nesse contexto, os países podem utilizar-se de estratégias para evitar que um terceiro Estado interfira em seus assuntos internos ou que, de alguma maneira, sejam-lhes afetos. Dessa forma, é possível editar medidas legislativas (chamadas leis de bloqueio ou *blocking statutes*) com o fito de bloquear a produção de efeitos, no território nacional, de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças ou determinações de constituição de provas. Vários países, como o Reino Unido, a França, o Canadá e a Austrália, adotaram leis nesse sentido, sobretudo durante as décadas de 1970 e 1980, em resposta à excessiva ampliação da extraterritorialidade do antitruste nos Estados Unidos. Ademais, os Estados podem adotar outras medidas protetoras, como protestos e reclamações diplomáticas, fundando-se em uma suposta quebra do equilíbrio das relações internacionais e do princípio da cortesia[156].

Além disso, como já afirmado, a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência é extremamente unilateral, visto que se considera apenas o mercado nacional, ignorando restrições à concorrência no exterior, ainda quando decorrente de uma conduta realizada no seu território (como é o caso dos já mencionados cartéis de exportação). Dessa forma, é possível que um Estado, ao mesmo tempo em que ataque empresas estrangeiras que produzem efeitos nocivos em seu território, proteja de investidas de outros países agentes nacionais cujas condutas geram efeitos anticompetitivos no exterior. Isto é, embora a extraterritorialidade seja usada oficialmente para a proteção dos mercados domésticos de práticas anticompetitivas

---

[155] HIDOT, Hélène. *Critère de l'Application Extraterritoriale en Droit des Ententes*. 63 f. Dissertação de Mestrado em Direito Europeu dos Negócios – Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2010. p. 25/26. Disponível: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/d470630b-6f53-41e9-8574-014417f075b1>. Acesso em 29/08/2016; ADOLPHSEN, Jens. *The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the Effects Doctrine*. Journal of Private International Law, Vol. 1, No. 1, April 2005. p. 161/162.

[156] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 134/148; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 143/147; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 439/444; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 66/70; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 381/403; MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* p. 1069/1071. Vide tais obras para mais detalhes sobre as leis de bloqueio e outras modalidades de reações internacionais à aplicação extraterritorial do Direito Antitruste.

estrangeiras, ela pode também servir para defender as empresas nacionais no mercado internacional[157].

Sob esse prisma, a aplicação extraterritorial do Direito Antitruste de um Estado pode ser utilizada com o objetivo de abrir mercados estrangeiros a suas empresas nacionais. Tal conduta é praticada sobretudo pelos Estados Unidos, os quais chegam ao ponto de recusar-se a aceitar que outros Estados adotem medidas idênticas às suas em caráter de reciprocidade. Dessa forma, alega-se que o antitruste norte-americano se teria transformado em lei de comércio, servindo a fins protecionistas de defesa da concorrência das empresas norte-americanas contra a concorrência estrangeira, prejudicando e impedindo o livre comércio internacional[158]. Nesse sentido, há quem afirme que a extraterritorialidade do antitruste é, em última instância, uma questão política e não jurídica[159].

Outra crítica, ligada à anterior, está na pretensão das jurisdições mais poderosas, sobretudo os Estados Unidos e, mais recentemente, a União Europeia, de impor de modo unilateral as regras internacionais e de forçar governos a alterarem políticas domésticas consideradas prejudiciais a seus interesses. Dessa maneira, tais atores tentam conferir primazia a sua lei antitruste no mundo, através da promoção de uma cultura da concorrência, o que fica muito evidente no âmbito da aplicação extraterritorial do Direito Antitruste[160].

Finalmente, ainda em relação ao caráter unilateral da extraterritorialidade, há de se destacar que as regras de Direito da Concorrência são qualificadas como lei de polícia ou de aplicação imediata[161]. Constituem, pois, o conjunto de regras consideradas por um ordenamento jurídico como fundamentais, integrantes do domínio de regulamentação estatal e devendo por todos ser seguidas para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país. Portanto, no âmbito do antitruste, é dispensada a mediação normal da norma de conflitos geral

---

[157] DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit.* p. 144; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 40/41; RIOUX, Michèle. *Vers un Droit Mondial de la Concurrence ?* Continentalisation, Cahier de recherche 99-8. Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec à Montréal, décembre 1999. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Concurdroit.pdf>. Acesso em: 03/09/2016. p. 18.

[158] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 425/427; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 143; FOX, Eleanor. *Can We Solve the Antitrust Problems of Globalization by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy*. The Antitrust Bulletin, Vol. 48, No. 2, Summer 2008. p. 365/368.

[159] DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 167. Nesse mesmo sentido, aduz-se que o regime antitruste nacional se teria tornado um instrumento estratégico através do qual os Estados buscam promover o desenvolvimento de indústrias competitivas num mercado cada vez mais global (RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence*. p. 117/119, 129/132).

[160] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 425/426; FARIA, José Eduardo. *op. cit.* p. 144; RIOUX, Michèle. *Culture de Concurrence: les Limites de l'Antitrust International face à la Concurrence Globalisée.* p. 188/189, 192.

[161] Não se deve confundir lei de polícia com a exceção de ordem pública. Para tal distinção, remete-se a NORD, Nicolas. *Ordre Public et Lois de Police en Droit International Prive*. 468 p. Tese de Doutorado em Direito Internacional – Université Robert Schuman (Strasbourg III). 2003. Disponível em: <http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/ordre_public_et_lois_de_police.pdf>. Acesso em: 04/09/2016.

(o método bilateral clássico do conflito de leis ou conflito de jurisdições), visto que as regras possuem um status derrogatório, definindo, elas próprias, seu âmbito de aplicação no espaço[162].

Nesse contexto, várias jurisdições podem reivindicar a competência para regular uma mesma prática anticoncorrencial transnacional, visto que, de acordo com a teoria dos efeitos, possui jurisdição sobre a conduta o Estado em cujo território os efeitos da prática forem sentidos (nesse caso, portanto, todos os Estados afetados por tal comportamento)[163]. Ora, essa aplicação fragmentada do antitruste decorrente do concurso de jurisdições, com a sujeição de uma mesma prática a uma pluralidade de direitos nacionais[164], acarreta inúmeras dificuldades[165], dentre as quais a mais evidente é a possibilidade de decisões divergentes e até mesmo contraditórias[166].

Cabe ressaltar, por fim, que, apesar de todas as mencionadas limitações e críticas à aplicação extraterritorial do antitruste, e, em que pese essa técnica não ser a solução ideal para a repressão de comportamentos anticompetitivos transfronteiriços, é fato que ela é a alternativa disponível mais eficaz, de modo que a maioria dos ordenamentos jurídicos tem adotado tal perspectiva e a utilizam para combater cartéis internacionais.

Assim, embora seja muito legítima a discussão sobre os fundamentos da extraterritorialidade e a necessidade de um efetivo direito internacional da concorrência, pretende-se, aqui, adotar uma visão mais pragmática da questão. É inegável que o Direito

---

[162] SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 53; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 41; ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97/98; RACINE, Jean-Baptiste. *Droit Économique et Lois de Police*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXIV, 1, 2010. p. 65/66 ; NORD, Nicolas. *op. cit.* p. 410.

[163] É possível, todavia, que os países nos quais os efeitos são sentidos não sejam dotados de uma eficaz política antitruste ou que não apliquem sua legislação de defesa da concorrência extraterritorialmente. Tais hipóteses são comuns em países em desenvolvimento, nos quais não se há o poder para aplicar suas leis além das fronteiras ou não se tem a habilidade de processar uma conduta que foi praticada fora do território nacional (GUZMAN, Andrew. *Competition Law and Cooperation: Possible Strategies*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 350). Ademais, embora muito mais raro, pode ocorrer que nenhum Estado seja suficientemente impactado pela conduta anticompetitiva, de sorte que nenhum país reivindique a competência e aja para combater tal prática (FOX, Eleanor. *op. cit.* p. 373).

[164] Como já afirmado, há várias diferenças entre as legislações nacionais, visto que elas não existem no vácuo, mas, ao revés, são expressão dos valores e objetivos de uma determinada sociedade, refletindo preocupações distintas (CELLI JÚNIOR, Umberto. *op. cit.* p. 57/58).

[165] Tal situação é problemática não apenas para os Estados, mas também para os agentes econômicos, que passam a ter de estar atentos e a adaptar suas atividades às peculiaridades de cada lugar onde operam. Necessitam, portanto, lidar com normas e procedimentos de diversos países, havendo o risco de suas condutas receberem tratamento diferente em cada jurisdição. É evidente que isso eleva o custo das empresas, retardando o desenvolvimento do comércio internacional e dificultando a realização de operações econômicas internacionais (MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 204; SWEENEY, Brendan. *Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?* Melbourne Journal of International Law, Vol. 8, No. 1, 2007. p. 51).

[166] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 66; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 41/42; FOX, Eleanor. *op. cit.* p. 358; ADOLPHSEN, Jens. *op. cit.* p. 161; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163/165; KOJIMA, Takaaki. *International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy*. Fellowship paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-2002. Disponível em: <http://programs.wcfia.harvard.edu/fellows/files/kojima.pdf>. Acesso em: 05/09/2016. p. 23/24.

Antitruste é ainda limitado ao nível nacional, e isso não será alterado num futuro próximo, de sorte que os problemas daí decorrentes vão continuar a ser uma realidade. Em outras palavras, a persecução a cartéis internacionais permanecerá a ser realizada pelas autoridades nacionais, as quais deverão continuar a trabalhar para superar as restrições das legislações antitruste, projetadas para lidar com ilícitos domésticos. É nesse sentido que a sequência deste trabalho se pautará, dedicando-se a analisar três desafios concretos que o Direito da Concorrência precisa enfrentar quando da regulação de cartéis internacionais, relacionados a três fases distintas dos procedimentos: a definição dos efeitos, os programas de leniência e a fixação das sanções.

3.2 A DEFINIÇÃO DE EFEITOS PARA FINS DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Na seção anterior, foi visto que, ao longo da segunda metade do século XX, a aplicação extraterritorial do Direito Antitruste foi-se consolidando na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, sendo fundamentada sobretudo na teoria dos efeitos. De acordo com esta, a jurisdição do Estado pode-se estender sobre atos praticados no exterior que produzam efeitos no território nacional. Foi analisado, igualmente, que a extraterritorialidade do Direito da Concorrência está envolta em uma série de dificuldades.

Nesse contexto, o primeiro desafio que as autoridades antitruste precisam lidar, ao analisar um caso de cartel internacional, respeita-se a saber se elas possuem jurisdição sobre o referido conluio. Trata-se, em última instância, de determinar se o comportamento produz efeitos no respectivo território (caso em que o Direito nacional será aplicável, em conformidade com a teoria dos efeitos).

Entretanto, a delimitação dos efeitos de determinada prática não é tarefa simples. Para melhor compreender a questão, esta seção examinará com mais vagar, num primeiro momento, a construção da teoria dos efeitos nos Estados Unidos, destacando-se os critérios que foram sendo estabelecidos para a determinação da competência dos tribunais norte-americanos. Em seguida, será analisado como a questão é tratada no Brasil[167].

[167] Portanto, o estudo realizado neste trabalho vai-se limitar aos Estados Unidos, berço da teoria dos efeitos e principal protagonista na matéria, e ao Brasil. Serão, então, deixados de lado outras jurisdições (como a União Europeia), as quais, embora também apresentem interessantes discussões concernentes à definição dos efeitos, fogem ao objetivo pretendido neste trabalho. Em relação à UE, vide SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 229/282.

3.2.1 A evolução da teoria dos efeitos nos Estados Unidos

3.2.1.1 O caso Alcoa e o teste dos efeitos

Como foi visto, a teoria dos efeitos foi consagrada no caso *Alcoa*, no qual, pela primeira vez, o Direito Antitruste norte-americano foi aplicado em relação a um ato praticado fora do território daquele país. Em síntese, tratou-se de um de cartel internacional formado pela empresa canadense Alcoa Limited, controladora da Alcoa norte-americana, e outras seis empresas estrangeiras. Tal conluio implementou entre os signatários um sistema de quotas fixas e *royalties* para a produção de lingotes de alumínio em âmbito internacional, fazendo expressa referência ao mercado dos Estados Unidos. Nesse sentido, os efeitos produzidos em território norte-americano foram considerados suficientes para justificar a jurisdição do referido país sobre a conduta e julgá-la de acordo com o *Sherman Act*, independentemente de o cartel ter sede em outro país (Suíça), de o comportamento ter-se consubstanciado no exterior, da nacionalidade dos participantes e de as leis suíças considerarem a prática lícita[168].

No caso, o juiz Learned Hand estabeleceu o chamado teste dos efeitos (*effects test*) para determinar quando o *Sherman Act* se aplica a práticas anticompetitivas que são efetuadas fora dos Estados Unidos. Assim, dois fatores devem ser analisados para saber se é hipótese, ou não, de aplicação da legislação norte-americana: a intenção de se afetar o mercado dos Estados Unidos e a efetiva ocorrência de tais efeitos neste mercado[169].

Todavia, ao julgar o caso *Alcoa*, a Corte não se preocupou em realizar qualquer caracterização ou delimitação do termo efeitos, para torná-lo menos abrangente, vago e indefinido, ficando incertas a intensidade e natureza do efeito exigido para a aplicação do *Sherman Act*. A decisão é, inclusive, criticada por ter considerado efeitos que não teriam constituído uma parte essencial da restrição do comércio, mas que eram meramente indiretos e remotos. De fato, o julgamento não teria nem mesmo comprovado a existências dos efeitos, tendo-se presumido que eles foram produzidos em território norte-americano[170].

Sob esse prisma, os casos que seguiram ao *Alcoa* foram nesse mesmo sentido, de forma que não era difícil aos tribunais encontrar, nos comportamentos anticoncorrenciais praticados no estrangeiro, um efeito no território norte-americano que permitisse a eles se considerarem competentes para julgar. O teste dos efeitos, desse modo, passou a ser realizado de maneira

---

[168] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 73/75; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 118/119.
[169] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 52; DRESNICK, Jordan; PIRO, Kimberley; ENCINOSA, Israel. *The United States as Global Cop: Defining the 'Substantial Effects' Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad*. University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 40, No. 3, 2009. p. 467.
[170] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 119; POPOFSKY, Mark. *Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence*. In WALLER, Spencer Weber (ed.). Issues in Competition Law and Policy, Vol. III. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, 2008. p. 2422; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 10.

muito larga, havendo grande vagueza e indeterminação quanto à caracterização de seus elementos característicos[171].

No caso *General Electric*[172], por exemplo, a jurisdição dos Estados Unidos foi justificada pela existência de efeitos intentados e efetivamente concretizados (consoante reza o teste dos efeitos), mas o tribunal também lhes atribuiu as características de diretos e substanciais, buscando contribuir para a delimitação daquele termo. Entretanto, não se determinou o significado ou a forma para se constatar tais características. Ao revés, a afirmação não foi demonstrada em números, partindo-se do pressuposto de que os atos praticados pela ré, empresa holandesa, causaram, de fato, efeitos anticompetitivos, em violação ao *Sherman Act*[173].

Os casos subsequentes[174] foram ainda mais longe, aplicando-se extraterritorialmente o Direito Antitruste norte-americano além dos limites jurisdicionais razoáveis, de sorte a restar evidente a ausência de efetivos parâmetros sobre o tema. Em realidade, os tribunais não conseguiram alcançar um consenso quanto à natureza e ao *quantum* dos efeitos, tendo-se adotado formulações desencontradas e díspares, que contribuíram para uma progressiva extensão excessiva da jurisdição norte-americana no âmbito do antitruste[175].

Tal postura gerou alto grau de incerteza aos agentes econômicos, os quais não somente passaram a ter de avaliar as consequências de suas atividades nos locais onde poderiam causar impactos (e não mais apenas onde normalmente atuavam), como também não podiam afirmar com exatidão se suas condutas cairiam, ou não, na esfera jurisdicional dos Estados Unidos[176].

Ademais, muitos países reagiram negativamente à teoria dos efeitos e à forma pela qual ela vinha sendo empregada. Como visto na seção 3, muitas foram as críticas à extensão da jurisdição norte-americana, aduzindo que ela violaria princípios de Direito Internacional, como a soberania dos Estados, o que levou a reclamações diplomáticas e à criação de leis de bloqueio. A conduta dos Estados Unidos, portanto, acarretou grande tensão internacional[177].

---

[171] REZZOUK, Med. *Portée Extraterritoriale du Sherman Act : Perspectives après l'Épilogue de l'Affaire du Cartel des Vitamines*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXI, 1, 2007. p. 72; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 119

[172] Caso *United States* v. *General Electric Co.*, 82 F.Supp. 753, D.C.N.J. (1949).

[173] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 119, 133/135.

[174] Por exemplo, o caso *United States* v. *Imperial Chemical Industries*, 115 F.Supp. 835, D.C.N.J. (1953) e o caso *United States* v. *Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1963 Trade Cas. 70,600, S.D.N.Y. (1962), *judgement modified*, 1965 Trade Cas. 71,352, S.D.N.Y. (1965).

[175] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 119/120, 132/140; POPOFSKY, Mark. *op. cit.* p. 2422/2423.

[176] REZZOUK, Med. *op. cit*. p. 72; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 119/120, 140; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 105.

[177] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 76/77; REZZOUK, Med. *op. cit*. p. 72; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 9/10.

3.2.1.2 O caso Timberlane, a doutrina da cortesia e a regra jurisdicional da razão

Visando a amenizar as comentadas reações internacionais à aplicação da teoria dos efeitos, os Estados Unidos passaram a adotar algumas medidas de modo unilateral. A primeira delas tratou-se da adoção, pelos tribunais, da chamada doutrina da cortesia (*comity doctrine*), com o objetivo de contrabalançar, caso a caso, os mais diversos interesses nacionais e estrangeiros envolvidos, para, só então, decidir pelo exercício, ou não, da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste[178].

A doutrina da cortesia surgiu com o caso *Timberlane*[179], em 1976, no qual a Timberlane acusou o Bank of America, sua subsidiária hondurenha e outros agentes, incluindo oficiais do governo de Honduras, de terem conspirado para lhe impedir a exploração de madeira no referido país centro-americano, através de suas subsidiárias, e a exportação dos produtos para os Estados Unidos. O tribunal considerou que o teste dos efeitos, estabelecido no caso *Alcoa*, era incompleto, por ignorar os interesses dos outros países. Nesse sentido, para superar os inconvenientes e as limitações da teoria dos efeitos, a corte estabeleceu um critério jurisdicional, fundado em um exame que buscou conciliar o teste dos efeitos com os interesses concorrentes dos Estados estrangeiros: a regra jurisdicional da razão (*jurisdictional rule of reason*). A análise para determinar a legitimidade do exercício da jurisdição extraterritorial deveria ser fundada num teste tripartite (*tripartite jurisdictional rule of reason test*). Desse modo, os dois primeiros critérios eram aqueles já previstos no teste dos efeitos, isto é, a restrição alegada deveria ter efeitos reais ou intencionados no território norte-americano e tal afetação deveria ser de magnitude tal que poderia ser conhecida como uma violação do *Sherman Act*. O terceiro critério introduzido foi a cortesia, sendo necessário verificar se os interesses dos Estados Unidos e os vínculos a tal país eram suficientemente fortes, quando contrapostos aos interesses e vínculos referentes aos outros Estados, para justificar o exercício da jurisdição extraterritorial. Assim, muito embora os efeitos constatados no caso *Timberlane* se enquadrassem positivamente no teste dos efeitos, a corte decidiu que a avaliação do terceiro elemento afastava a competência dos tribunais norte-americanos[180].

Para clarificar o teste tripartite, especificamente em relação a seu terceiro elemento, foram elencados alguns fatores a serem considerados pelo tribunal quando da ponderação entre

---

[178] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 140/141; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 77.
[179] Caso *Timberlane Lumber Co.* v. *Bank of America*, 549 F.2d 597, 9th Cir. (1976).
[180] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 146/147; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 106/107; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 54/55; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 11; SWAINE, Edward. *Cooperation, Comity, and Competition Policy: United States*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 10; POPOFSKY, Mark. *op. cit.* p. 2424.

os interesses dos Estados Unidos e dos outros países, compondo o chamado teste da balança de interesses (*balancing of interests test*). No caso *Timberlane*, sete foram os fatores apresentados: (i) o grau de conflito com o direito ou a política estrangeira; (ii) a nacionalidade ou submissão das partes a um poder soberano e as localizações ou principais locais de negócios das empresas; (iii) a extensão dentro da qual pode ser esperado o cumprimento da hipotética decisão em cada Estado; (iv) a importância relativa dos efeitos nos Estados Unidos em comparação com aqueles havidos em outros países; (v) a extensão dentro da qual há uma intenção explícita em prejudicar ou afetar o comércio norte-americano; (vi) a previsibilidade de tal afetação; e (vii) a importância das violações alegadas em relação a uma conduta dentro dos Estados Unidos, quando comparada com a violação no exterior[181].

Posteriormente ao caso *Timberlane*, a regra jurisdicional da razão recebeu, num primeiro momento, uma calorosa recepção, e as cortes passaram a adotá-la para determinar sua competência[182]. Passou-se, inclusive, a ser obrigatória a declaração, pelos procuradores do governo norte-americano, de que o teste da balança de interesses havia sido considerado antes da interposição de ações antitruste perante os tribunais[183].

Entretanto, começou-se a destacar algumas dificuldades inerentes à doutrina da cortesia, como o fato de o Judiciário ter de realizar análises políticas, diplomáticas e econômicas, o que é bastante questionável. Ademais, a ausência de delimitação do próprio conceito de cortesia e do modo pelo qual ela deve ser aplicada tornam-na extremamente inconsistente, sujeitando seu entendimento à discricionariedade das cortes. Nesse sentido, nas décadas de setenta e oitenta, tanto a jurisprudência como a doutrina se dividiram entre a aplicação, ou não, da doutrina da cortesia e sobre a sua importância para a definição da jurisdição extraterritorial dos Estados Unidos, o que resultou em soluções muito divergentes. Assim, por exemplo, no caso *Laker Airways*[184], o tribunal considerou que a análise com base na cortesia era apenas optativa, decidindo não aplicá-la. Já no caso *Hartford*[185], a Suprema Corte norte-americana se manifestou pela primeira vez sobre a questão, afirmando que a doutrina da cortesia não era aplicável à

[181] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 147/148; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 107/108; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 168.
[182] Por exemplo, o caso *Mannington Mills, Inc.*v. *Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 3rd Cir. (1979). Tal julgado, entretanto, não utilizou, no teste da balança de interesses, exatamente os mesmos fatores definidos no caso *Timberlane*, muito embora haja semelhanças entre eles. Por sua vez, o *Restatement Third of Foreign Relations Law*, ainda que diretamente influenciado pelo caso *Timberlane*, também estabeleceu critérios parcialmente distintos. Isso demonstra a discordância, existente na jurisprudência norte-americana, quanto aos elementos que deveriam ser utilizados no aludido teste (SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 148/149).
[183] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 147/148; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 107/108; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 12.
[184] Caso *Laker Airways* v. *Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, D.C. Circuit (1984).
[185] Caso *Hartford Fire Insurance* v. *California*, 509 U.S. 764, U.S.Cal. (1993).

hipótese sob exame por inexistir um verdadeiro conflito entre as leis nacionais e as estrangeiras. Entretanto, a decisão não foi clara em determinar se a cortesia havia sido descartada em termos absolutos ou se ela deveria ser considerada apenas quando houvesse um verdadeiro conflito. A jurisprudência que seguiu a *Hartford* reproduziu tal confusão e incerteza, proferindo decisões que interpretaram a questão de formas variadas[186].

Sob esse prisma, na sequência do caso *Hartford*, a doutrina da cortesia perdeu bastante de sua força, ainda que mais recentemente ela esteja voltando a ter um papel de destaque. Todavia, seja usada, ou não, pelos tribunais, é inegável que ela tem grande relevância na evolução da aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência. Embora não tenha alterado propriamente o conceito de efeitos, tendo estes continuado a ser caracterizados de acordo com o teste dos efeitos, a regra jurisdicional da razão instituiu um critério adicional para a avaliação dos efeitos que permitem justificar o exercício da jurisdição em caráter extraterritorial, com o fito de preservar os interesses dos outros Estados envolvidos com a questão.

3.2.1.3 O Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)

A segunda medida adotada unilateralmente pelos Estados Unidos para tentar mitigar os problemas decorrentes da aplicação extraterritorial do Direito Antitruste foi a promulgação do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, em 1982, que incluiu a *Section* 6(a) ao *Sherman Act*. A elaboração do FTAIA foi motivada por duas preocupações. A primeira foi atender as reclamações das empresas norte-americanas de que o *enforcement* antitruste impedia o aumento da eficiência de suas atividades de exportação, restringindo sua capacidade de competir com agressividade no plano internacional. A segunda foi a correção de possíveis ambiguidades nos padrões legais a serem empregados para se determinar se a jurisdição norte-americana deveria ser exercida, ou seja, esclarecer o âmbito de aplicação da teoria dos efeitos, de modo a estabelecer um *standard* a ser utilizado uniformemente pelos tribunais[187].

Nesse contexto, o FTAIA fixou, como regra geral, a não incidência do *Sherman Act* sobre práticas comerciais voltadas ao comércio de exportação norte-americano, salvo nos casos em que elas tenham um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível sobre o comércio interno, sobre o comércio exterior de importação dos Estados Unidos ou, ainda, sobre o

---

[186] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 145/161; SWAINE, Edward. *op. cit.* p. 12/13; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 171/175; DAM, Kenneth. *Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case*. The Supreme Court Review, Vol. 1993, 1993. p. 289/328; POPOFSKY, Mark. *op. cit.* p. 2424/2426; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 12/16; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 77/79.

[187] POPOFSKY, Mark. *op. cit.* p. 2426; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 166; REZZOUK, Med. *Cartels Globaux, Riposte Américaine. L'Ère Empagran ?*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XIX, 1, 2005. p. 59/60.

comércio exterior de exportação, quando haja uma pessoa envolvida nesse comércio nos Estados Unidos. Tais hipóteses excepcionais de aplicação do *Sherman Act* são chamadas de exceções de dano doméstico (*domestic-injury exception*)[188].

O FTAIA estabeleceu, então, um teste uniforme (*FTAIA-Test*) para determinar o alcance extraterritorial do *Sherman Act* em relação às condutas envolvendo comércio (e que não digam respeito a importações) com nações estrangeiras. Em primeiro lugar, é necessário que o comportamento tenha um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível no comércio exterior (doméstico, de importação ou de exportação) norte-americano. Em segundo lugar, é preciso que tal efeito dê ensejo a um pedido com fundamento no *Sherman Act*. Além disso, no caso de condutas envolvendo comércio exterior de exportação, é preciso, ainda, que haja prejuízos para atividades exportadoras localizadas nos Estados Unidos[189].

Contudo, mais uma vez, não foram especificados os critérios para a definição desses elementos, o que tem gerado controvérsias até o presente. Por exemplo, enquanto o *Ninth Circuit* afirmou que o efeito deve ser entendido como direto se consubstanciar uma consequência imediata, sem acontecimentos intermediários, da atuação do agente[190], o *Seventh* e o *Second Circuits* definem como direto aquele efeito que tem um nexo causal razoavelmente próximo com o comportamento[191]. Em relação à substancialidade (elemento que já havia sido incorporado ao teste dos efeitos, consoante antes analisado), não há qualquer previsão acerca de critérios quantitativos que permitam aferir, de forma objetiva, o parâmetro da afetação do comércio ou da concorrência, de modo que as decisões têm realizado uma análise subjetiva do caso concreto, variando sobremaneira na sua definição. Por sua vez, também há grande disparidade na interpretação da previsibilidade razoável dos efeitos, presumindo-se, em geral, que um efeito substancial e direto nos Estados Unidos é considerado como razoavelmente previsível[192].

---

[188] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 79; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 165; DRESNICK, Jordan; PIRO, Kimberley; ENCINOSA, Israel. *op. cit.* p. 469/470; TAFFET, Eric. *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act's Domestic Injury Exception: A Nullity for Private Foreign Plaintiffs Seeking Access to American Courts*. Columbia Journal of Transnational Law, Vol.50, No. 1, Fall, 2011. p. 219/220.

[189] POPOFSKY, Mark. *op. cit.* p. 2427; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 16.

[190] Caso *United States* v. *LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672, 9th Cir. (2004).

[191] Caso *Minn-Chem, Inc*. v. *Agrium Inc*., 683 F.3d 845, 7th Cir. (2012) e caso *Lotes Co*. v. *Hon Hai Precision Indus. Co*., 753 F.3d 395, 2nd Cir. (2014).

[192] DUBOIS, Rene. *Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide*. New York Law School Law Review, Vol. 58, No. 3, 2013/2014. p. 716/722; DRESNICK, Jordan; PIRO, Kimberley; ENCINOSA, Israel. *op. cit.* p. 470/472, 484/486; GREENFIELD, Leon; CHERRY, Steven; LANGE, Perry; STANLEY, Jacquelyn. *Foreign Component Cartels and the U.S. Antitrust Laws: a First Principle Approach*. Antitrust, Vol. 29, No. 2, Spring 2015. p. 21; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 121/132.

A questão é ainda mais problemática no que se refere à segunda exigência da exceção de dano doméstico, isto é, a de que o efeito dê ensejo a um pedido com base no *Sherman Act*. Este é, na prática, o elemento do *FTAIA-Test* mais decisivo para determinar se a conduta pode-se submeter à jurisdição dos Estados Unidos. Aqui, mais uma vez, há grande divergência na jurisprudência norte-americana. De início, o *Fifth Circuit* afirmou que o comportamento alegado deveria dar origem ao pedido do autor, isto é, seria necessário provar que o efeito no comércio doméstico que tivesse dado ensejo à jurisdição havia levado ao dano. Dever-se-ia, pois, questionar se os prejuízos sofridos pelo demandante resultaram dos efeitos anticompetitivos sentidos nos Estados Unidos[193]. Posteriormente, o *Second Circuit* apresentou um posicionamento muito mais permissivo, exigindo apenas que a prática invocada tivesse violado as regras substantivas do *Sherman Act*, ainda que não tivesse causado o dano do autor. Ou seja, o efeito no território norte-americano deveria dar ensejo a uma demanda e não à demanda específica do caso concreto, adotando-se a análise *per se*[194]. Por sua vez, ao julgar o caso *Empagran*[195], o *D.C. Circuit* adotou um terceiro parâmetro, intermediário entre os outros dois, aduzindo ser necessário haver uma dano doméstico a algum agente privado, mas não necessariamente o pleiteante[196].

A Suprema Corte decidiu tal controvérsia, no julgamento do caso *Empagran*[197], alterando a posição do *D.C. Circuit* e determinando que a prática anticoncorrencial alegada deve dar ensejo ao dano sofrido pelo autor estrangeiro. Ficou definido, portanto, que a legislação antitruste dos Estados Unidos não se aplica às condutas praticadas no estrangeiro independentemente do mercado norte-americano, sendo preciso provar que o dano sofrido resultou do comportamento que causou efeitos perniciosos no país e que não ocorreu com independência desses efeitos. A decisão da Suprema Corte se centrou em dois argumentos. Em primeiro lugar, contrariando o decidido no caso *Hartford* (e citando um voto dissidente do referido julgado), invocou-se o Direito Internacional e a cortesia entre as nações, afirmando que a feição global do mercado ou do cartel não confere um caráter mundial ao Direito da Concorrência. Desse modo, trouxe à tona novamente a noção de que se deve evitar uma interferência excessiva na autoridade soberana de outras nações. Ademais, a Corte asseverou que o Congresso não desejou expandir o *Sherman Act*, de sorte que, ao tempo em que o FTAIA

---

[193] Caso *Den Norske Stats Oljeselskap As* v. *HeereMac Vof*, 241 F.3d 420, 5th Cir., Tex. (2001).
[194] Caso *Kruman* v. *Christie's Intern. PLC*, 284 F.3d 384, 2nd Cir., N.Y. (2002).
[195] Caso *Empagran S.A.* v. *F. Hoffmann-La Roche, Ltd.*, 315 F.3d 338, D.C. Cir. (2003).
[196] GREENFIELD, Leon; CHERRY, Steven; LANGE, Perry; STANLEY, Jacquelyn. *op. cit.* p. 21; TAFFET, Eric. *op. cit.* p. 222/223; REZZOUK, Med. *Cartels Globaux, Riposte Américaine. L'Ère Empagran ?*. p. 64; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 167/170.
[197] Caso *F. Hoffmann-La Roche, Ltd.* v. *Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004).

foi editado, não se teria considerado aplicável o Direito Antitruste norte-americano ao caso em que uma vítima estrangeira sofreu um dano em um terceiro país, sem ligação com um efeito anticoncorrencial interior aos Estados Unidos. Outro argumento utilizado foi o fato de que, ao aceitar a jurisdição norte-americana no caso, os programas de leniência poderiam ser enfraquecidos[198].

Entretanto, a Suprema Corte apenas decidiu o problema mais simples, deixando em aberto a questão de se as condutas exteriores dependentes do mercado norte-americano justificam o exercício extraterritorial da jurisdição dos Estados Unidos. Nesse sentido, não se definiu se um efeito estrangeiro que não pode existir sem um efeito interno norte-americano constituiria um efeito estrangeiro dependente. Isto é, se os tribunais norte-americanos têm competência para julgar uma demanda de um autor estrangeiro que se fundamenta numa prática que produz danos tanto domésticos quanto externos, em que os efeitos domésticos do comportamento global dá ensejo ao dano externo. Nesse contexto, o *D.C. Circuit* estabeleceu ser necessária uma relação causal direta ou próxima (*proximate causation*) entre o efeito doméstico e o dano estrangeiro, e não uma mera relação *sine qua non* (*but for causation,* de acordo com a qual o dano estrangeiro não teria existido se o efeito interno não tivesse sido produzido)[199]. O *Eighth* e o *Ninth Circuits* também adotaram um teste da causa próxima para a definição do segundo elemento da exceção de dano doméstico[200]. Assim, embora a Suprema Corte ainda não tenha-se manifestado sobre a questão, o padrão tem sido o entendimento de acordo com o qual o autor precisa, no *FTAIA-Test,* demonstrar uma nexo causal direto entre o efeito direto, substancial e razoavelmente previsível causado no território norte-americano e o dano. Os tribunais, contudo, não são claros na determinação do que efetivamente constitui uma causa próxima, permanecendo ainda grande incerteza nesse sentido[201].

Por outro lado, vale ressaltar que o FTAIA é expresso ao excluir do seu âmbito de aplicação as atividades comerciais de importação dos Estados Unidos[202]. Dessa forma, em

---

[198] TAFFET, Eric. *op. cit.* p. 223; REZZOUK, Med. *Cartels Globaux, Riposte Américaine. L'Ère Empagran ?*. p. 75/81; SWAINE, Edward. *op. cit.* p. 8; ADOLPHSEN, Jens. *op. cit.* p. 157.

[199] Caso *Empagran S.A.* v. *F. Hoffman-La Roche, Ltd*., 417 F.3d 1267, D.C. Cir. (2005).

[200] Caso *Inquivosa SA* v. *Ajinomoto Co. (In re Monosodium Glutamate Antitrust Litig.)*, 477 F.3d 535, 8th Cir. (2007) e caso *Centerprise Int'l Inc.* v. *Micron Technology, Inc. (In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litig.)*, 546 F.3d 981, 9th Cir. (2008).

[201] DRESNICK, Jordan; PIRO, Kimberley; ENCINOSA, Israel. *op. cit.* p. 472/473; EZZOUK, Med. *Cartels Globaux, Riposte Américaine. L'Ère Empagran ?*. p. 76, 82; TAFFET, Eric. *op. cit.* p. 224/227; BAUER, Joseph. *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Do We Really Want to Return to American Banana?*. Maine Law Review, Vol 65, No. 1, 2012. p. 15/16.

[202] Alguns tribunais se referem a tal exclusão como a exceção de importação (*import exception*). Entretanto, não se trata, efetivamente, de uma exceção, mas da própria regra geral, posto que é o FTAIA quem prevê um regime especial.

relação aos atos de comércio de importação, o *Sherman Act* é integralmente aplicável, não sendo empregado o *FTAIA-Test*, mas o teste dos efeitos (ou, ainda, de acordo com o entendimento, o teste da regra jurisdicional da razão), consoante restou reafirmado no caso *Hartford* e em outros casos mais recentes[203]. Contudo, o FTAIA também não trouxe uma definição do que deve ser considerado comércio de importação. A questão mais complexa é saber se as importações indiretas devem, ou não, ser consideradas como importações nos termos do FTAIA. Mais especificamente, se componentes oriundos de cartel, vendidos antes no exterior e apenas depois importados pelos Estados Unidos, como parte de um produto finalizado[204], devem ensejar a aplicação do *Sherman Act* ou do FTAIA. Nesse sentido, enquanto algumas cortes são mais restritivas, exigindo que haja uma transação de importação direta do produto cartelizado para o mercado norte-americano[205], outras adotam uma posição mais permissiva, bastando que o objeto do cartel, ainda que integrante de um produto final, venha a adentrar no território dos Estados Unidos[206]. Desse modo, tal incerteza contribui ainda mais para as divergências na aplicação do FTAIA[207].

Nesse contexto, embora, consoante mencionado, um dos objetivos visados pelo FTAIA tenha sido esclarecer e definir, com mais exatidão, o âmbito de aplicação da teoria dos efeitos, ele resultou em uma variedade inconsistente de entendimentos quanto à sua interpretação, sendo esta por vezes restritiva e por outras extensiva. Ora, tal instrumento legislativo possui uma

---

[203] Por exemplo, o caso *Minn-Chem, Inc*. v. *Agrium Inc*., 683 F.3d 845, 7th Cir. (2012) e o caso *United States* v. *Hui Hsiung*, 758 F.3d 1074, 9th Cir. (2014).

[204] Isto é, um produto cartelizado que integra uma cadeia global de valor.

[205] Por exemplo, no caso *Motorola Mobility LLC* v. *AU Optronics Corp*., 775 F.3d 816, 7th Cir. (2015), o tribunal considerou que a compra de telas LCD (produto de cartel) pelas subsidiárias estrangeiras da Motorola, posteriormente incorporadas em smartphones importados pelos Estados Unidos, não configura comércio de importação nos termos do FTAIA, este devendo ser aplicado ao caso. Foi considerado como importação apenas a aquisição direta pela Motorola do produto cartelizado.

[206] No caso *Costco*, por exemplo, determinou-se que a venda para os Estados Unidos, por um coconspirador, de um produto final, que contenha um componente objeto de cartel, constitui uma importação, excluindo a aplicação do FTAIA (*Costco Wholesale Corp*. v. *AU Optronics Corp.*, No. C13-1207RAJ, W.D. Wash. (Sept. 22, 2014). O mesmo entendimento foi adotado no caso *Fenerjian* v. *Nongshim Co. Ltd*., 13-CV-04115-WHO, 2014 WL 5685562, N.D. Cal. (Nov. 4, 2014). Já no caso *Animal Science Products, Inc.* v. *China Minmetals Corp*., 654 F. 3d 462, 470, 3rd Cir. (2011), o tribunal determinou não ser necessário o cartelista agir como importador físico (direto). Ao revés, a questão relevante para a determinação do que constitui importação refere-se ao fato de o comportamento anticompetitivo alegado ter sido direcionado a um mercado de importação, ou seja, é preciso apenas que a conduta do agente se dirija a produtos ou serviços a serem importados para os Estados Unidos.

[207] FIEBIG, Andre. *Import Commerce and the Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 35, No. 2, 2015. p. 1A-11A; ALFORD, Roger. *op. cit.* p. 17; BAUER, Joseph. *op. cit.* p. 11; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 166; GREENFIELD, Leon; CHERRY, Steven; LANGE, Perry; STANLEY, Jacquelyn. *op. cit.* p. 20; STUTZ, Randy. *The FTAIA in Flux: Foreign Component-Goods Cases Have Tripped, But Have They Fallen?* CPI Antitrust Chronicle, Vol. 1, No. 2, Winter 2015. p. 3; SOWELL, Robert. *New Decisions Highlight Old Misgivings: A Reassessment of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act Following Minn-Chem*. Florida Law Review, Vol. 66, Iss. 1, 2014. p. 537/540.

linguagem extremamente truncada, tendo sido redigido com pouca elegância[208], de sorte que pouco contribuiu para solucionar a confusão relativa à aplicação extraterritorial do antitruste norte-americano[209]. Ao revés, na prática, o FTAIA veio, de fato, exonerar ainda mais da aplicação da legislação norte-americana as atividades de exportação dos Estados Unidos contra empresas ou Estados estrangeiros (como os cartéis de exportação), desde que não afetassem de modo direto, previsível e substancial o comércio norte-americano ou as empresas situadas no país dedicadas ao comércio de exportação[210].

Diante disso, fica evidente que os tribunais norte-americanos não são uniformes na interpretação do *Sherman Act*, nomeadamente no que concerne à teoria dos efeitos. Nesse sentido, não se pode afirmar que existe uma definição objetiva dos efeitos que justificam a aplicação extraterritorial da legislação concorrencial dos Estados Unidos. Consoante analisado, há, ao menos, três métodos para sua caracterização, quais sejam o teste dos efeitos, a doutrina da cortesia e o *FTAIA-Test*[211]. E apesar das contribuições que eles fornecem, ainda há, em cada um desses métodos, uma série de questões que são mantidas em aberto. Permanece-se, pois, com grande insegurança jurídica, não se podendo afirmar, com precisão, quando a jurisdição antitruste norte-americana será aplicada a atos anticompetitivos praticados no exterior.

3.2.2 A teoria dos efeitos no Brasil

3.2.2.1 Considerações iniciais

Embora tenham sido feitos breves comentários sobre a extraterritorialidade do Direito da Concorrência no Brasil na seção 3, faz-se necessário aprofundar um pouco mais a questão, antes de adentrar especificamente na análise da definição dos efeitos.

Como foi afirmado, a Lei n.º 12.529/2011 prevê, em seu art. 2º, a teoria dos efeitos, sendo esta o fundamento para o exercício da jurisdição extraterritorial antitruste brasileira. Nesse sentido, há a atribuição da competência internacional para as autoridades pátrias

---

[208] A caracterização do FTAIA como *inelegantly phrased* é do *First Circuit*, no caso *United States* v. *Nippon Paper Indus.*, 109 F.3d 1, 1st Cir. (1997).

[209] Vale mencionar que, aqui, apenas foram comentadas as discussões mais relevantes para o objetivo desta seção, isto é, a definição dos efeitos. Entretanto, merece deixar registrada a existência de inúmeras outras questões problemáticas e indefinidas quanto ao *FTAIA-Test*, em particular, e à teoria dos efeitos, em geral.

[210] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 166/167; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 79/80; BAUER, Joseph. *op. cit.* p. 5, 11; SOWELL, Robert. *op. cit*. p. 523, 552.

[211] Poder-se-ia mencionar, ainda, o *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, editado pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*. Tais diretrizes refletem a forma pela qual o Direito da Concorrência será interpretado e aplicado pelas autoridades antitruste norte-americanas, fixando uma série de pressupostos para a determinação da competência no que diz respeito às condutas praticadas em território estrangeiro. A última versão data de 1995 e reflete uma postura ampliativa, hostil e agressiva da aplicação da jurisdição extraterritorial pelo país, apresentando uma concepção bastante abrangente dos efeitos. Para mais detalhes sobre tal documento, vide SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 172/177.

submeterem a sua apreciação os comportamentos anticoncorrenciais estrangeiros que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional[212].

No Brasil, há uma competência concorrente na aplicação do Direito da Concorrência entre o CADE, responsável pelos processos administrativos (dentre os quais aqueles para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica), e o Poder Judiciário, a quem cabe a revisão das decisões tomadas pelo CADE, além da apreciação direta das infrações à ordem econômica, tanto na esfera cível (nas ações privadas de indenização), como na criminal (nos processos penais para processar e julgar os crimes contra a ordem econômica)[213]. Dessa forma, ambos, o CADE e o Judiciário, podem exercer a jurisdição extraterritorialmente[214].

Tendo em vista a natureza não penal da Lei n.º 12.529/2011, as regras sobre a extraterritorialidade do Direito da Concorrência não são fundamentadas nos dispositivos referentes à extraterritorialidade previstos no Código Penal[215]. Tampouco a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pode servir de parâmetro para o tema, diante da qualificação do antitruste como lei de polícia ou de aplicação imediata, como antes visto. Desse modo, as normas de competência internacional dos órgãos judicantes, sejam eles administrativos ou judiciais, bem como as regras procedimentais relativas ao tema, são respaldadas na legislação processual civil, nomeadamente nos atuais arts. 21 e 75, X do Código de Processo Civil de 2015[216-217].

Vale mencionar, também, que inexiste, para o estabelecimento da competência das autoridades nacionais sobre atos praticados no exterior e que produzam ou possam produzir efeitos no país, qualquer exigência de vínculo efetivo entre a pessoa que a competência visa a alcançar e o território do Brasil. É que a determinação da competência internacional das autoridades brasileiras segue apenas o critério territorial, não havendo um tratamento específico para os temas da jurisdição pessoal e material em apartado. Pouco importam, assim, a

---

[212] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 125; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 134.
[213] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 156/159.
[214] TIMM, Luciano Benetti. *Jurisdiction, Cooperation, Comity, and Competition Policy in Brazilian International Antitrust Law*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 66.
[215] Refere-se, aqui, especificamente, à Lei n.º 12.529/2011 e seu emprego na esfera administrativa e civil. Reconhece-se, entretanto, que a aplicação extraterritorial das regras de Direito Penal que sancionam as infrações à ordem econômica deve-se dar em conformidade com os princípios desse ramo específico do Direito.
[216] CASELLA, Paulo Borba. *op. cit.* p. 514/517; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 66/68; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 336/339.
[217] Por fugir do objeto deste trabalho, não será possível explicar, de modo aprofundado, a fundamentação da competência internacional das autoridades aplicadoras do Direito da Concorrência. Nesse sentido, vide SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 331/342.

nacionalidade ou o local do domicílio do agente, sendo os efeitos, por si só, suficientes para justificar o exercício da jurisdição, o que é corroborado pela exegese do art. 31 da Lei n.º 12.529/2011[218].

Por sua vez, os parágrafos do art. 2º da Lei n.º 12.529/2011[219] não objetivam restringir a competência internacional das autoridades brasileiras às pessoas neles elencadas. Ao revés, tais dispositivos visam apenas a simplificar e tornar mais efetivos o processo e a posterior execução da decisão proferida, com a introdução da concepção do grupo de empresas, de acordo com a qual os braços da empresa estrangeira no Brasil devem ser considerados como integrantes dela e, portanto, como partes no processo administrativo ou judicial estabelecido contra aquele ente. Entretanto, é plenamente possível que sejam submetidas à jurisdição antitruste brasileira empresas estrangeiras que não possuam estabelecimentos, agentes ou qualquer forma de representação no país. A única diferença é que, nesses casos, o processo será bem mais complexo, visto que a notificação do representado deverá ser realizada por carta rogatória (ou, em algumas circunstâncias, por notificação postal direta, conforme será analisado na terceira parte do trabalho), e a decisão necessitará ser homologada no país em que pretenda ser executada[220].

3.2.2.2 A definição de efeitos no Direito da Concorrência brasileiro

Embora a Lei n.º 12.529/2011 incorpore explicitamente a teoria dos efeitos, ela não é clara no que tange à definição destes, isto é, o legislador não qualificou quais efeitos são suficientes para justificar o exercício extraterritorial da jurisdição antitruste brasileira[221]. Assim, o trabalho da doutrina e da jurisprudência são fundamentais para esclarecer, com mais precisão, os parâmetros dentro dos quais a extraterritorialidade do Direito da Concorrência brasileiro deve-se pautar.

---

[218] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 126; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 59; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 340/341.

[219] Art. 2º (...)

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

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

[220] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 127/128; MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* p. 1066/1068; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 342/356. Vide esta última obra para um exame mais completo sobre as regras procedimentais estatuídas no art. 2º da Lei n.º 12.529/2011.

[221] MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* p. 1063/1064; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 60.

De início, como já mencionado, é preciso que os efeitos sejam ou possam ser produzidos no território nacional, de sorte que o mercado internacional se encontra fora do âmbito de aplicação da Lei, salvo nos casos em que os efeitos sobre aquele repercutam igualmente sobre o mercado interno brasileiro. Nesse sentido, de maneira diferente do antitruste norte-americano, exclui-se da égide de proteção da Lei as condutas que repercutam apenas no mercado exterior brasileiro, tendo em vista que seus efeitos não seriam sentidos no território do país. Reside aqui uma primeira delimitação da matéria, de ordem territorial[222].

Ademais, para justificar a aplicação extraterritorial, não se exige que o efeito tenha sido concretizado, bastando que ele possa ser produzido. Desse modo, também são considerados aqueles efeitos que, embora ainda não materializados, possam ser, previsivelmente, provocados no território nacional. É necessário, contudo, que eles estejam em vias de serem gerados, sendo a possibilidade de sua ocorrência real e efetiva. A previsibilidade deve ser fundada em critérios objetivos, hábeis a aferir quais os efeitos que potencialmente decorreriam do comportamento estrangeiro, devendo-se rechaçar qualquer determinação com base em aspectos subjetivos. Como exemplo de fatos palpáveis a ancorar a potencialidade, pode-se indicar a atuação, no Brasil, de representante exclusivo, ou de filial, dos agentes envolvidos na prática ou, ainda, a conclusão de acordos de exclusividade pelos quais a importação de produtos cartelizados fosse realizada unicamente pelos referidos atores[223].

Além disso, a doutrina aduz que a qualificação dos efeitos deve ser realizada à luz dos dispositivos legais que tratam das infrações e práticas anticompetitivas, sobretudo o art. 36 da Lei n.º 12.529/2011. Tal norma tem caráter complementar na delimitação dos atos estrangeiros a serem submetidos ao ordenamento pátrio. Dessa forma, existindo a possibilidade efetiva de ocorrer, no território nacional, algum dos efeitos prescritos nos incisos do art. 36, *caput*[224], encontra-se justificada a jurisdição material brasileira em Direito Antitruste[225]. Afinal, como já afirmado, a caracterização do ilícito concorrencial, no Brasil, é realizada pelo objeto ou efeito, de modo que, para ser reputado contrário à ordem econômica, o ato deve ensejar a incidência

---

[222] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 126; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 332; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 59/60.

[223] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 343; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 125; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 334/335.

[224] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[225] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 126; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 332/333; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 60.

do mencionado art. 36[226]. Dessa forma, apenas podem ser considerados efeitos, para fins de aplicação extraterritorial do antitruste brasileiro, aqueles que se consubstanciem em uma das hipóteses previstas pela legislação como determinantes de uma infração anticoncorrencial.

Cabe mencionar, também, que, em realidade, duas são as análises efetuadas pelas autoridades no que diz respeito aos efeitos, realizadas em momentos distintos e com finalidades diversas. Uma primeira, concernente ao estabelecimento da jurisdição brasileira para examinar a questão, e uma posterior, quando do exame do mérito da causa, para definir se houve, de fato, infração à ordem econômica. Por ser o único dispositivo na lei que trata da extraterritorialidade, o art. 2º (orientado pelo art. 36) fundamenta ambas as análises, de modo a se confundir, em certa medida, a verificação das regras de direito processual (fixação da competência internacional) e material (julgamento sobre a ocorrência do ilícito)[227]. Observa-se, contudo, que, no primeiro momento, o exame quanto à determinação dos efeitos deve ser mais superficial, tendo em vista que só depois, com a instrução, a autoridade disporá de elementos para avaliar, de modo mais fundamentado, se a conduta em discussão efetivamente produziu ou podia produzir efeitos (aqueles descritos no art. 36) no território nacional.

A doutrina assevera, ainda, que os efeitos, para fins de aplicação extraterritorial, deveriam ser diretos, substanciais e intencionais ou razoavelmente previsíveis[228]. Dessa forma, seria necessária a existência de um nexo causal próximo (imediaticidade) entre o comportamento anticompetitivo e os efeitos por ele provocados no país. Todavia, a doutrina não é pacífica nesse sentido[229], e o próprio CADE vem decidindo no sentido de considerar os efeitos indiretos como hábeis a justificar o exercício da jurisdição extraterritorial[230]. Ademais, o ato estrangeiro deveria ter implicações substanciais ou sensíveis sobre o território nacional,

---

[226] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 131/134.

[227] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 333/334; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 65/66; FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 436/437.

[228] De acordo com Silva (SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 120), a aplicação cumulativa dessas três características essenciais é defendida tanto pela *International Law Association* quanto pelo *Institut de Droit International*, em relação a qualquer efeito que justifique a extraterritorialidade em matéria de Direito da Concorrência (e não apenas no que concerne a determinados efeitos, como ocorre nos Estados Unidos, onde apenas se exige os três elementos quanto à exceção de dano doméstico, em decorrência do *FTAIA-Test*).

[229] Defendendo a possibilidade de aplicação extraterritorial do antitruste em relação a efeitos indiretos do comportamento anticoncorrencial praticado no exterior, colocam-se, por exemplo, WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 60 e FARIA, José Ângelo Estrella. *op. cit.* p. 25.

[230] O CADE já dava a entender que essa era a sua posição quando estabeleceu, no item 47, VII de seu Guia de programa de leniência, que, dentre as informações que devem ser fornecidas pelo proponente do acordo de leniência, está, no caso de cartel internacional, a explicação sobre os efeitos diretos ou indiretos da infração no Brasil (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 19/10/2016. p. 32). A questão parece ter sido pacificada no julgamento do cartel de memória DRAM, no qual foi expressamente determinada a possibilidade de exercício da jurisdição extraterritorial brasileira diante de efeitos indiretos de prática anticompetitiva no mercado nacional. Tal decisão será melhor analisada adiante.

de sorte que efeitos de reduzido impacto não justificariam o exercício extraterritorial da jurisdição pátria. Entretanto, como já mencionado, a avaliação da substancialidade de um efeito é deveras problemática, sobretudo quando não há parâmetros quantitativos, como é o caso do Brasil[231]. Por fim, seria preciso haver a intenção ou, ao menos, a previsibilidade razoável, por parte do agente que praticou o ato anticoncorrencial, de que este causaria ou poderia causar efeitos no território nacional[232]. A exigência deste último elemento no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é também criticável. Ora, o art. 36 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que a infração da ordem econômica é constituída pela conjugação da prática (ainda que lícita) com o efeito, independentemente de culpa. A infração configura, pois, um desvio de finalidade do poder econômico, não se fazendo necessário prova da intenção do agente em provocar o efeito anticompetitivo[233].

Vale ressaltar, ainda, que a Lei n.º 12.529/2011 introduziu, dentre os procedimentos administrativos que regula, o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica (art. 48, I). Este será instaurado pela Superintendência-Geral quando decorram da representação dúvidas quanto à competência do CADE para apreciar a questão levantada. Dessa forma, diligências deverão ser tomadas, dentro do prazo máximo de 30 dias, para apurar se a conduta examinada trata de matéria de competência do SBDC[234]. Nesse sentido, o procedimento preparatório poderá ter grande utilidade para determinar se dado comportamento praticado no estrangeiro produz ou pode produzir efeitos no território nacional, isto é, se a referida prática justifica o exercício extraterritorial da jurisdição brasileira. Contudo, por se tratar da primeira análise acima comentada, a avaliação deve ser mais perfunctória que aquela que será feita quando do julgamento do mérito pelo Tribunal do CADE.

Finalmente, a definição dos efeitos também é fundamental para a propositura de acordos de leniência (tema a ser analisado na seção subsequente). É que, quando se tratar de conduta

---

[231] Ao menos no que diz respeito aos comportamentos anticompetitivos. Por outro lado, é bem verdade que o art. 88 da Lei n.º 12.529/2011 fornece critérios que podem auxiliar a definir os casos em que concentrações transnacionais precisam ser submetidas ao controle do CADE (pelo menos no que se refere a operações envolvendo transnacionais que tenham filiais ou subsidiárias no território nacional).

[232] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 121/132, 331/332.

[233] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, n° 2, novembro 2013. p. 14/15. Cabe ressaltar, entretanto, que a Lei n.º 12.529/2011 inovou ao exigir, em seu art. 37, III, a comprovação de culpa ou dolo para autorizar a caracterização do ilícito no caso de administrador direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, configurando-se hipótese específica de responsabilidade subjetiva (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p.144/146).

[234] FORGIONI, Paula. *op. cit.* p. 147/148. O referido procedimento é regido pelo art. 66, §§ 2º a 6º da Lei n.º 12.529/2011, bem como pelos arts. 139 e 140 do Regimento Interno do CADE (RICADE).

ocorrida fora do Brasil, o demandante daquele benefício deverá indicar provas de que os efeitos foram produzidos ou poderiam ser produzidos no território nacional, sob pena de sua proposta ser rejeitada pelo CADE. Tal exigência se justifica pela necessidade de se comprovar a competência da autarquia em relação ao comportamento em questão[235].

3.2.2.3 Análise jurisprudencial da definição de efeitos

Embora, como visto, tanto o CADE como o Judiciário tenham competência para aplicar extraterritorialmente a legislação antitruste, apenas o primeiro tem atuado nesse sentido. Dessa forma, a jurisprudência no assunto é limitada ao âmbito administrativo, não havendo ainda decisões judiciais que tenham examinado diretamente a aplicação da teoria dos efeitos no Direito da Concorrência brasileiro[236]. A doutrina explica tal fenômeno pela inexistência, até o momento, de decisões administrativas que tenham provocado controvérsias na referida matéria, bem como pelo fato de as empresas envolvidas evitarem ao máximo recorrer ao judiciário brasileiro, o qual é tido como moroso e não tão capacitado tecnicamente no que diz respeito ao Direito da Concorrência. Ademais, há, aqui, um reflexo da política antitruste brasileira como um todo, que tem a responsabilização administrativa como seu eixo fundamental[237]. Por outro lado, esse cenário deverá alterar-se nos próximos anos, devido à tendência na intensificação tanto do *enforcement* privado, como da persecução penal aos cartéis[238].

Além disso, dentre os vários casos nos quais o CADE já se manifestou sobre a extraterritorialidade e a teoria dos efeitos, a grande maioria ocorreu no âmbito do controle de concentrações, tendo em vista que este constituía, até recentemente, o principal foco do trabalho da autarquia. Entretanto, também há decisões relativas à repressão de condutas anticoncorrenciais, e elas têm crescido a cada ano, em decorrência do papel de destaque que a luta contra cartéis vem assumindo no SBDC. Dessa forma, serão analisadas, na sequência, as

---

[235] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, 2016. p. 13/14, 37.

[236] SILVEIRA, Paulo Burnier da; TOLLINI, Priscilla Tardelli. *op. cit.* p. 171. Há, entretanto, ao menos uma decisão judicial (no julgamento do REsp n.º 615.628-DF) que menciona, de forma superficial e sem avançar na discussão, a questão ora em análise, quando da revisão de uma decisão do CADE referente a controle de concentração transfronteiriço. Por outro lado, não foram encontradas decisões judiciais concernentes à aplicação extraterritorial em ações privadas de indenização ou em processos penais.

[237] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 356; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 129; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 66, 68/69.

[238] MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 266/267, 269/270.

principais decisões referentes a cartéis internacionais no que toca, especificamente, à questão da definição dos efeitos[239].

O primeiro julgamento de um cartel internacional no Brasil ocorreu em 2007, no célebre caso do cartel de vitaminas[240], em que o CADE condenou empresas dos grupos La Roche, Aventis e BASF ao pagamento de multas que, juntas, ultrapassaram 17 milhões de reais, em razão de acordo de fixação de preços e outras práticas colusivas por parte de suas respectivas matrizes situadas no exterior. Os principais meios de prova utilizados no processo administrativo foram as decisões que condenaram as referidas empresas nos Estados Unidos e na União Europeia, tendo o CADE justificado sua competência no art. 2º da Lei n.º 8.884/1994 (correspondente ao atual art. 2º da Lei n.º 12.529/2011). Em seu voto, o Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boâs Cueva explicitou tal entendimento:

> Induvidosa, portanto, a aplicabilidade das normas brasileiras de defesa da concorrência, ainda que nenhum ato tenha sido praticado em território nacional, e mesmo que nenhum efeito tenha de fato se produzido, bastando que se prove a potencialidade de danos internamente, dos atos praticados fora do Brasil[241].

Restou provado, no caso, que o mercado brasileiro de vitaminas era provido, quase que totalmente, por importações das empresas demandadas, configurando-se uma posição de dominância incontestável delas. Além disso, comprovou-se que o modo de funcionamento e fiscalização do cartel, por meio de orçamentos, era fixado pelas representadas a partir de suas sedes no exterior e implementado em nível regional e local pelas subsidiárias. Dessa forma, não havia indícios de que as subsidiárias brasileiras tomavam decisões autônomas em relação à comercialização de vitaminas. A partir da análise organizacional dos grupos, concluiu-se não apenas pela possibilidade de propagação dos efeitos do cartel praticado no exterior em território nacional, mas também pela sua efetiva e concreta constatação[242].

Em seu voto-vogal, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo aduziu que uma jurisdição é afetada por cartel se sua área de abrangência inclui, no todo ou em parte, o objeto do conluio, sendo irrelevante o local onde o acordo é celebrado. Logo, o cerne da questão deve ser o espaço englobado pelo ajuste, de sorte que, para haver a condenação, basta-se provar que o Brasil integra o escopo da conduta. Em relação a esta prova, o Conselheiro indicou dois

---

[239] Para uma análise da questão no que diz respeito ao controle de concentrações, vide WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 62/64; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 129/131; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 357/371; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 455/466.
[240] Processo administrativo n.º 08012.004599/1999-18 (cartel de vitaminas).
[241] Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boâs Cueva no caso do cartel de vitaminas.
[242] Idem.

caminhos possíveis, cada um individualmente suficiente. O primeiro se refere a provas documentais, que podem ser, inclusive, decisões de autoridades estrangeiras que demonstrem a inclusão do país no acordo. Nesse sentido, havendo sido atestado que o pacto abrangia a América Latina, que todas as representadas possuíam centros regionais no continente, com sede no Brasil, e que este país era o principal mercado de vitaminas da região, seria absolutamente improvável, e até irracional do ponto de vista econômico, que o Brasil fosse excluído da divisão do mercado e da imposição de preços concertados. O segundo caminho apontado se dá por provas factuais. Desse modo, através do método de fluxos de produto nas duas direções e posto que o Brasil importava a quase totalidade de suas vitaminas, concluiu-se que não seria possível se falar em um mercado brasileiro daquelas. Ao revés, o mercado ultrapassava as fronteiras domésticas, reunindo as regiões produtoras, como a União Europeia e os Estados Unidos, onde a existência do cartel já havia sido provada (inclusive por confissão). Assim, depreendeu-se que o Brasil fazia, sim, parte do objeto do conluio, sendo a jurisdição nacional competente para puni-lo[243].

Já o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado afirmou que, tendo em vista a presunção da potencialidade dos efeitos nocivos do cartel clássico (ilicitude *per se*), uma vez estabelecidas as condições de sua existência, alcança-se o *quantum* probatório necessário para a condenação, não havendo que se provar efetivamente os efeitos. Seria preciso, contudo, demonstrar que o cartel internacional operou no mercado brasileiro. Havendo, pois, evidências diretas testemunhais e documentais, torna-se prescindível a busca de indícios suplementares, como estudos econométricos[244]. Nesse contexto, a Presidente Elizabeth Farina reforçou que o exame sobre a potencialidade ou probabilidade da produção de efeitos exige um padrão de prova mais simplificado[245].

Por fim, ainda em relação às provas, o Conselheiro-Relator acrescentou inexistir, no sistema jurídico brasileiro, qualquer exigência de padrão específico para as infrações à ordem econômica, imperando o princípio do livre convencimento motivado. Dessa forma, concluiu que a prova indiciária é um meio legítimo, não sendo necessário, para atestar a infração, o uso exclusivo de prova direta[246]. Além disso, aduziu que também não há qualquer óbice para o uso de decisões estrangeiras como meio de prova, sendo apenas preciso que se respeitem as

[243] Voto-vogal do Conselheiro Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no caso do cartel de vitaminas.
[244] Voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no no caso do cartel de vitaminas.
[245] Voto-vogal da Presidente Elizabeth Farina no no caso do cartel de vitaminas.
[246] Aditamento ao Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boâs Cueva no caso do cartel de vitaminas.

exigências do art. 13 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e que o documento esteja em língua portuguesa[247].

Outro caso relevante trata-se do cartel de mangueiras marítimas[248], julgado pelo CADE em fevereiro de 2015, com condenação de três empresas e uma pessoa física em multas que totalizaram mais de 13 milhões de reais. Em seu voto, o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior ressaltou a posição de autonomia de cada jurisdição, desvinculando as decisões das autoridades brasileiras dos julgamentos de outros ordenamentos. A existência, ou não, de investigação internacional sobre o caso analisado não retira do Brasil a competência para apurar a conduta que tenha sido praticada em território nacional ou que nele tenha produzido efeitos. Ademais, ratificou-se o entendimento de que não importa o domicílio ou o local onde os atos foram praticados e/ou onde os infratores tenham residência, sendo apenas necessário provar que a jurisdição brasileira foi afetada pelo conluio. Foi corroborada, ainda, a possibilidade de utilizar, como meio de prova, documentos internacionais produzidos no estrangeiro, uma vez submetidos à ampla defesa e ao contraditório, sendo dispensável a homologação pelo Judiciário brasileiro. Em relação à caracterização dos prejuízos causados pelo cartel à concorrência nacional, restou demonstrado que a divisão de mercado e a fixação de preço incluíam o Brasil, tendo como o principal alvo uma empresa brasileira, a Petrobrás, maior adquirente de mangueiras marítimas no país, além de outros agentes compradores do produto no território nacional[249].

Por outro lado, no julgamento do suposto cartel no mercado de elastômeros termoplásticos (TPE)[250], em 31 de agosto de 2016, o CADE decidiu pelo arquivamento do processo, determinando que se não houver adesão de outros concorrentes na aplicação do preço combinado pelo cartel operado no exterior nas vendas para o Brasil, não há efetivação do conluio com efeitos no país. Em outras palavras, para haver efeitos no território nacional, é preciso uma efetiva atuação concertada dirigida ao mercado brasileiro, não bastando que apenas um dos concorrentes aplique, naquele, o preço que foi acordado para outras localidades.

A seu turno, grande destaque merece ser conferido ao cartel dos compressores[251], julgado pelo CADE em 16 de março de 2016, no qual foram sancionadas, com a aplicação de multas cuja soma ultrapassou 21 milhões de reais, três empresas e três pessoas físicas. Tal caso,

---

[247] Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boâs Cueva no caso do cartel de vitaminas.
[248] Processo administrativo n.º 08012.010932/2007-18 (cartel de mangueiras marítimas).
[249] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no caso do cartel de mangueiras marítimas.
[250] Processo administrativo nº 08012.000773/201120 (cartel no mercado de elastômeros termoplásticos – TPE), de relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende.
[251] Processo administrativo n.º 08012.000820/200911 (cartel dos compressores).

já paradigmático no que concerne ao tema ora em análise, discutiu com mais profundidade a definição dos efeitos, muito contribuindo para o desenvolvimento da jurisprudência na matéria.

De acordo com o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, a questão relativa ao conceito de efeitos não se mostrou tão relevante nos casos de cartéis internacionais anteriormente julgados pelo CADE. Até então, as empresas condenadas possuíam consideráveis participações de mercado no Brasil, havendo elas vendido volumes relevantes de produtos ou serviços no território nacional, de sorte que os respectivos acordos constituíam típicos cartéis de fixação de preço. Entretanto, foi ressaltada a necessidade de se aprofundar a discussão, tendo em vista que os cartéis (tanto domésticos como internacionais) têm-se sofisticado, com um elevado nível de organização e articulação para evitar a detecção pelas autoridades antitruste[252].

Nesse sentido, foi afirmado que, nos casos pretéritos, o CADE adotou uma simplificação, equiparando efeitos a vendas para fins de condenar agentes que estabeleciam acordos anticoncorrenciais, já que a existência de vendas no território nacional é o sinal mais claro de que a economia brasileira foi prejudicada. Todavia, há outros efeitos, também deletérios e nocivos do ponto de vista da concorrência, que merecem ser igualmente considerados, como eventual fechamento ou divisão de mercado. Dessa forma, aduziu-se que o conceito de efeitos econômicos negativos de um comportamento anticompetitivo vai muito além da noção de vendas (ou importações) no Brasil[253]. Conforme o Conselheiro-Relator, além destas últimas, é preciso perquirir, da mesma maneira, se o Brasil foi objeto de discussões entre concorrentes e/ou se foram compartilhadas informações sensíveis (especialmente as relativas a preços e estratégias de vendas) referentes a produtos comercializados no território nacional. Ora, os agentes podem, por exemplo, limitar de modo artificial a oferta no país, para que um deles comercialize produtos de maneira irrisória, a fim de simular competição. É possível, outrossim, que se firmem acordos de não venda, pelos quais o mercado relevante é dividido para controlar aquilo que cada agente vai vender ou deixar de vender em cada território, limitando ofertas de produtos nos locais em que atuam. Em tais casos, a existência, ou não, de vendas no país é irrelevante, porquanto os concorrentes manipulam a competição de forma combinada no Brasil, afrontando ao art. 36, *caput* e § 3º, I da Lei n.º 12.529/2011[254].

---

[252] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no caso do cartel dos compressores.

[253] Posteriormente, no julgamento do cartel de memória DRAM, afirmou o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior: "se o legislador quisesse punir apenas cartelistas que tivessem vendido produtos para o Brasil, o art. 2º da Lei 12.529/11 contemplaria a palavra 'vendas' e não a palavra 'efeitos'". Vide Processo administrativo n.º 08012.005255/2010-11.

[254] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no caso do cartel dos compressores.

Assim, concluiu-se que a caracterização da conduta anticompetitiva deve ser baseada na existência de vendas no Brasil e/ou no compartilhamento de informações sensíveis e de estratégias de vendas que envolvam produtos comercializados no território brasileiro. Em última análise, a questão é a de saber se o cartel operava no Brasil, isto é, se o mercado doméstico era tratado pelos cartelistas. Isso pode ocorrer quando há vendas dos conspiradores para o país (com consequente sobrepreço), mas também em havendo outras discussões sobre o mercado nacional pelos referidos *players*, tais quais a redução de oferta (ou até mesmo a não venda) no Brasil e o compartilhamento de estratégias comerciais (incluindo aquelas sobre o país) em nível internacional[255].

Nos debates orais realizados durante a sessão de julgamento, o Conselheiro João Paulo de Resende ressaltou que, em países exportadores líquidos de determinado produto, os preços nacionais, por lógica de mercado, são função dos preços internacionais. Dessa forma, em tais casos, restam configurados efeitos ao mercado nacional quando o preço internacional é artificialmente construído como parte de uma conduta ilícita[256].

Por sua vez, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, aduzindo-se tratar de um caso emblemático, por ter sido a primeira oportunidade em que houve buscas e apreensões coordenadas e simultâneas promovidas pelas autoridades antitruste do Brasil, da União Europeia e dos Estados Unidos, sublinhou a importância da cooperação internacional no combate a cartéis transfronteiriços (tema que será melhor examinado na terceira parte deste trabalho). Nesse sentido, asseverou que tal atuação coordenada refletiu também a participação do mercado brasileiro no conluio, de sorte a reforçar o fato de que ele estava umbilicalmente relacionado com a prática internacional[257]. Dessa forma, fica evidente que outros indícios externos, como o indicado pelo Conselheiro, podem igualmente contribuir para a demonstração da existência de efeitos anticoncorrenciais (potenciais ou efetivos) no país.

Enfim, cabe destacar que, ao final dos debates, foi levantada, *en passant*, a questão do padrão probatório para a caracterização dos efeitos. Segundo a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, embora o cartel doméstico constitua um ilícito *per se*, em se tratando de conluio internacional, é preciso apreciar o caso de acordo com a regra da razão, fazendo-se

---

[255] Idem.
[256] Áudio da sessão de julgamento do Processo administrativo n.º 08012.000820/200911, na 81ª Sessão Ordinária de Julgamento do Tribunal do CADE, realizada em 16 de março de 2016.
[257] Idem.

necessário comprovar efeito (ainda que potencial) no mercado brasileiro, no que foi acompanhada pelo Conselheiro-Relator[258-259].

O entendimento desenvolvido no caso do cartel dos compressores foi corroborado posteriormente, nos julgamentos do cartel de vidro[260] e do cartel de memória DRAM[261]. Neste último, foram discorridas em mais detalhes as hipóteses de conluios que envolvem bens intermediários. O Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior consignou que não é a natureza do produto que define a tipologia dos efeitos, ou seja, o cartel não possui efeitos indiretos apenas por ser uma colusão relativa a um bem intermediário. Em realidade, os efeitos a serem analisados são aqueles do cartel e não os do produto, uma vez que é o bem jurídico o elemento que é ofendido pelo conluio e é sobre ele que incide a reprovabilidade jurídica e social. No caso concreto, foi constatado que, além de ter havido importação direta de memória DRAM cartelizada para o Brasil, houve também a importação de produtos cuja composição dependia daquela. Além de a memória DRAM representar relevante parcela de tais produtos finais, o referido insumo constituía a essência (*essential facility*) daqueles bens, de modo que estes perderiam praticamente toda sua funcionalidade sem aquela[262].

Ora, o insumo cartelizado alterou a dinâmica concorrencial dos produtos finais, posto que as ineficiências associadas à memória DRAM, decorrentes da existência do conluio, foram repassadas aos produtos que usam esse insumo e que, por sua vez, foram exportados ao Brasil, repercutindo, assim, na economia nacional[263]. Dessa forma, afastou-se a tese de que os cartéis só seriam puníveis se produzissem efeitos diretos no Brasil, confirmando-se que os acordos que

---

[258] Idem.

[259] Parece, todavia, que essa já era a posição que vinha sendo adotada pelo CADE em seus julgamentos anteriores sobre cartéis internacionais, ainda que se mencionasse expressamente tratar-se de casos de ilicitude *per se*. Ora, diferentemente dos cartéis domésticos, em relação aos quais a jurisprudência do CADE exige apenas a prova de sua existência (isto é, a configuração do ilícito *per se* ou por objeto), nos casos de cartéis internacionais, sempre se demonstrou, ao lado da existência do conluio, a produção de efeitos (efetivos ou potenciais) no mercado brasileiro. O que há de inovador neste caso é que, enquanto antes a prova dos efeitos era obtida a partir de uma presunção de que a existência de vendas no Brasil importava efeitos no território nacional, passa-se a reconhecer outras formas de se realizar aquela prova. Entretanto, nas duas hipóteses, demonstra-se a produção de efeitos (ainda que potenciais) no Brasil, o que evidencia, em ambos os casos, uma análise através da regra da razão.

[260] Processo Administrativo nº 08012.005930/200979 (cartel de vidro para tubo de raios catódicos – CRT), de relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Julgado em 9 de novembro de 2016, condenou duas empresas e quatro pessoas naturais em multas que alcançaram a soma de quase 7 milhões de reais.

[261] Processo administrativo n.º 08012.005255/2010-11 (cartel no mercado de memória dinâmica de acesso aleatório – DRAM), de relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 23 de novembro de 2016, resultou na condenação de cinco empresas e duas pessoas físicas em multas que somaram 7 milhões de reais.

[262] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no caso do cartel de memória DRAM.

[263] Nesse sentido, asseverou o Conselheiro-Relator: "quando se trata de um bem essencial, qualquer que seja o percentual representativo do valor do final do produto não é apropriado para mensurar os efeitos da conduta, já que a própria indisponibilidade integral do produto final – e de suas funcionalidades – é suficiente para que eu firme minha convicção pela potencialidade negativa do cartel internacional de DRAM. Por isso, no presente caso, os efeitos indiretos são também qualitativos e abarcam todos os produtos que dependem de DRAM para desempenhar suas funções".

prejudicam a cadeia produtiva, mas não envolvem com exclusividade o produto final, podem, sim, ser alcançados pela jurisdição brasileira. Afinal, se apenas fossem condenáveis conluios com vendas diretas, os cartéis de insumos dificilmente seriam sancionados, ainda que extrapolassem fronteiras e prejudicassem vários países. Logo, restou consolidado que os efeitos indiretos podem, sem dúvida, integrar a definição de efeitos no sistema antitruste brasileiro[264].

Diante do exposto, fica evidente que, muito embora o CADE ainda não tenha propriamente fixado princípios sobre a definição dos efeitos, ele vem, ao longo dos anos, aperfeiçoando sua jurisprudência na matéria. Nesse sentido, não há dúvidas sobre a possibilidade da aplicação extraterritorial da legislação antitruste doméstica, uma vez demonstrado que a conduta realizada no exterior produziu efeitos anticompetitivos, potenciais ou efetivos, no Brasil. No fundo, para justificar o exercício da jurisdição pátria, é preciso que o cartel internacional tenha operado em território brasileiro, ou seja, o mercado nacional deve ter integrado as decisões efetuadas pelos conspiradores (ele deve ter sido incluído no objeto do acordo). Por sua vez, tal fato pode ser demonstrado pela efetiva venda do produto cartelizado no país (como ocorreu na maior parte dos casos julgados até hoje pelo CADE) ou por outros indícios, como o compartilhamento de informações sensíveis referentes ao mercado brasileiro. Ademais, consignou-se também que a definição dos efeitos não está limitada aqueles de caráter direto, podendo de igual modo albergar efeitos indiretos.

Entretanto, várias questões ainda permanecem em aberto, ou, ao menos, sem uma definição exata. É o caso, por exemplo, consoante ventilado superficialmente ao fim do julgamento do cartel dos compressores, de saber se os conluios internacionais devem ser avaliados como ilícitos *per se* ou de acordo com a regra da razão.

Nesse contexto, é fundamental que o CADE continue a desenvolver sua jurisprudência na matéria, de modo a fornecer parâmetros cada vez mais precisos e seguros sobre a definição de efeitos para fins de aplicação extraterritorial do antitruste brasileiro. Por outro lado, seria demasiado salutar que a autarquia, em conformidade com o que já vem fazendo com outros temas, como os programas de leniência e os termos de compromisso de cessação, elaborasse um documento consolidando as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados no assunto, a fim de conferir maior segurança jurídica e nortear a sociedade como um todo quanto à aplicação da teoria dos efeitos no Brasil. Por fim, não se pode olvidar que a atuação do Judiciário na aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência também poderá auxiliar

[264] Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no caso do cartel de memória DRAM.

numa definição mais objetiva dos efeitos hábeis a justificar a extensão da jurisdição antitruste brasileira.

3.3 OS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA MULTIJURISDICIONAIS EM CASOS DE CARTÉIS INTERNACIONAIS

3.3.1 Considerações gerais sobre os programas de leniência

Como visto anteriormente, a ferramenta mais efetiva para o combate a cartéis, nas mais variadas jurisdições, têm sido os programas de leniência[265] (*leniency programs*). Estes se referem a um sistema de exoneração parcial ou total das penalidades que seriam aplicadas a um participante de cartel, em troca de cooperação com a autoridade antitruste. Tal colaboração pode consistir na delação dos membros do acordo e na prestação de informações ou evidências relacionadas ao cartel perante a autoridade concedente da leniência[266].

Os cartéis sempre foram difíceis de ser combatidos. Até o fim dos anos 1970, a única forma de que as autoridades antitruste dispunham para lutar contra tais conluios era a instauração de uma investigação, com o fito de acumular provas suficientes da existência do acordo e de sancionar os agentes que dele fizessem parte. Dessa forma, diante dos recursos limitados das agências nacionais e da complexidade das investigações, estas não eram muito comuns. Com a introdução do programa de leniência norte-americano, em 1978 (e sobretudo com sua reforma na década de 1990, com o alastramento de tal instrumento por todo o mundo), essa lógica até então dominante começa a ser alterada, passando a haver, efetivamente, uma intensificação do combate aos cartéis, inclusive os internacionais, conforme já afirmado. Há, dessa forma, uma virada decisiva na política da concorrência dos países, dando origem a um novo contexto no qual a luta contra cartéis torna-se muito mais eficaz e menos dispendiosa[267].

---

[265] Os termos leniência, clemência, imunidade e anistia são usados em diferentes regimes, suas definições podendo variar de acordo com a jurisdição. Neste trabalho, dar-se-á preferência ao termo leniência, aqui considerado como gênero do qual são espécies todas as gradações de tratamento mais brando, como a extinção completa das sanções (geralmente denominada imunidade ou anistia) e sua simples redução.

[266] WILS, Wouter. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*. In SCHMIDTCHEN, Dieter; ALBERT, Max; VOIGT, Stefan (ed.). The More Economic Approach to European Competition Law. Conferences on New Political Economy, Vol. 24. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 205; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy*. Versão atualizada em 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.
pdf>. Acesso em: 08/09/2016. p. 4.

[267] MARCHAL, Florian. *L'Évolution des Procédures de Clémence*. Revue Française d'Économie, Vol. XXVIII, nº 3, 2013. p. 73/74.

A instituição do programa de leniência busca perturbar a estabilidade e o equilíbrio internos do cartel, os quais, como já analisado, são fundamentais para o sucesso de tais conluios. A estratégia de tais programas se centra em, concedendo aos membros do cartel uma recompensa pela confissão, disseminar a desconfiança no seio do acordo. A inspiração desse instituto vem do paradigma econômico da teoria dos jogos, particularmente do dilema do prisioneiro, oferecendo-se a um agente econômico uma escolha de natureza dicotômica entre a participação no jogo (colusão) ou a trapaça (denúncia)[268].

Tais programas possuem um efeito tanto repressivo, objetivando detectar mais casos e sancioná-los de forma mais dura, como preventivo, destinado a desestimular e reduzir a formação de novos cartéis[269]. Todavia, aduz-se que os programas de leniência também podem ter efeitos pró-colusivos, visto que, diante da possibilidade de pagar multas reduzidas, diminui-se o custo do comportamento anticompetitivo, o que estimularia a formação de cartéis. Fala-se, nesse sentido, em programas de leniência exploráveis (*exploitable leniency programs*)[270].

Sob esse prisma, as autoridades antitruste, ao estabelecerem um programa de leniência, precisam realizar uma delicada arbitragem para que seus efeitos negativos sejam superados pelos positivos. Assim, a leniência deve ser suficientemente generosa no que tange à redução ou exoneração das multas, mas sem que seu objetivo dissuasivo seja comprometido[271].

---

[268] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 74/75; DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 232/233; SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*. CEPR Discussion Paper No. 4840, January 12, 2005. Disponível em: <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>. Acesso em: 10/09/2016. p. 3. Vale ressaltar que o tradicional modelo do dilema do prisioneiro não se encaixa perfeitamente ao caso do programa de leniência, algumas adaptações devendo ser feitas para melhor refletir a realidade antitruste. Para uma análise dos princípios econômicos da teoria dos jogos aplicados à atividade das autoridades antitruste, bem como da forma pela qual os mencionados elementos distintivos devem ser utilizados para a elaboração e maximização de efeitos de um programa de leniência, vide LESLIE, Christopher. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. The Journal of Corporation Law, Vol. 31, No. 2, Winter 2006. p. 453/488; ZINGALES, *Nicolo*. E*uropean and American Leniency Programmes*: *Two Models Towards Convergence*? (2008). The Competition Law Review, Vol. 5, Issue 1, December 2008. p. 8/26; RUFINO, Victor Santos. *Análise da Conformação Normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 1, n. 1, maio 2015. p. 47/64.

[269] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 75; WILS, Wouter. *op. cit.* p. 220/225; CONNOR, John. *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*. SSRN Working Paper, May 20, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285
469>. Acesso em: 09/09/2016. p. 2.

[270] SPAGNOLO, Giancarlo. *op. cit.* p. 15; WILS, Wouter. *op. cit.* p. 230/232; MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Leniency Programs and Cartel Prosecution.* International Journal of Industrial Organization, Vol. 21, Iss. 3, March 2003. p. 349; HINLOOPEN, Jeroen; SOETEVENT, Adriaan. *Laboratory Evidence on the Effectiveness of Corporate Leniency Programs*. The RAND Journal of Economics, Vol. 39, Iss. 2, 2008. p. 607/608. Aduz-se, ainda, que, com o programa de leniência, as empresas, sobretudo as transnacionais, passam a integrar o risco concorrência em suas estratégias, instrumentalizando a leniência em seu favor para excluir os concorrentes e conquistar novos mercados, tal qual um cavalo de Tróia (DESBROSSE, Pierre. *Les Programmes de Clémence à l'Épreuve de la Globalisation des Marchés*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXIV, 2, 2010. p. 227/230).

[271] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 78; WILS, Wouter. *op. cit.* p. 227/228.

Ademais, três pré-requisitos são essenciais para uma implementação bem-sucedida de um programa de leniência. Em primeiro lugar, é necessária uma atmosfera de alto risco de detecção, de modo que os agentes econômicos sintam que, na ausência de um acordo de leniência, a aplicação da lei antitruste e a imposição de sanções é algo certo. Depois, é fundamental a existência de uma política antitruste que estabeleça sanções severas para os conspiradores que não sejam parte do acordo. Finalmente, o programa de leniência precisa ser transparente e previsível, sendo possível antecipar como o denunciante (denominado de *whistleblower*) será tratado e quais serão as consequências de sua ação[272].

Parte-se, aqui, do pressuposto de que os programas de leniência se tornaram armas de dissuasão em massa nas mãos das autoridades antitruste[273], produzindo resultados concretos em todo o mundo e permitindo uma detecção e repressão de cartéis, inclusive internacionais, sem precedentes[274-275]. Dentre os casos mais célebres de conluios transfronteiriços desmantelados no mundo, grande parte decorreu de programas de leniência, como os cartéis de lisinas, de vitaminas e de eletrodos de grafite. A título de exemplo, dentre os 62 cartéis internacionais condenados nos Estados Unidos, entre 1993 e 2008, ao menos três quartos deles foram processados com o auxílio de um delator[276]. No Brasil, igualmente, a grande maioria dos processos referentes a cartéis internacionais foi iniciada por meio de acordos de leniência. Até

---

[272] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy*. p. 5/6; HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program.* Discurso proferido pelo Director of Criminal Enforcement, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no ICN Workshop on Leniency Programs, realizado em Sydney, Austrália, entre os dias 22 e 23 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program >. Acesso em: 10/09/2016.

[273] A expressão é de BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. *Evaluating Antitrust Leniency Programs*. Journal of Competition Law and Economics, Vol. 10, Iss. 1, 2014. p. 111.

[274] Cabe ressaltar que este trabalho não objetiva aprofundar na questão da eficácia dos programas de leniência, tema já bastante trabalhado, sobretudo na ciência econômica, a quem se remete: MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *op. cit.*; BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. *op. cit*. p. 107/136; SPAGNOLO, Giancarlo. *op. cit.*; HINLOOPEN, Jeroen; SOETEVENT, Adriaan. *op. cit.*; CHEN, Zhijun; Rey, Patrick. *On the Design of Leniency Programs.* Working Paper No. 08-18, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2007. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-18.pdf>. Acesso em: 10/09/2016; MILLER, Nathan. *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*. American Economic Review, Vol. 99, No. 3, 2009. p. 750/768; HARRINGTON JR, Joseph; CHANG, Myong-Hun. *When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels?* Journal of Law and Economics, Vol. 58, No. 2, May 2015. p. 417/449; AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William. *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*. International Journal of Industrial Organization, Vol.24, Iss. 6, 2006. p. 1241/1266; BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloé; SPAGNOLO, Giancarlo. *Trust, Leniency, and Deterrence.* The Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 31, No. 4, 2015. p. 663/689; PINHA, Lucas Campio; BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. *A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. p. 133/152.

[275] Também não se objetiva discutir, aqui, as implicações ético-morais do programa de leniência. Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 245; WILS, Wouter. *op. cit.* p. 232/234; MARTINEZ, Ana Paula. *Desafios do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013.* Revista do Advogado (Associação dos Advogados de São Paulo), ano XXXIV, nº 125, dezembro de 2014. p. 28/30.

[276] CONNOR, John. *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers.* p. 11, 22/26.

2016, foram celebrados mais de 25 acordos em casos de conluios internacionais, dentre os quais, por exemplo, nos cartéis de mangueiras marítimas, de cargas aéreas, de compressores e de vidro[277].

Sob esse prisma, como comentado, sobretudo a partir de 1993, os programas de leniência foram sendo gradualmente adotados em todo o mundo, tanto em países desenvolvidos, como naqueles em desenvolvimento, o que ocorreu em paralelo à já mencionada disseminação de legislações antitruste. Hoje, mais de cinquenta jurisdições preveem tal instituto em seus direitos nacionais[278].

Entretanto, existe uma variedade de distinções entre os programas de leniência dos diversos países, visto que características existentes em uma jurisdição podem não ser facilmente transpostas para outra, devido a obrigações legais ou à necessidade de compatibilização com outros elementos da política antitruste ou da política pública em geral. Ainda assim, apesar de poucas práticas serem universais, a maioria dos programas compartilham características comuns[279]. Desse modo, costuma-se exigir que o requerente da leniência cesse de imediato sua participação na conduta colusiva. Ademais, em geral, a leniência deve ser possível tanto em circunstâncias em que a agência antitruste não tem conhecimento do cartel, como naquelas em que a autoridade está ciente da existência do conluio, mas não possui evidências suficientes para prosseguir no processo. Nesse sentido, a leniência pode ser concedida mesmo posteriormente à instauração da investigação, ainda que, em tais casos, o benefício costume ser menos generoso (ou seja, um tratamento inferior à leniência total)[280].

---

[277] MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 261/264; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 239; SILVEIRA, Paulo Burnier da; TOLLINI, Priscilla Tardelli. *op. cit.* p. 171, 174, 180/182; ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *op. cit.* p. 2, 6.

[278] BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. *op. cit*. p. 108/111; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries*. TD/RBP/CONF.7/4, 26 August 2010. Disponível em : <http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4_en.pdf>. Acesso em: 10/09/2016. p. 3/4.

[279] A seguir, serão apresentadas aquelas características mais relevantes para as discussões que serão desenvolvidas na sequência deste trabalho. Para uma análise mais completa, vide INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy.* p. 8/10; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf >. Acesso em: 09/09/2016. p. 7/10.

[280] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy.* p. 7; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. p. 9; OBERSTEINER, Thomas. *International Antitrust Litigation: How to Manage Multijurisdictional Leniency Applications*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 1, 2013. p. 17.

Outra característica frequente na maioria dos programas de leniência é sua concessão apenas para o primeiro requerente elegível, adotando-se a denominada política do *first through the door* ou do *winner takes all*[281]. Dessa forma, costuma-se estabelecer um sistema de senhas (*marker system*), o qual permite que o primeiro denunciante reserve o primeiro lugar na fila para a leniência por um período de tempo especificado, durante o qual ele pode conduzir investigações internas suplementares para obter mais informações e evidências, aperfeiçoando seu pedido. Assim, ainda que o requerente não tenha conseguido reunir toda a documentação e evidências exigidas para a concessão da leniência, ele pode perfazer o pedido posteriormente sem perder o benefício de ter sido o primeiro a se apresentar. A senha é uma declaração concedida pela autoridade da concorrência, afirmando que determinado agente foi o primeiro (ou o segundo, o terceiro, etc.) a se apresentar e lhe concedendo um prazo curto (em geral, de no máximo um mês) para completar seu pedido, com a garantia de que obterá a leniência caso cumpra as exigências. Tal prática incita uma corrida entre os coconspiradores para serem o primeiro a obter o *marker*[282], o que gera ainda mais instabilidade no âmbito do cartel e desestimula a chamada estratégia do *wait-and-see*[283].

Finalmente, outra característica que se tem disseminado é a adoção da chamada leniência *plus*, através da qual se busca atrair agentes que já estão sob investigação pela participação em um cartel a relatarem outros conluios de que também façam parte e que são desconhecidos da autoridade antitruste. Permite-se, pois, que um conspirador que não pode-se qualificar como o primeiro delator (*first in the door*) no cartel investigado, mas que pode sê-lo num segundo cartel, receba, além da leniência neste último, uma redução adicional das sanções decorrentes de sua participação no primeiro, em troca de cooperação com a autoridade da concorrência. Tal instrumento se destina a cartelistas que atuam em vários mercados, de modo que começa a se estabelecer um padrão no qual a descoberta de um cartel em determinado

---

[281] Embora a leniência completa, isto é, a imunidade total, só seja concedida para o primeiro requerente, os outros agentes, em alguns sistemas, podem beneficiar-se de uma leniência parcial, com a redução de multas, proporcionalmente ao grau de sua cooperação. Outros sistemas conferem apenas uma única leniência, embora seja permitido aos demais agentes a celebração de acordo com a autoridade antitruste (*plea agrement*), que também lhes confere benefícios, ainda que menores que os resultantes da leniência.

[282] Isto é, para ser o *first in the door*, já que a leniência é concedida apenas a este último (*winner takes all*).

[283] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy.* p. 8; DIAWARA, Karounga. *op. cit.* p. 234; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 17; LACERDA, João Felipe Aranha. *The Leniency Programs and the Creation of a One-Stop Shop for Markers.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº 2, novembro 2014. p. 65/66.

mercado relevante leva à revelação de outros acordos anticompetitivos em mercados conexos[284].

3.3.2 Análise comparativa dos principais regimes[285]

Como acima aduzido, a introdução do programa de leniência, no âmbito do antitruste, deu-se nos Estados Unidos, em 1978, quando foi adotado o primeiro *Corporate Leniency Policy*[286]. Todavia, ele permaneceu em larga medida ineficaz até 1993, quando foi levada a cabo uma reforma que estabeleceu um novo programa de leniência naquele país. A partir de então, a concessão da leniência antes do início da investigação (*type A leniency*) passou a ser automática. Ademais, a leniência passou a ser permitida depois de a investigação ter sido instaurada (*type B leniency*) e a ser automaticamente estendida para os diretores e empregados integrantes da corporação que cooperem junto com a empresa nas investigações. Em 1994, foi também estabelecido um programa de leniência para pessoas físicas, aplicando-se para aqueles que denunciem o conluio em nome próprio, e não como parte integrante da confissão de uma empresa. Outra importante mudança ocorreu em 2004, quando se passou a conceder ao delator o benefício de ser responsabilizado por danos simples (*detrebling of damages*), ao invés dos tradicionais danos em triplo (*treble damages*), além da não aplicação da responsabilidade solidária com os coconspiradores em relação aos danos a que não deu causa, nas posteriores

---

[284] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy.* p. 9; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1109; MARTYNISZYN, Marek. *Leniency (Amnesty) Plus: a Building Block or a Trojan Horse?* In BENEYTO, José-Maria; MAILLO, Jerómimo (ed.). The Fight Against Hard-Core Cartels in Europe: Trends, Challenges and Best International Practices. Brussels: Bruylant, 2016. p. 103/125. Vide o último texto para interessante crítica à adoção de tal instituto em várias jurisdições. De acordo com o autor, a leniência *plus* foi desenvolvida nos Estados Unidos (onde é conhecida como *amnesty plus*), no contexto de investigações de cartéis internacionais, e recentemente, foi transplantada para outras jurisdições. Todavia, segundo ele, em geral, tal implementação foi apenas parcial, visto que, enquanto nos EUA a referida ferramenta, quando aplicável, é compulsória (sob pena de uma sanção adicional, a *penalty plus*), em muitos outros regimes ela é apenas opcional. Dessa forma, tais jurisdições (dentre as quais se encontra o Brasil) teriam apenas introduzido cenouras extras (a redução adicional das sanções), mas não bastões extras (por inexistir qualquer penalidade na ausência de confissão da participação em cartéis conexos). Ademais, em muitos países, permitiu-se o uso de tal instituto várias vezes em relação à mesma sanção. Assim, ao invés de um instrumento para a repressão de cartéis, a leniência *plus*, em tais sistemas, ter-se-ia transformado em uma ferramenta para conspiradores, tendo efeito pró-colusivo por funcionar como incentivo para a formação de cartéis em mercados conexos.

[285] Aqui serão apresentadas apenas as características principais dos programas de leniência dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil. Para uma análise de programas de leniência em outras jurisdições, vide INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Leniency Manual: Launch Edition*. ICC Commission of Competition. Paris, April 2016. Disponível em: <http://www.iccgermany.de/fileadmin/user_upload/Content/Wettbewerb/ICC-Leniency-Manual-Launch-Edition.pdf>. Acesso em: 12/09/2016; MELLO, Magno Antonio Correia de. *Programas de Leniência em Países Membros e Parceiros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico*. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Área VIII – Administração e Serviço Público. Brasília, novembro de 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/26442>. Acesso em: 12/09/2016.

[286] Nos Estados Unidos, leniência significa a completa anistia (*amnesty*) de condenação penal e de multas.

ações civis de reparação (*follow-on actions*), desde que coopere com os autores destas[287]. Dessa forma, o programa de leniência norte-americano[288] foi sendo aperfeiçoado, tendo obtido muito sucesso, o que pode ser traduzido na elevação dramática no número de persecuções a cartéis internacionais[289].

Por sua vez, a União Europeia, muito embora já tivesse antes reduzido multas ou até mesmo se abstido de aplicá-las em decorrência da cooperação prestada pelo agente, adotou, inspirada pelo sucesso obtido nos Estados Unidos, um programa de leniência[290] em 1996, o qual foi posteriormente reformado em 2002 e em 2006[291]. Tal qual no regime norte-americano, na UE, também pode ser concedida a imunidade de qualquer multa (leniência completa) à empresa[292] que primeiro[293] submeter informações e evidências referentes a um cartel cuja investigação ainda não foi iniciada ou em relação ao qual, ainda que já sob investigação, a Comissão não possui provas suficientes para a condenação. A seu turno, os agentes que não sejam elegíveis para obter a imunidade podem-se beneficiar de uma leniência parcial (redução das multas), desde que apresentem à Comissão elementos que acresçam um valor às provas já em posse da autoridade. A redução das multas pode variar de 50 a 20 %, de acordo com a data na qual as provas suplementares foram apresentadas (ou seja, a posição do agente na ordem de

---

[287] Isto é, o beneficiário da leniência passa a ser civilmente responsável apenas em relação aos danos que causou e em relação a seus próprios clientes.

[288] Apesar de o sistema norte-americano conceder a leniência apenas ao primeiro agente a se apresentar diante da autoridade antitruste (regime do *winner takes all*, com um sistema de *markers*), é possível que um agente inelegível para a leniência (o *second in the door*) se aplique para o *plea bargaining* (ou *plea agreement*), através do qual, em se admitindo culpado e cooperando com a autoridade (*second-in cooperation*), obtém algum benefício, o qual é determinado caso a caso. Para uma maior análise desse instituto, vide HAMMOND, Scott. *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: a Good Deal with Benefits for All*. OECD Competition Committee Working Party No. 3. Paris, October 17, 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/u
s-model-negotiated-plea-agreements-good-deal-benefits-all>. Acesso em: 11/09/2016.

[289] WILS, Wouter. *op. cit.* p. 215/216; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1238; BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. *op. cit*. p. 108. As regras do programa de leniência norte-americano estão previstas no *Corporate Leniency Policy*, de 10 de agosto de 1993, e no *Individual Leniency Policy*, de 10 de agosto de 1994, ambos do *U.S. Department of Justice*. Para um maior esclarecimento de tais regras, vide igualmente HAMMOND, Scott; BARNETT, Belinda. *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters.* U.S. Department of Justice, November 19, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 11/09/2016.

[290] Na União Europeia, leniência se refere tanto à imunidade completa (*immunity*), como também a outras reduções das sanções.

[291] Em 2006, a União Europeia instituiu também o Programa de Leniência Modelo da Rede Europeia da Concorrência (*European Competition Network Model Leniency Programme*), o qual foi revisado em 2012. O objetivo desse instrumento foi servir de parâmetro para uma harmonização dos programas de leniência dos Estados-Membros, além de ter introduzido um procedimento de aplicação sumária uniforme para casos que envolvam mais de três Estados-Membros.

[292] Vale ressaltar que inexiste, no Direito da Concorrência da União Europeia, a responsabilização de pessoas físicas, de sorte que não há programas de leniência destinados a diretores, empregados ou qualquer outra pessoa natural. Ademais, repise-se que, em tal sistema, a prática de cartel não configura crime, a leniência não dizendo respeito, portanto, a sanções penais.

[293] Um sistema de senhas foi introduzido em 2006 na União Europeia, nos moldes descritos anteriormente.

apresentação perante a Comissão) e o grau de valor agregado. Desse modo, ainda que exista uma corrida pelas senhas, o programa de leniência europeu não configura propriamente um regime do *winner takes all*, sendo melhor caracterizado como um sistema do *quid pro quo*, visto que, apesar de apenas conceder a leniência completa ao primeiro denunciante, também confere benefícios aos posteriores[294], de acordo com o caráter decisivo da prova apresentada[295-296].

Já no Brasil, o programa de leniência foi introduzido no ano 2000, tendo sido reformado pela Lei n.º 12.529/2011. Permite-se que empresas ou indivíduos participantes de um cartel celebrem com o CADE, através da Superintendência-Geral, acordo de leniência, por meio do qual cessam a conduta ilegal, confessam a prática ilícita e cooperam com as investigações, identificando os demais coconspiradores e apresentando informações e documentos que comprovem a infração. Em troca, confere-se ao delator a imunidade administrativa e criminal[297], caso a autoridade antitruste não tenha conhecimento prévio do ilícito, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis, de acordo com a efetividade da informação prestada e a boa-fé do agente, na hipótese de o procedimento administrativo já ter sido iniciado[298]. Tal qual nos Estados Unidos, o programa de leniência brasileiro consubstancia um

---

[294] É bem verdade que, nos Estados Unidos, conforme antes visto, os agentes que não são os primeiros a se apresentarem também podem beneficiar-se de uma redução das sanções, através da celebração de um *plea agreement*. Trata-se, porém, de instituto distinto da leniência, muito embora ambos possuam resultados práticos semelhantes.

[295] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 76/77; WILS, Wouter. *op. cit.* p. 210/218; FEESS, Eberhard; WALZL, Markus. *Quid-Pro-Quo or Winner-Takes-It-All? An Analysis of Corporate Leniency Programs and Lessons to Learn for US and EU Policies*. Research Memorandum No. 59, Maastricht University School of Business and Economics, 1 January 2005. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1144059/guid-89205720-706f-4ddb-89a8-3aa1e71508f8-ASSET1.0>. Acesso em: 11/09/2016. p. 2/4. As regras do programa de leniência da UE estão previstas no *2006 Leniency Notice* (Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis).

[296] Em relação à responsabilização civil do beneficiário da leniência, a Diretiva (UE) 2014/104/UE previu, em seu art. 11, 4, tratamento mais favorável para ele. Assim, o agente que assinar acordo de leniência será civilmente responsável perante seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, mas apenas o será em relação aos demais consumidores lesados se a reparação integral não puder ser obtida das outras empresas implicadas na mesma infração.

[297] Pelo fato de o cumprimento do acordo de leniência acarretar a imunidade do processo criminal referente aos crimes contra a ordem econômica (tipificados na Lei n.º 8.137/1990) e aos demais crimes conexos (consoante o art. 87 da Lei n.º 12.529/2011), muito se criticou que o CADE, enquanto autoridade administrativa, pudesse conceder a referida imunidade. Para minimizar tais críticas, embora não seja uma exigência legal, a experiência do CADE busca viabilizar a participação do Ministério Público (titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal), a fim de conferir maior segurança jurídica aos participantes do programa de leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel. Nesse sentido, a cooperação entre as autoridades administrativa e criminal tem-se mostrado bastante eficaz (MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*. p. 261).

[298] Cabe ressaltar que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos e na União Europeia, a leniência, no Brasil, não tem qualquer efeito sobre a responsabilidade civil do seu beneficiário, ou seja, este não é eximido de responder por danos concorrenciais em eventuais ações privadas de indenização, continuando responsável solidário com os demais coconspiradores. Entretanto, na minuta de Exposição de Motivos do projeto de nova resolução que o CADE submeteu à consulta pública em 7 de dezembro de 2016, foram elaboradas propostas legislativas (a serem submetidas à apreciação do Congresso Nacional) sobre aspectos cíveis do ajuizamento de ações de reparações por danos concorrenciais, sugerindo a inserção de quatro parágrafos no art. 47 da Lei n.º

regime do *winner takes all*, visto que só pode dele ser beneficiado o primeiro agente a se apresentar perante a autoridade. Nesse contexto, também foi implantado um sistema de senhas, permitindo que o proponente que ainda não esteja de posse de todas as informações e documentos necessários complete o pedido a posteriori, sendo-lhe garantida a posição de apresentação[299]. Além disso, o sistema de *markers* é igualmente importante para os agentes que não tenham habilitação para a leniência, visto que lhes é permitida a celebração de termo de compromisso de cessação (TCC), também lhes conferindo benefícios, tais como a redução da contribuição pecuniária devida, proporcionais à ordem na fila de espera e à relevância da colaboração prestada[300].

3.3.3 Desafios na celebração de acordos de leniência em múltiplas jurisdições

Se a decisão de um agente econômico em confessar a prática colusiva e demandar a leniência já é bastante difícil em um caso de cartel doméstico, ela é exponencialmente mais complexa quando aquele tem dimensão internacional. Antes de tomar a decisão, o agente

12.529/2011. Dentre estes, o § 3º propõe o tratamento mais benéfico para o denunciante em relação a sua responsabilização civil, por entender que o regime atual prejudica o *enforcement* público. Tal alteração alinharia o Brasil com a experiência internacional, sobretudo dos Estados Unidos e da União Europeia. Reza o texto proposto: "não responderá solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada o signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011, cuja responsabilidade civil é limitada aos danos individuais homogêneos causados e circunscrita aos seus próprios clientes e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos" (disponível em: <http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em: 18/12/2016). A sugestão de alteração do texto legal já vinha sendo indicada pela doutrina como fundamental para que programas de leniência no país não sejam desencorajados (vide, por exemplo, MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264).

[299] MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 261/263; PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. *Programa de Leniência no Direito Concorrencial Brasileiro: uma Análise de seus Escopos e Desafios.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2, novembro 2015. p. 95/99; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement: Use of Markers in Leniency Programs – Brazil.* DAF/COMP/WP3/WD(2014)47, 18 November 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)47&doclanguage=en>. Acesso em: 13/09/2016. O programa de leniência brasileiro está previsto nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 12.529/2011 e nos arts. 197 a 210 do RICADE. Em maio de 2016, foi lançado o Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE, consolidando as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados pela autarquia.

[300] O TCC é um acordo celebrado entre o CADE e os agentes investigados, por meio do qual a autoridade suspende o prosseguimento das investigações em relação aos compromissários enquanto cumprido o ajustado, ao passo que aqueles se comprometem às obrigações previstas no termo. Dentre estas estão o reconhecimento de participação na conduta ilícita (o que difere da confissão, exigida no acordo de leniência), a colaboração com a instrução processual e o recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que é estabelecida com base no valor da multa esperada, sob o qual incide uma redução percentual que varia entre 50 e 15 %, de acordo com a amplitude e utilidade da colaboração com a instrução e o momento de propositura do TCC. Vale ressaltar, por fim, que, diferentemente da leniência, o TCC não gera benefícios no âmbito penal, muito embora o agente possa negociar, paralelamente àquele, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal. As regras que regem o TCC estão previstas no art. 85 da Lei n.º 12.529/2011 e nos arts. 179 a 196 do RICADE. Vide, também, o Guia Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel, lançado pelo CADE em maio de 2016.

precisa analisar uma série de questões, de sorte a sopesar se a soma dos benefícios da leniência supera a soma das sanções que devem vir a ser impostas. Dessa forma, é fundamental realizar a projeção da possibilidade de ser detectado e da potencial exposição às sanções em cada jurisdição na qual a empresa atuou direta ou indiretamente, além das possíveis ações privadas de indenização. Ademais, é necessário fazer uma análise quantitativa e qualitativa das evidências que possuem, para avaliar se elas são suficientes para preencher as condições impostas pelas diversas autoridades antitruste para a concessão da leniência. Portanto, o exame dos custos e benefícios deve ser feito em âmbito internacional, levando-se em conta toda a rede de sistemas antitruste ao redor do mundo[301].

Como os benefícios provenientes da leniência apenas são válidos na jurisdição onde o acordo é celebrado, o membro do cartel internacional deve considerar requerê-la em todos os países afetados pela conduta. Afinal, ainda que, em princípio, as informações fornecidas sejam confidenciais, as investigações realizadas em uma jurisdição podem chamar a atenção de outras autoridades antitruste. Na prática, certas agências, como é o caso do CADE, estão sempre alertas às investigações de cartéis levadas a cabo em outros países e podem passar a também investigar a prática no território nacional. Ademais, o requerimento da leniência em um país pode encorajar outros coconspiradores a demandá-la nas jurisdições remanescentes. Dessa forma, para evitar um semelhante efeito dominó na persecução e para garantir o maior benefício possível, o denunciante será compelido a se habilitar simultaneamente em todas as jurisdições onde haja um risco de haver o *enforcement*[302]. De outro lado, todavia, a inexistência de um programa de leniência eficiente em um país onde são impostas sanções significativas enfraquece os programas de outros sistemas, visto que o agente pode vir a desistir de demandar a leniência como um todo, dado o grau de interligação entre as jurisdições. Nesse sentido, a

[301] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 18; SPRATLING, Gary; ARP, Jared. *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*. Paper apresentado no 2010 Competition Law Spring Forum, realizado em Toronto, em 17 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp10_Spratling_paper.pdf>. Acesso em: 20/09/2016. p. 4/6. Devido a sua complexidade, a decisão acerca da leniência em casos de cartéis internacionais é comparada a um xadrez tridimensional.

[302] Como visto, a definição de efeitos para fins da aplicação extraterritorial do Direito Antitruste é bastante complexa e variável. Dessa forma, ao refletir sobre o pedido da leniência, o agente precisa definir quais jurisdições foram atingidas pela conduta, considerando, em princípio, todas aquelas nas quais a empresa vendeu o produto ou serviço cartelizado. Como essa questão não é tão clara e suficientemente segura, é possível que determinada autoridade perante a qual o agente se apresente conclua que o conluio não produziu efeitos naquele país, de sorte que ela não possui jurisdição para julgar a questão e, *a fortiori*, conceder a leniência. Contudo, tal estratégia de se apresentar perante inúmeras jurisdições (mesmo sem ter a completa convicção de serem todas competentes para decidir a questão) aumenta o risco de o agente ter suas informações vazadas, sendo mais um elemento a ser ponderado no momento de definir as autoridades às quais a leniência vai ser requerida.

efetividade do programa em um Estado vai depender da possibilidade de se buscar a leniência em outros[303].

Entretanto, a gestão de pedidos de leniência em várias jurisdições aumenta a complexidade, os riscos e os custos para o delator. Como anteriormente visto, o programa de cada jurisdição possui características próprias, de modo que o conspirador que buscar a leniência em todos ordenamentos em cujos territórios sua conduta produziu efeitos terá de enfrentar um emaranhado de regras e cronogramas que nem sempre são compatíveis[304-305].

Sob esse prisma, uma vez tendo decidido que vai reportar a conduta e demandar a leniência, o agente precisa estabelecer rapidamente uma estratégia para garantir o primeiro *marker* em todas as jurisdições pertinentes. Ora, a corrida pelas senhas que ocorre no âmbito interno, em se tratando de uma cartel doméstico, será ainda mais acirrada no caso de um cartel internacional. O agente deverá contatar as autoridades envolvidas o mais simultaneamente possível, para evitar o risco de obter a proteção em um país, mas não em outro. Tudo será, aqui, mais complexo, tendo em vista a necessidade de recolher evidências em vários continentes e traduzir todos os documentos para as muitas línguas envolvidas. Ademais, como referido, as regras de cada jurisdição são diferentes, variando a quantidade e a qualidade das informações que é preciso fornecer para garantir o *marker* e o tempo concedido para completar o pedido da leniência[306].

Assim, por exemplo, os Estados Unidos atribuem a senha baseados em um lastro probatório limitado, enquanto que a União Europeia requer um *standard* elevado das informações para garantir o *marker*. Além disso, ao passo que a Comissão Europeia tem discricionariedade, através de uma análise caso a caso, de conceder ou recusar a senha, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*U. S. Department of Justice* – DOJ) a atribui automaticamente a quem fizer o pedido. Por fim, em relação ao prazo para completar a

---

[303] PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. *op. cit.* p. 107; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 18/19; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries.* p. 8; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 228; MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 105; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1237.

[304] TALADAY, John. *Time for a Global "One-Stop Shop" for Leniency Markers*. Antitrust, Vol. 27, No. 1, Fall 2012. p. 43; BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *Corporate Leniency Applications*. The Antitrust Review of the Americas, January 2004. p. 22/23; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 228.

[305] Por exemplo, enquanto há jurisdições que exigem que o demandante continue a participar do cartel para recolher provas ou salvaguardar a investigação, outras (a maioria, diga-se de passagem) impõem a imediata cessação da prática (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries.* p. 9).

[306] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 19/20; BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *op. cit.* p. 22; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 229.

demanda, os Estados Unidos são bastante flexíveis, fornecendo, em geral, 30 dias prorrogáveis, no que são seguidos pela União Europeia, a qual fixa o referido prazo de acordo com as circunstâncias do caso, embora ressalte que ele deve ser necessariamente curto. Outras jurisdições, contudo, são mais categóricas, como é o caso da Coreia do Sul, que concede não mais que quinze dias. O CADE, por sua vez, disponibiliza um prazo não superior a 30 dias, a contar da concessão do termo de *marker*[307].

O tempo, portanto, é o fator mais decisivo para o agente que decide solicitar a leniência, estabelecendo-se, em casos de cartéis internacionais, uma corrida global pelos *markers*[308]. Afinal, como já analisado, a leniência (ou, ao menos, a leniência completa) só é concedida para o primeiro demandante (*the first in the door*). Entretanto, mesmo as posições subsequentes possuem um valor significativo, visto que algumas jurisdições conferem leniências parciais, proporcionalmente à ordem de chegada. Em outros sistemas, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil, é possível celebrar um acordo com a autoridade antitruste para a redução das sanções (*plea agreement)*, também em conformidade com a posição ocupada na fila. Logo, é fundamental realizar um *trade-off* entre tempo e precisão, de sorte a encontrar uma justa medida entre uma rápida, mas minuciosa, preparação dos documentos (sobretudo naqueles países que exigem, para concessão do *marker*, um grau elevado das provas apresentadas e naqueles cujo prazo para o aperfeiçoamento do pedido da leniência é exíguo)[309].

É possível, todavia, que os primeiros *markers* sejam concedidos a agentes distintos (ou seja, não haver um único vencedor em todas as corridas pelas senhas), de modo a haver diferentes beneficiários da leniência nas variadas jurisdições[310]. Esse é um dos problemas mais sérios decorrentes da multiplicidade de programas de leniência, tanto para as autoridades quanto para os requerentes. Ora, a eficiência do programa é fundada no afastamento da responsabilidade do requerente, para que este não tenha reservas sobre o reconhecimento da colusão e possa, dessa forma, auxiliar a autoridade antitruste na persecução do cartel. Contudo, a partir do momento em que as informações que ele fornece em um país aumenta sua exposição em outro, os incentivos da leniência são diluídos. Em uma tal situação, o agente pode querer se

---

[307] TALADAY, John. *op. cit.* p. 44, 47/46; BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *op. cit.* p. 22; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 20/21.

[308] Vale ressaltar que a diferença entre a primeira e a segunda solicitação das senhas já chegou a ser de menos de dez minutos, ficando evidente que *speed wins* (SPRATLING, Gary; ARP, Jared. *op. cit.* p. 7).

[309] SPRATLING, Gary; ARP, Jared. *op. cit.* p. 6/7; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 20; TALADAY, John. *op. cit.* p. 45; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* p. 28.

[310] Além da possibilidade de outro coconspirador ter sido mais eficiente no pedido da senha, tal fato pode também decorrer da incerteza quanto ao alcance geográfico do cartel, quando o agente não vislumbrou que determinada jurisdição havia sido afetada pela prática, ou, no caso em que não teve a segurança nessa definição, preferiu não demandar a leniência à respectiva autoridade.

defender, em um ordenamento, daquilo que ele abertamente confessou em outro. Desse modo, haverá pelo menos dois cartelistas com motivações heterogêneas, muitas vezes conflitantes, o que enfraquece a efetividade do *enforcement*. Ademais, embora as informações fornecidas pelo denunciante sejam, em princípio, confidenciais, é bastante comum que o agente renuncie a esse benefício, permitindo que as jurisdições onde ele recebeu a leniência compartilhem informações entre si. Essa cooperação que se estabelece frequentemente entre as várias autoridades antitruste permite uma troca de evidências cruciais, tornando as investigações mais céleres e eficazes. Todavia, quando os beneficiários da leniência são distintos, tal intercâmbio não é possível[311].

Diante do exposto, fica evidente que o mecanismo do programa de leniência só é plenamente eficaz quando todos os seus elementos (os cartelistas, o mercado afetado e as vítimas) situam-se numa mesma jurisdição. No caso dos cartéis internacionais, todavia, problemáticas complexas se apresentam para a coordenação dos programas de leniência multijurisdicionais. Em realidade, os atuais direitos nacionais não estão completamente adaptados ao contexto internacional, não levando em conta, em seus respectivos programas, o aspecto internacional dos cartéis. Dessa forma, consoante aduzido, a gestão de múltiplas leniências é bastante intrincada e repleta de obstáculos, sendo comparada, com razão, a um malabarismo no qual se é preciso manter várias bolas no ar ao mesmo tempo e em que se arrisca a ter todo o ato arruinado se se derrubar apenas uma delas[312].

3.3.3.1 A proteção da confidencialidade dos acordos de leniência multijurisdicionais

Um dos problemas mais graves envolvendo a multiplicidade de leniências em vários ordenamentos diz respeito à confidencialidade das informações oferecidas às autoridades antitruste pelo denunciante. É que a confidencialidade é demasiado importante para o funcionamento eficaz de um programa de leniência, o demandante necessitando de tal garantia sobretudo devido ao risco de as informações fornecidas serem transmitidas para outros países ou para as vítimas e utilizadas contra si. Em relação aos primeiros, o delator precisa ter a segurança de que outras jurisdições não terão acesso às informações, especialmente aquelas que não dispõem de um programa de leniência ou aquelas nas quais ele não conseguiu obtê-la. Já quanto às vítimas do cartel, o denunciante necessita assegurar que as evidências fornecidas não

[311] PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. *op. cit.* p. 107; TALADAY, John. *op. cit.* p. 45; LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 71; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 20.
[312] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 78, 107; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 26; DESBROSSE, Pierre. *op. cit.* p. 234; BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *op. cit.* p. 20, 22/23; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 227.

serão empregadas para fundamentar futuras ações privadas de indenização. Caso contrário, ele estaria constituindo prova contra si próprio, podendo desencadear uma reação em cadeia de *enforcement* público e privado em outros Estados, o que evidentemente enfraqueceria a credibilidade do programa[313].

Nesse sentido, como antes afirmado, as autoridades antitruste, em princípio, garantem a confidencialidade da identidade do delator e das informações por ele concedidas. Vale ressaltar, todavia, que a proteção aqui referida diz respeito aos documentos voluntariamente disponibilizados pelo beneficiário da leniência e não àqueles obtidos por outros meios, os quais podem ser divulgados, com a devida cautela em proteger as investigações[314].

No Brasil, em conformidade com o art. 86, § 9º da Lei n.º 12.529/2011 e com o art. 207 do RICADE, via de regra, o conteúdo do acordo de leniência e de todos os seus documentos relacionados são de acesso restrito e não serão divulgados ao público, mesmo após a eventual instauração de inquérito ou processo administrativo pelo CADE. Ademais, a identidade dos signatários, em geral, é de acesso restrito perante o público até o julgamento final pelo CADE do processo administrativo referente à infração denunciada. Além disso, o CADE também não compartilha informações do acordo de leniência com autoridades antitruste de outros países. Finalmente, a confidencialidade da leniência é também um dever de seu signatário, o qual não pode comprometer o sigilo das investigações. A desobediência desse dever sujeita os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal[315].

Entretanto, diante da importância da cooperação com outras agências antitruste para a efetividade das investigações (tema que será analisado com mais profundidade na terceira parte deste trabalho), é comum que a autoridade concedente da leniência questione o demandante se ele também requereu benefício similar em outros países[316]. É que, consoante já mencionado, é

---

[313] LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 71; MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 104/105; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 18/19, 23; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* p. 10; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy*. p. 14/15.

[314] CARUSO, Antonio. *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, No. 6, 2010. p. 455/456; BAER, William; FRAZER, Tim; GYSELEN, Luc. *International Leniency Regimes: New Developments and Strategic Implications*. In HANCOCK, William (ed.). Corporate Counsel's International Adviser. Chesterland, Ohio : Business Laws, 2005. p. 246-03, 246-06; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* p. 27/28.

[315] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. p. 48/50.

[316] Nesse sentido, de acordo com os arts. 201 e 202 do RICADE, a proposta de celebração de acordo de leniência deve informar sobre outras propostas referentes à mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte das autoridades estrangeiras.

possível haver o compartilhamento de informações com autoridades estrangeiras, uma vez os denunciantes expressamente o permitindo, através de um termo de renúncia (*waiver*) de confidencialidade[317]. Em realidade, com frequência, demandantes de leniência em múltiplas jurisdições concedem renúncias transfronteiriças, de sorte a que todas as autoridades perante as quais o benefício foi requerido possam trocar as informações decorrentes do acordo entre si. Isso é benéfico para o delator, pois ele evita a duplicação das informações a serem produzidas e reitera sua disposição em cooperar, a recusa podendo gerar suspeitas sobre sua boa-fé. Por sua vez, a autoridade passa ter acesso a evidências e testemunhas localizadas em outros ordenamentos, coordenando os procedimentos em âmbito internacional, conservando recursos e acelerando as investigações. Nesse sentido, é do interesse das autoridades incentivar o requerente da leniência a também demandá-la em outras jurisdições[318].

A confidencialidade das informações fornecidas pelo denunciante também não se aplica em relação aos demais coconspiradores investigados, os quais poderão acessar o conteúdo do acordo de leniência. Todavia, tal acesso deve ser limitado para fins de exercício do direito ao contraditório e ampla defesa e apenas a partir de quando a investigação estiver devidamente consolidada[319], de modo a evitar que os demais participantes ajam para enfraquecer sua integridade, por exemplo, através da destruição de evidências[320].

O mesmo, é evidente, não se aplica em relação às vítimas do cartel. Em realidade, como mencionado, são elas uma das grandes preocupações relativas à manutenção da confidencialidade da leniência. Contemporaneamente, vem ganhando bastante força o *enforcement* privado do Direito Antitruste, em especial no que concerne à propositura de ações civis privadas para a reparação dos danos. Tal modelo não mais se limita, como outrora, aos Estados Unidos, havendo-se espalhado para vários outros sistemas, inclusive o Brasil, onde a

---

[317] No Brasil, além da prévia concordância do signatário do acordo de leniência, tal compartilhamento de informações também exige a anuência da Superintendência-Geral do CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.* p. 50).

[318] LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1117; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 22; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy.* p. 14; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* p. 28; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries.* p. 8.

[319] No Brasil, via de regra, os representados serão informados e poderão tomar conhecimento dos termos da leniência a partir da notificação para a apresentação da defesa no processo administrativo, sendo-lhes garantido pleno acesso aos documentos utilizados para a formação da convicção do CADE (arts. 69 e 70 da Lei n.º 12.529/2011 e arts. 52, parágrafo único e 207, § 2º do RICADE). Já na União Europeia, o referido acesso pleno aos documentos ocorre após a notificação da comunicação de objeções pela Comissão.

[320] CARUSO, Antonio. *op. cit.* p. 460; BAER, William; FRAZER, Tim; GYSELEN, Luc. *op. cit.* p. 246-06; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264.

mencionada prática está em franca ascensão nos últimos cinco anos. Nesse sentido, não raro, os custos provenientes das posteriores ações civis de reparação superam o valor das multas administrativas, de sorte que se tornam um determinante decisivo para a propositura, ou não, de um acordo de leniência. A questão assume ainda mais relevância no contexto dos cartéis internacionais, nos quais o vazamento de informações obtidas em uma jurisdição pode repercutir em outros ordenamentos, levando a um desencadeamento de condenações dos conspiradores em ações privadas ao redor do mundo[321].

Em última instância, pode acontecer de o agente que voluntariamente cooperou com a autoridade antitruste na persecução do cartel ser posto em uma situação mais desfavorável que os outros coconspiradores nas ações privadas de indenização, tendo em vista que, diferente destes, aquele forneceu evidências que lhe são autoincriminadoras. Uma tal situação representa grande desincentivo para o requerimento da leniência, sobretudo devido ao fato, como visto, de a grande maioria dos programas não repercutir na responsabilidade civil dos cartelistas. Uma das formas de reverter tal cenário, encorajando a propositura de acordos de leniência, tem sido a reforma de alguns programas, como nos Estados Unidos, onde, consoante já analisado, o beneficiário é protegido dos danos em triplo (*treble damages*) e da responsabilidade solidária com os outros coconspiradores em relação aos danos a que não deu causa. Outro exemplo é a União Europeia, onde o denunciante só é obrigado a indenizar os outros consumidores lesados pela conduta (isto é, aqueles que não foram seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos) caso a reparação integral não puder ser obtida das demais empresas implicadas na mesma infração[322].

Sob esse prisma, fica evidente que os Estados têm utilizado duas estratégias descoordenadas e às vezes até conflituosas, quais sejam o incentivo à celebração de acordos de leniência e a criação de condições que facilitam ações privadas de indenização contra os membros do cartel, incluindo aqueles que se beneficiaram do instrumento em discussão. De

---

[321] CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. *Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?* Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 4, 2011. p. 317/318; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 23; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264.

[322] NIELEN, Myrthe. *Leniency Material Unveiled? Access by Cartel Victims to Commission and NMa Files from a Perspective of EU Fundamental Rights and Cartel Enforcement*. 73 f. Dissertação de Mestrado em Direito Europeu – Utrecht University, Utrecht, 2012. Disponível em: <http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/12/Scriptie-Myrthe-Nielen.pdf>. Acesso em: 25/09/2016. p. 11/12; MILLER, Samuel; NORDLANDER, Kristina; OWENS, James. *U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials*. The CPI Antitrust Journal. Vol. 6, No. 1, March 2010. p. 3/4; CARUSO, Antonio. *op. cit.* p. 456; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 23; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 230.

fato, muitas autoridades antitruste vêm encorajando tal movimento das vítimas, como é o caso do CADE, que, pela primeira vez em 2010, remeteu cópias de sua decisão condenatória do cartel dos gases aos setores potencialmente afetados. Nesse contexto, tal política antitruste desconexa se reflete, por exemplo, em situações como a ocorrida no Estado de São Paulo, em 2013, onde apenas o denunciante foi civilmente demandado para a reparação dos prejuízos causados pelo suposto cartel de licitação envolvendo a construção e manutenção do metrô de São Paulo, tendo o juiz da causa requerido a emenda da inicial para também incluir os outros coconspiradores[323].

Por outro lado, as vítimas têm-se aproveitado do caráter multijurisdicional dos cartéis internacionais para obter evidências hábeis a fundamentar as ações privadas de indenização, as quais, como já afirmado, espalham-se por todo o mundo. Nesse sentido, nos Estados Unidos, os demandantes em ações civis de reparação começaram a requerer, com fundamento na *Rule 26* do *Federal Rules of Civil Procedure*, a produção antecipada de provas (*discovery procedure*) a fim de obter documentos apresentados pelo beneficiário da leniência naquele país e, sobretudo, em jurisdições estrangeiras. Tal procedimento permite que um tribunal norte-americano ordene a uma empresa que forneça provas escritas confidenciais de um litígio em curso perante um tribunal estrangeiro. Em resposta a tais investidas nos Estados Unidos, muitos ordenamentos, como o Brasil e a União Europeia, passaram a adotar processos sem papel, permitindo que os denunciantes façam declarações orais (que são tomadas a termo e se tornam documentos oficiais internos das autoridades), libertando-os da obrigação de criar novos documentos incriminadores que possam ser, no futuro, requeridos em procedimentos como o acima descrito. Protege-se, dessa forma, a confidencialidade do respectivo programa de leniência e confere-se mais segurança jurídica aos delatores[324].

Já do outro lado do Atlântico, inúmeros Estados-Membros da União Europeia possuem regras de processo civil que, em princípio, permitiriam a seus tribunais ordenar a divulgação de documentos provenientes da leniência que sejam relevantes para um dado litígio. Nesse contexto, em 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em sua decisão no caso *Pfleiderer*, determinou que as cortes nacionais devem, através de uma análise casuística e de acordo com o respectivo direito nacional, ponderar os interesses em favor da publicização e da proteção das

---

[323] CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. *op. cit.* p. 316; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 269/270; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 230

[324] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 24/25; DESBROSSE, Pierre. *op. cit.* p. 232/233; BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *op. cit.* p. 22; CARUSO, Antonio. *op. cit*. p. 458; BAER, William; FRAZER, Tim; GYSELEN, Luc. *op. cit.* p. 246-06; SPRATLING, Gary; ARP, Jared. *op. cit.* p. 53.

informações voluntariamente fornecidas pelo denunciante[325]. Nos casos subsequentes, todavia, os tribunais nacionais (por exemplo, na Alemanha, na Áustria e no Reino Unido) negaram a publicização das evidências, protegendo a confidencialidade da leniência[326].

Por sua vez, a Diretiva (UE) 2014/104/UE solucionou definitivamente a questão, ao estabelecer regras especiais relativas à divulgação de evidências incluídas em processos administrativos conduzidos perante as autoridades antitruste (seja a Comissão ou as autoridades da concorrência nacionais), em casos de ações de indenização intentadas perante tribunais nacionais dos Estados-Membros da UE. De acordo com o art. 6º, 6 da Diretiva, os Estados-Membros devem assegurar que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a publicização das informações contidas nas declarações de leniência. Dessa forma, fica garantida, no âmbito da União Europeia, a confidencialidade das informações fornecidas pelo delator[327].

Por sua vez, no Brasil, em que pese haver, em princípio, a proteção ao conteúdo da leniência e de todos os seus documentos, consoante acima descrito, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça decidiu ser a conclusão da instrução preliminar do processo administrativo (marcada pelo envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal do CADE) o momento em que se encerra o sigilo do aludido acordo. Aduziu-se que o sigilo, após aceito e formalizado o instrumento da leniência, só se justifica no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deve ser preservado em tutela da concorrência, de sorte que não poderia ser protraído no tempo de modo indefinido, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao denunciante favor não assegurado pela lei (já que esta apenas garante a isenção das penas nas esferas administrativas e penais). Nesse sentido, determinou-se não haver óbice que inviabilizasse o traslado de documento do

---

[325] Processo C-360/09 (Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt). Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2011.

[326] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 24/26; MÄGER, Thorsten; ZIMMER, Daniel; MILDE, Sarah. *Access to Leniency Documents – Another Piece in the Puzzle Regarding Public and Private Antitrust Enforcement? (Germany)*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 2, 2013. p. 182/184; CATÓN, Pablo González de Zárate. *Disclosure of Leniency Materials: A Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust*. Research Paper in Law No. 08/2013, European Legal Studies, College of Europe, 2013. Disponível em: <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_8_2013_gonzalezdezaratecaton.pdf>. Acesso em: 25/09/2016. p. 14/17.

[327] Merece destaque o considerando n.º 26 da aludida Diretiva: "(...) As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova (...)".

procedimento administrativo, proveniente de acordo de leniência, para instrução de ação privada de indenização[328]. Ainda que o aludido caso tenha-se referido a uma ação privada proposta no Brasil, não seria impossível que vítimas estrangeiras se baseassem naquele entendimento para obter provas a fim de fundamentar ações propostas em outras jurisdições. Dessa forma, tal julgado representa grande risco à política do CADE sobre os programas de leniência[329], podendo reduzir os incentivos para a celebração de tais acordos no país, o que seria bastante deletério para o *enforcement* público de cartéis[330].

Sob esse prisma, em que pese as autoridades antitruste dos Estados prometerem a confidencialidade dos documentos fornecidos pelo denunciante, tal garantia não pode ser tomada como certa, havendo sempre o risco de vazamento, sobretudo em se tratando de leniências multijurisdicionais. Afinal, como visto, as vítimas do cartel vão tentar utilizar os instrumentos legais disponíveis nos vários ordenamentos para obter evidências aptas a fundamentar ações privadas de indenização. Por outro lado, muitas pessoas acabam tendo acesso ao conteúdo da leniência. Como visto, os coconspiradores acusados têm o direito de examinar os documentos, não sendo impossível de imaginar que eles queiram utilizá-los como meio de retaliação ao delator. Ademais, nos sistemas em que as buscas e apreensões demandam autorização judicial ou em que haja investigações paralelas (como é o caso do Brasil, com a investigação criminal), a autoridade antitruste não terá a última palavra em relação à confidencialidade, sendo possível que o tribunal decida pela publicização das informações provenientes do acordo de leniência[331]. Nesse contexto, e sobretudo em jurisdições onde os

---

[328] REsp n.º 1.554.986-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado pela Terceira Turma do STJ, em 8 de março de 2016.

[329] E também de TCCs, já que os argumentos discutidos no aresto podem ser, igualmente, replicados ao contexto desses instrumentos.

[330] Nesse sentido, a já mencionada minuta de resolução submetida à consulta pública pelo CADE, em 7 de dezembro de 2016, visa a regulamentar os procedimentos no órgão para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, TCCs e de operações de busca e apreensão, definindo os parâmetros de confidencialidade a documentos e informações provenientes de tais instrumentos. Dessa forma, é reforçada a proteção de sigilo a peças que necessitam de confidencialidade mais prolongada, tais quais as oriundas de acordos de leniência, de modo a não se causar prejuízos às investigações, nem desencorajar as empresas e indivíduos a celebrarem tais acordos. Pretende-se, assim, criar maior segurança jurídica aos signatários de leniência ou TCC, protegendo-os de decisões como a do STJ acima mencionada. Dentre as regras previstas na minuta, vale destacar a do art. 13: "parágrafo único. Serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade: I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-incriminatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC". Se consubstanciada, tal alteração legislativa irá ao encontro do que ocorreu na UE, com a edição da Diretiva (UE) 2014/104/UE, subsequente a vários processos no TJUE que discutiram a confidencialidade de informações fornecidas pelos delatores.

[331] Tal qual ocorreu no julgado do STJ acima mencionado.

mencionados programas ainda não estão plenamente consolidados, não raro ocorrem divulgações prematuras dos documentos entregues pelo denunciante[332-333].

3.3.3.2 Alternativas para a redução dos problemas decorrentes de programas de leniência multijurisdicionais: a possibilidade de criação de um guichê único mundial para markers

Como visto nas seções anteriores, os programas de leniência tornaram-se muito mais complexos no contemporâneo contexto dos cartéis internacionais, daí decorrendo inúmeros problemas que colocam em cheque a sua eficácia. Nesse sentido, fica evidente que os referidos instrumentos, tão importantes para o *enforcement* antitruste, não se encontram plenamente adaptados para lidar com conluios transfronteiriços, os quais exigem uma pluralidade de acordos celebrados em múltiplos ordenamentos. Dessa forma, é preciso que se operem modificações na atual fórmula prevista pelos direitos nacionais, de modo a conformar os programas de leniência a essa nova realidade[334].

Sob esse prisma, várias são as propostas formuladas e as medidas efetivamente tomadas para se reduzirem as dificuldades geradas pelos programas de leniência em múltiplas jurisdições. Por exemplo, ressalta-se a necessidade de maior harmonização das regras dos vários sistemas. Afinal, como já aduzido, embora haja grande proximidade entre os diversos programas, ainda persistem diferenças significativas entre eles, o que gera tensões e desincentivos. Dessa forma, uma maior convergência entre os vários direitos antitruste nacionais reduziria os custos de transação dos delatores e propiciaria um ambiente mais favorável à propositura de acordos de leniência. Além disso, o incremento na cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência também auxiliaria a reduzir as efeitos negativos causados por programas multijurisdicionais. É precisamente nesse sentido que algumas organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD), além da *International*

[332] Este é o caso do CADE, o qual, apesar de já estar bastante avançado em sua transição para um conjunto maduro e testado de práticas e regras referentes ao programa de leniência, ainda apresenta, ocasionalmente, alguma turbulência. Cita-se, por exemplo, o incidente, em 2013, envolvendo o vazamento da identidade do delator, ainda na fase inicial das investigações, de um suposto cartel de licitação envolvendo a construção e manutenção do metrô de São Paulo (MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 270; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 267).

[333] ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 230; MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* p. 264/265; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 22.

[334] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 107; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 26.

Competition Network (ICN), vêm trabalhando, havendo produzido resultados positivos, consoante será analisado com mais vagar na terceira parte deste trabalho[335].

Ademais, são também sugeridas outras proposições, como o estabelecimento de programas de leniência *plus* em âmbito internacional[336], havendo até mesmo a menção a um ambicioso (e pouco factível) programa de leniência global[337]. Entretanto, aqui será melhor analisada a proposta que parece ser a mais eficaz e exequível no atual contexto internacional. Trata-se da criação de um guichê único (*one-stop shop*) global para *markers*, que garanta ao demandante o primeiro lugar na fila nas diversas jurisdições. Essa foi a solução que o Comitê Consultivo Econômico e Industrial da OCDE (*Business and Industry Advisory Committee* – BIAC) sugeriu como resposta para as dificuldades enfrentadas atualmente pelos programas de leniência, em um estudo sobre o uso de *markers* realizado pela referida organização internacional[338]. A Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce* – ICC) também apresentou uma proposta no mesmo sentido à ICN[339].

Seria criado, portanto, um mecanismo que assegurasse ao primeiro agente a solicitar um *marker* perante uma determinada instância o primeiro lugar na fila em todas os ordenamentos participantes do sistema. Em outas palavras, seria possível a um candidato reservar sua posição em várias jurisdições através da demanda de apenas uma senha no guichê único. Este, por sua vez, notificaria as autoridades indicadas pelo requerente, comunicando as informações básicas para a identificação do cartel, bem como a data e a hora oficiais da apresentação da pedido. Caso alguma autoridade já tivesse recebido uma solicitação anterior em relação à mesma conduta, ela poderia rejeitar, em sua respectiva jurisdição, a requisição feita perante o guichê

---

[335] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 27/28; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. Policy Brief. Paris: OECD Observer, 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>. Acesso em: 03/10/2016; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries;* INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy*.

[336] MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 105/106.

[337] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 28.

[338] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Use of Markers in Leniency Programmes.* Note by the Secretariat. DAF/COMP/WP3(2014)9, 24 March 2015. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&doclanguage=en>. Acesso em: 04/10/2016. p. 25; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Use of Markers in Leniency Programmes.* Contribution from BIAC. DAF/COMP/WP3/WD(2014)38, 11 December 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)38&doclanguage=en>. Acesso em: 04/10/2016.

[339] INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Proposal to the International Competition Network for a One-stop-shop for Leniency Markers*. An issues paper prepared by the ICC Commission on Competition. 225/752. March 2016. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/cartels-and-leniency/>. Acesso em: 04/10/2016.

único como o primeiro da fila, embora não poderia interferir nas demandas referentes a outros países[340].

O guichê único poderia ser implementado e administrado por alguma autoridade antitruste nacional, como o DOJ ou a Comissão Europeia, ou sob os auspícios de alguma organização internacional, como a OCDE ou a ICN[341]. Parece, contudo, ser a ICN o foro mais indicado para a centralização do sistema, por ser uma instituição internacional, de dedicação exclusiva a temas relacionados à defesa da concorrência, composta pela grande maioria das autoridades antitruste nacionais e de grande sucesso em seus quinze anos de existência[342].

Além disso, cabe ressaltar que a proposta em análise se refere a um guichê único somente para *markers*, e não para a concessão da leniência. Dessa forma, a instância responsável só seria competente como primeiro contato para demandas em múltiplas jurisdições, reservando a primeira posição na fila em todas aquelas (princípio do *stop-the-clock*) e conferindo um prazo para que o requerente completasse seu pedido perante cada autoridade. Assim, cada ordenamento continuaria a estabelecer os requisitos necessários e a ter a competência para conceder o benefício. Tratar-se-ia apenas de uma unificação da concessão de *markers*, ou seja, o guichê único iria simplesmente declarar que determinado agente fora o primeiro a se apresentar demandando a leniência num dado caso de cartel internacional. Em seguida, a parte teria um prazo para reunir documentos e outras evidências e decidir perante quais nações desejaria, de fato, apresentar-se e concluir o pedido. As autoridades antitruste nacionais, por sua vez, usariam a declaração emitida pelo guichê único como uma senha válida. Desse modo, elas precisariam sempre checar a existência de algum *marker* pendente no banco de dados da agência responsável pela administração do sistema antes de conceder qualquer senha ou conferir uma leniência[343].

Sob esse prisma, fica evidente que a comentada proposição consiste em uma mera convergência procedimental, de sorte que nenhuma regra de fundo precisaria ser alterada. Não haveria, pois, qualquer sacrifício da soberania dos Estados, os quais continuariam a ser independentes para conceder, ou não, a leniência. Ao revés, tal sistema daria a cada jurisdição

---

[340] INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *op. cit.* p. 1/2; TALADAY, John. *op. cit.* p. 47.
[341] TALADAY, John. *op. cit.* p. 43.
[342] SOKOL, Daniel. *International Antitrust Institutions*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 200/202; SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *A Segunda Década da Rede Internacional da Concorrência: os Desafios da Promoção da Convergência na Diversidade.* Revista de Defesa da Concorrência, n°1, Maio 2013, p. 5/6, 13/14.
[343] OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 28; LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 72/73.

uma melhor oportunidade para exercer sua autoridade soberana na persecução de cartéis internacionais[344].

Ademais, o sistema de guichê único para *markers* seria voluntário para os denunciantes, os quais poderiam escolher apresentar seus pedidos perante tal instância ou individualmente em cada país. Além disso, caso decidissem utilizar o guichê único, eles não seriam obrigados a demandar uma senha para todas as jurisdições integrantes do sistema, mas poderiam escolher perante quais agências desejam solicitar o benefício. E ainda que não requeressem um *marker* para determinado ordenamento, nada os impediria de buscar depois a leniência diretamente perante tal autoridade, embora não tendo garantido o primeiro lugar na fila. Enfim, devido às divergências nacionais quanto ao tratamento do segundo e posteriores postulantes, o sistema deveria ser usado apenas em relação ao primeiro requerente. Assim, os candidatos subsequentes seriam informados de que o primeiro *marker* não está mais disponível, devendo-se apresentar individualmente perante cada nação para obter a senha que garanta outro lugar que não o primeiro na fila[345].

Nesse contexto, a implementação de um guichê único para *markers* traria inúmeros benefícios, tanto para as autoridades antitruste como para os demandantes de leniência, superando muitas das dificuldades em se gerir programas em múltiplas jurisdições. Nesse sentido, seria aumentada a possibilidade de se descobrir cartéis internacionais em seu estágio inicial (sobretudo em países cujo direito antitruste ainda não é tão desenvolvido), e seria facilitada e incrementada a cooperação e coordenação entre as autoridades da concorrência participantes do sistema. Ademais, evitar-se-iam múltiplos e simultâneos pedidos de *markers* em vários ordenamentos e situações em que senhas (e posteriores leniências) são concedidas a agentes distintos. Também haveria uma concentração das informações e uma redução no número de pessoas que teriam contato com elas, o que diminuiria a possibilidade de vazamentos. Dessa forma, seria constituído um efetivo sistema para se delatar cartéis internacionais, com grandes incentivos para requerer leniências em múltiplas nações, o que evidentemente aumentaria a eficiência das agências antitruste na repressão contra tais conluios[346].

Vale mencionar que um sistema semelhante ao aqui proposto já foi implementado, com bastante sucesso, em relação às patentes. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual

---

[344] TALADAY, John. *op. cit.* p. 46; LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 73.
[345] TALADAY, John. *op. cit.* p. 47; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *op. cit.* p. 1.
[346] LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 74; TALADAY, John. *op. cit.* p. 46/47; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *op. cit.* p. 3/4; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 28.

(OMPI) administra o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (*Patent Cooperation Treaty* – PCT), que conta com mais de 140 países signatários. Tal sistema dispõe de um pedido internacional de patente, através do qual o primeiro a solicitá-la é reconhecido como o primeiro demandante em todos as jurisdições participantes. Por outro lado, a concessão das patentes permanece sob o controle de cada Estado, através dos processos internos (a chamada fase nacional), devendo apenas ser observada a data em que houve o pedido na OMPI. Nesse contexto, a função do sistema internacional é apenas proteger o primeiro requerente, de modo a reduzir a burocracia e a insegurança jurídica para os agentes que desejam pedir uma patente em vários países[347].

Entretanto, muitos fatores dificultariam a implementação do sistema em questão, como as divergências entre os ordenamentos nacionais quanto ao período de tempo que é concedido ao demandante para completar o pedido da leniência, às informações que são exigidas e à discricionariedade ou não na concessão do *marker*. Tais diferenças procedimentais são ainda mais perceptíveis quando se confrontam modelos de *enforcement* administrativo, penal e misto (como é o caso do Brasil). Em relação ao primeiro tema, é preciso que todos os participantes concedam um prazo inicial comum para o aperfeiçoamento do requerimento. Todavia, tal questão não deve ser tão problemática de se resolver, posto que a maioria das jurisdições confere um prazo similar, de aproximadamente 30 dias. Quanto às informações que o candidato deve apresentar no momento em que solicitar o *marker*, é provável que os ordenamentos que exigem menos informações não se oponham em receber mais dados. Deve-se, na verdade, chegar a um denominador comum, que satisfaça a maioria das nações participantes, o que deverá incluir o nome do demandante e seu endereço, os membros do alegado cartel, a natureza da conduta, o produto e o território afetados, além da duração do suposto conluio. Finalmente, a discricionariedade, ou não, das autoridades na concessão do *marker* também não deve ser um obstáculo ao sistema. Ora, aqueles países que dispõem de um modelo discricionário não precisarão alterá-lo, podendo informar ao administrador que, em sua apreciação, determinado pedido não merece a concessão de um *marker*. Por outro lado, as demais jurisdições continuarão a conferir o *marker* de forma automática, apenas realizando um juízo de discricionariedade quando da concessão da leniência[348].

---

[347] LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 73; TALADAY, John. *op. cit.* p. 43; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *op. cit.* p. 2.

[348] LACERDA, João Felipe Aranha. *op. cit.* p. 74; TALADAY, John. *op. cit.* p. 47/48; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *op. cit.* p. 2/3; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Summary of Discussion of the Roundtable on the Use of Markers in Leniency Programs*. DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN2/FINAL, 29 May 2015. Paris: OECD, 2015. Disponível em:

Entretanto, apesar de ser possível solucionar a maioria de tais dificuldades, de o sistema em comento ser teoricamente exequível e de todos os benefícios que traria, na prática, ele ainda encontra grandes obstáculos para ser implementado, demandando-se estudos mais aprofundados a seu respeito. Tanto é assim que mesmo a União Europeia (em que há um conjunto coeso entre as autoridades antitruste supranacional e nacionais) ainda não dispõe, em seu interior, de um guichê único para *markers*[349].

3.4 A DETERMINAÇÃO DAS SANÇÕES EM CASOS DE CARTÉIS INTERNACIONAIS JULGADOS EM MÚLTIPLAS JURISDIÇÕES

3.4.1 Considerações gerais sobre as sanções aplicáveis aos cartéis

Uma das questões mais problemáticas, no que tange aos cartéis, é aquela concernente às sanções. Embora, como visto, tais conluios sejam considerados ilícitos em praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo, não há um consenso no que diz respeito às formas de sancioná-los.

De um modo geral, o objetivo, ao sancionar os cartéis, pode ser fundado em uma das duas principais teorias sobre as penas. De acordo com a teoria retributiva, o fim da sanção é o pagamento da ofensa, tendo como critério básico de determinação daquela a culpabilidade e o dano. Já a teoria utilitarista foca tanto na dissuasão especial (prevenir a reincidência dos

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN2/FINAL&doclanguage=en>. Acesso em: 05/10/2016. p. 12/13.

[349] O sistema jurídico de proteção da concorrência na União Europeia é exercido não apenas pela Comissão Europeia, mas também pelas autoridades antitruste nacionais, compondo a chamada Rede Europeia da Concorrência (*European Competition Network* – ECN). Coexistem as legislações nacionais e a legislação da União, de sorte que a Comissão e a as autoridades nacionais possuem competências paralelas para a aplicação do Direito da Concorrência. Nesse sentido, cada agência é responsável por suas próprias investigações e opera seus próprios programas de leniência. Já que cada autoridade apenas pode conceder a leniência referente às sanções que é competente para aplicar, é preciso que o interessado faça uma solicitação perante todos os Estados-Membros concernentes e na Comissão. Dessa forma, encontram-se, no âmbito da UE, os mesmos problemas que se constatam internacionalmente quanto aos acordos de leniência multijurisdicionais. Para tentar superar essas dificuldades, em 2006, foi implementado o programa de leniência modelo da ECN (*ECN Model Leniency Programme* – MLP), com o objetivo de harmonizar os vários programas existentes na UE. Ademais, o MLP também introduziu um novo procedimento para uma demanda sumária uniforme (aperfeiçoado em 2012), a ser submetida a cada Estado, em caso de um agente objetivar pleitear a leniência em três Estados-Membros ou mais. Nesse caso, o pedido completo feito perante a Comissão pode levar as autoridades nacionais a protegerem, em caráter temporário, a posição do demandante com base em um conjunto limitado de informações, de modo que, caso aquelas desejem posteriormente iniciar uma investigação, será concedido ao requerente um prazo adicional para completar seu pedido, garantindo-lhe o primeiro lugar na fila da leniência. Isso não representa, todavia, um guichê único para *markers* (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *op. cit.* p. 643/654; GAUER, Céline; JASPERS, Maria. *Designing a European Solution for a "One-stop Leniency Shop".* European Competition Law Review, No. 27, Iss. 12, 2006. p. 685/692; CARMELIET, Tine. *How Lenient is the European Leniency System? An Overview of Current (Dis)Incentives to Blow the Whistle*. Jura Falconis, Vol. 48, No. 3, 2011-2012. p. 471/474; MARCHAL, Florian. *op. cit.* p. 106/107; OBERSTEINER, Thomas. *op. cit.* p. 29/30).

conspiradores) como na geral (servir de exemplo para potenciais ofensores). Tendo em vista presumir-se que os potenciais ofensores realizam uma análise de custo e benefício da prática, a sanção deve ser determinada levando em conta os ganhos financeiros frutos do conluio e os custos da probabilidade de detecção[350].

Contemporaneamente, a principal finalidade ao sancionar cartéis, na maioria dos sistemas nacionais, é a dissuasão, muito embora também possa haver outros fins secundários, como punição, restituição, compensação e incentivo à celebração de acordos de leniência[351]. Nesse sentido, o papel econômico das sanções deve ser o de tornar o comportamento ilícito não rentável ou desinteressante para os potenciais ofensores, as perdas esperadas devendo superar os ganhos potenciais decorrentes do conluio. Uma sanção efetiva, portanto, deve levar em conta não apenas os benefícios obtidos pela prática, mas também a probabilidade de ela ser detectada e punida. Uma multa ótima, assim, deve ser igual ao prejuízo líquido causado para as outras pessoas que não o ofensor (o custo social), dividido pela probabilidade de detecção e punição e de obtenção de prova da violação[352]. Cabe ressaltar, todavia, que os cálculos da probabilidade de detecção e de condenação, bem como do montante do prejuízo (os custos sociais), não são simples[353].

---

[350] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Working Group on Cartels. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties*. Report to the ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany, 6-8 June 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>. Acesso em: 23/10/2016. p. 51/52. As teorias dos fins da pena são objeto de estudo, sobretudo, do Direito Penal. Nesse sentido, vide, por exemplo, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, arts. 1º a 120.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 501/513.

[351] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Working Group on Cartels. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties.* p. 52; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.* p. 72; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels.* p. 3; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*. Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, April 2008. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>. Acesso em: 23/10/2016. p. 7/8; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1234; BLAIR, Rober; DURRANCE, Christine Piette. *Antitrust Sanctions: Detterence and (Possibly) Overdeterrence.* The Antitrust Bulletin, Vol. 53, No. 3, Fall 2008. p. 646; CONNOR, John. *International Price Fixing: Ressurgence and Deterrence.* Paper apresentado no American Agricultural Law Association Annual Meeting, realizado em Indianápolis, em 26 de outubro de 2002, e no Pardue University Seminar, realizado em 18 de setembro de 2002. Disponível em: <https://www.aae.wisc.edu/fsrg/publications/conference/conner.pdf>. Acesso em: 24/10/2016. p. 29/30.

[352] LANDES, William. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*. University of Chicago Law Review, Vol 50, Iss. 2, 1983. p. 656; COMBE, Emmanuel. *Quelles Sanctions contre les Cartels? Une Perspective Économique*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XX, 1, 2006. p. 13/15; CONNOR, John; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*. Cardozo Law Review, Vol. 34, No. 2, 2012. p. 431/435; GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. Competition Policy International Journal, Vol. 6, No. 2, Autumn 2010. p. 7.

[353] Não há como se ter certeza da probabilidade de um cartel ser detectado, já que há conluios que jamais são descobertos. Apesar disso, há estudos que tentam chegar a um número, embora não haja um consenso entre eles, aduzindo-se desde 10 % a 60 % (vide, nesse sentido, GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 7/8;

Dada a grande dificuldade em se determinar os custos sociais do cartel, as autoridades antitruste tendem a focar apenas no ganho ilícito dos conspiradores, o qual seria mais fácil de calcular. A forma mais simples utilizada para determinar o benefício auferido com o cartel é através da multiplicação do aumento do preço resultante do acordo (o sobrepreço) pela quantidade de volume de negócios (em unidades) sujeita ao conluio. Entretanto, a fixação do preço competitivo hipotético (o preço de referência) usado para determinar a margem ilícita também é bastante complexa[354-355]. Logo, o cálculo do dano gerado pelo cartel será sempre realizado com base em aproximações e suposições[356].

Nesse contexto, a maior parte das jurisdições utiliza, como base de cálculo para as multas, o volume de negócios ou de comércio afetado dos agentes econômicos, por considerarem uma boa aproximação do ganho ilícito proveniente da prática anticoncorrencial. Entretanto, as autoridades nem sempre fazem uso do mesmo montante ou conceito de volume de negócios. Desse modo, algumas jurisdições se referem ao valor das vendas dos produtos ou serviços objeto do acordo ou ao volume do comércio no mercado relevante, enquanto outras consideram o volume de negócios nacional ou global do agente econômico naquele mercado[357].

CONNOR, John; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*. p. 462/465). Também não há uniformidade em relação à probabilidade de um cartel detectado ser efetivamente condenado, Connor e Lande, por exemplo, indicando um número entre 72 e 80 % (CONNOR, John; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*. p. 466-468). Por fim, também não há acordo sobre como calcular os prejuízos que os cartéis causam. Costuma-se afirmar, todavia, que o prejuízo líquido gerado (o dano causado pelo cartel) deve incluir não apenas o sobrepreço resultante do conluio, mas também outros fatores, como a ineficiência alocativa (o peso morto), os efeitos guarda-chuva e custos de advogado e de *enforcement*. Tal cálculo, portanto, é bastante complexo (CONNOR, John; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*. p. 432/433; CONNOR, John; LANDE, Robert. *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines*. Tulane Law Review, Vol. 80, 2005. p. 529/532).

354 Suslow e Levenstein aduzem que três são os métodos geralmente utilizados para estabelecer o preço de referência: a comparação entre bons tempos e períodos de guerra de preços, a comparação entre o preço do cartel e um contrafactual, e o preço que teria prevalecido uma vez absente a colusão, um *but for price* (LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartels.* p. 1109/1110). Sobre o assunto, ver também OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 71/72.

355 Como já afirmado, não há um consenso sobre a determinação do sobrepreço acarretado pelo cartel. Connor e Lande apresentam uma comparação entre os diversos resultados que os principais estudos sobre a questão chegaram, os quais vão desde 7,7 % até 46%. Por sua vez, os dois autores, em sua análise, chegam, como resultado, a uma média de 25 % de sobrepreço, em relação a todos os tipos de cartéis e em todos os períodos (CONNOR, John; LANDE, Robert. *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines*.).

356 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. p. 76/77.

357 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions.* p. 15/20; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Sanctions in Antitrust Cases*. Background Paper elaborado pelo Secretariado para o 15th Global Forum on Competition – Section IV, realizado em Paris, entre 1 e 2 de dezembro de 2016. DAF/COMP/GF(2016)6, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/gf(2016)6&doclanguage=en>. Acesso em: 25/10/2016. p. 11/12.

Por outro lado, além de multas dirigidas às empresas participantes do cartel, os países costumam prever outras formas de sanções complementares[358]. Nesse sentido estão, por exemplo, a imposição de multas, a cominação de penas privativas de liberdade e a suspensão ou inabilitação temporária para o exercício de cargos executivos aos indivíduos autores do ilícito, bem como a publicação da condenação em jornal de grande circulação, a proibição de participação em licitações e o pagamento de indenização às vítimas[359].

Sob esse prisma, consoante já aduzido, não há consenso quanto às sanções que devem ser impostas aos cartéis, havendo divergências tanto do ponto de vista doutrinário, quanto dos vários direitos nacionais. Há uma grande tendência, entretanto, em considerar que as multas às empresas não devem ser as únicas sanções, devendo-se combiná-las com outras formas de penalidades, como as acima mencionadas[360].

Finalmente, também não há uniformidade em relação à autoridade competente para aplicar as multas (e as demais sanções) Nesse tema, as jurisdições podem ser classificadas em três grupos. No primeiro, são as próprias autoridades antitruste que fixam a multa, como é o caso da União Europeia. O segundo grupo envolve aqueles sistemas em que um tribunal não-especializado é quem decide sobre a questão. Em geral, os países em que os cartéis são criminalizados, como os Estados Unidos e o Canadá, integram essa categoria. Por fim, há as jurisdições intermediárias, nas quais o cartel pode ser condenado tanto criminalmente como administrativa ou civilmente, de modo que o tipo da sanção determina o procedimento e a autoridade competente para sua aplicação. É neste último grupo que está o Brasil, onde o CADE

---

[358] Cabe ressaltar, como já mencionado, que as multas (mas também as outras sanções) podem ter natureza civil, administrativa ou criminal, de acordo com a jurisdição.

[359] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Sanctions in Antitrust Cases*. p. 31/36; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Working Group on Cartels. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties.* p. 58/67.

[360] Todavia, também não há unanimidade sobre qual seria a combinação de sanções tida como ótima. Ginsburg e Wright, por exemplo, afirmam que o aumento de multas contra os agentes econômicos não é a solução ideal, propondo sancionar criminalmente as pessoas diretamente envolvidas no cartel ou cúmplices dele, além da inabilitação para que elas não possam, no futuro, ocupar um cargo nos quais possam de novo violar ou permitir negligentemente que seus subordinados violem as regras antitruste (GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit.* p. 3/39). A seu turno, Martinez propõe um modelo "composto por um sistema administrativo com imputação de responsabilidade ao agente econômico [...] e um sistema criminal, com imputação de responsabilidade apenas a pessoas físicas – sejam administradores, funcionários da empresa ou qualquer outro indivíduo envolvido com a prática" (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 91). Já Hylton assevera que, se uma empresa tem um incentivo para descumprir as regras antitruste, ela poderá quase sempre induzir o agente a violá-las. Dessa forma, defende ser preferível conferir prioridade à dissuasão no nível das empresas, e não no nível dos agentes (HYLTON, Keith. *Deterrence and Antitrust Punishment: Firms Versus Agents*. Iowa Law Review, Vol 100, Iss. 5, May 2015. p. 2069/2083). Por sua vez, Lande e Davis destacam a grande relevância do *enforcement* privado, sendo este um importante complemento ao *enforcement* público (LANDE, Robert; DAVIS, Joshua. *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*. Brigham Young University Law Review, Vol. 2011, Iss. 2, 2011. p. 315/389). Entretanto, foge ao objetivo deste trabalho adentrar na referida discussão, aqui apenas sendo feita referência à complexidade e às divergências concernentes à definição das sanções a serem impostas aos cartéis.

determina as sanções administrativas, e os tribunais, as sanções criminais e eventuais indenizações de natureza civil[361].

3.4.2 Análise comparativa dos principais regimes[362]

Como já aduzido, a prática de cartel, nos Estados Unidos, configura um crime, em conformidade com a *Section* 1 do *Sherman Act*. A Divisão Antitruste do DOJ é a responsável por promover o *enforcement* público das regras daquele diploma legal. Entretanto, para a imposição de sanções, é necessária a proposição de uma ação perante uma corte federal, visto que é esta, como acima visto, quem tem a competência para fixar as penas. Originariamente, o *Sherman Act* previu, como sanção para a prática de cartel, pena de prisão de no máximo três anos ou multa que não excedesse 10 milhões de dólares, em caso de corporação, e 350 mil dólares, em se tratando de pessoa física, ou, ainda, ambas as sanções, de acordo com a discricionariedade do tribunal. Entretanto, ao longo dos anos, houve uma progressiva elevação desses valores. Hoje, de acordo com o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA), de 2004, a multa máxima para empresas é de 100 milhões de dólares e para pessoas físicas é de 1 milhão de dólares, enquanto a pena máxima de prisão é de dez anos. Por outro lado, o chamado *Alternative Fine Statute* (18 U.S.C. § 3571) permite superar tais valores, admitindo a aplicação de multas até o dobro do ganho bruto (obtido por todos os conspiradores) ou da perda (sofrida por todas as vítimas) resultante do cartel. Os critérios para a definição das multas, por sua vez, são previstos na *Section* 2R1.1 do *U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual*, elas devendo ser calculadas, no caso de pessoas físicas, entre 1 e 5 % do volume de comércio realizado pela pessoa ou seu comitente quanto aos bens ou serviços afetados pela violação, mas não inferior a 20 mil dólares. Já as multas para as empresas devem ser determinadas com base em 20 % do volume do comércio afetado. Sobre esse valor de base, ainda são aplicados os fatores agravantes ou atenuantes[363]. Ademais, paralelamente à aplicação de sanções criminais, há, consoante já mencionado, o *enforcement* privado, através das ações privadas de indenização, sendo esta equivalente ao triplo dos danos sofridos (*treble damages*). Vale destacar, por fim, que tem havido uma grande intensificação das sanções impostas aos

---

[361] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions.* p. 8/9.

[362] Serão aqui apenas referenciados os sistemas de sanções dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil. Para um panorama das sanções em outras jurisdições, vide ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Sanctions in Antitrust Cases.* p. 5/37.

[363] Cabe destacar, contudo, que a Suprema Corte norte-americana, no caso *Booker*, determinou que o *Sentencing Commission Guidelines Manual* não era obrigatório aos tribunais, tendo apenas um caráter consultivo (Caso *United States* v. *Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

cartéis nos Estados Unidos a partir dos anos 1990, tanto no que se refere às multas (às empresas, mas também às pessoas físicas), como às prisões[364].

Já no âmbito do Direito da Concorrência da União Europeia, o cartel (e, mais genericamente, todas as demais práticas anticompetitivas) consubstancia um ilícito administrativo, mas as pessoas físicas participantes do conluio não são responsabilizadas. O poder da Comissão Europeia em impor sanções às infrações antitruste cresceu bastante ao longo dos anos, sendo, hoje, regido pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 e pelas *Fining Guidelines 2006*. De acordo com o art. 23, 2 do aludido Regulamento, a multa a ser aplicada pela Comissão às empresas e associações de empresas que formem um cartel não deve exceder 10 % do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente. Por sua vez, as *Fining Guidelines 2006* estabelecem os critérios para a fixação das multas. Em primeiro lugar, deve ser calculado o montante de base, o qual é determinado em função de uma percentagem do valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas direta ou indiretamente com a infração, na área geográfica em causa no território do Espaço Econômico Europeu (EEE), no último ano completo da sua participação na infração. A proporção do valor das vendas é definido em função do grau de gravidade da infração e pode ir, em geral, até 30%, embora seja ainda possível adicionar uma soma compreendida entre 15 % e 25 % do valor de vendas[365]. Em seguida, o valor será multiplicado pelo número de anos da infração. Num segundo momento, o montante de base é ajustado tendo em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes. Dentre estas últimas, merece destaque a reincidência, hipótese em que o montante de base será aumentado em até 100 % da infração verificada. É possível, outrossim, para assegurar um efeito assaz dissuasivo, aumentar a multa em se tratando de empresas com um volume de negócios, para além do mercado relevante material, particularmente elevado. Da mesma forma, a multa poderá ser aumentada para exceder o montante dos lucros ilícitos realizados em decorrência da infração, quando for possível calcular tal valor. Na UE, tal qual nos Estados Unidos, também tem havido uma intensificação da persecução a cartéis a partir dos anos 1990, com a imposição de penas que ultrapassam, muitas vezes, as multas criminais cominadas do outro lado do Atlântico. Finalmente, cabe destacar que, no exercício da

[364] LIANOS, Ioannis; JENNY, Frederic; WAGNER VON PAPP, Florian; MOTCHENKOVA, Evgenia *et al. An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis.* CLES Research Paper Series 3/2014, UCL Faculty of Laws, London, May 2014. p. 131/137; COMBE, Emmanuel. *op. cit.* p. 36/37; BRODER, Douglas. *op. cit.* p. 177/184; GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 10/13; SOUTY, François. *Sanctions et Réparations en Droit Antitrust des États-Unis*. Revue Lamy de la Concurrence, No. 43, Avril-Juin 2015. p. 155/160.

[365] De acordo com o n.º 23 das *Fining Guidelines*, tendo em vista que os cartéis *hard core* são considerados as restrições de concorrência mais graves e devendo por isso ser sancionados de forma severa, a proporção das vendas levada em conta para eles situa-se geralmente num nível superior da escala.

competência paralela pelos Estados-Membros, é possível haver, ainda, o *enforcement* privado (embora este não seja comum), através de ações privadas de indenização, bem como a aplicação de sanções contra as pessoas físicas participantes do conluio (inclusive criminais, tais quais multas, inibição do exercício de atividades executivas e prisões), se tal for previsto pelo respectivo direito nacional (o que efetivamente ocorre em alguns Estados)[366].

Por sua vez, no Brasil, consoante também já comentado, a prática de cartel constitui tanto um crime, como uma infração administrativa. A responsabilização penal desse conluio está prevista no art. 4º da Lei n.º 8.137/1990, que prevê pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa. A pena de reclusão pode ser aumentada de um terço até a metade se o crime ocasionar grave dano à coletividade, for cometido por servidor público no exercício de suas funções ou for praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde. Por ser omissa a lei quanto à multa, deve esta ser fixada de acordo com as regras previstas no art. 49 do Código Penal, podendo, ainda, ser elevada até seu décuplo, considerando-se o ganho ilícito e a situação econômica do réu. Ademais, a Lei n.º 8.666/1993 também tipifica a conduta do cartel em licitações, nos arts. 90, 95 e 96. Nos tipos dos arts. 90 e 95, a pena prevista é de detenção, de 2 a 4 anos, e multa, enquanto no tipo do art. 96, que diz respeito especificamente ao aumento arbitrário de preços ou à imposição de condições mais onerosas à Fazenda Pública decorrente da fraude, a pena é de detenção, de 3 a 6 anos, e multa. Nestes tipos, a multa deve ser calculada com base em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem de fato obtida ou potencialmente auferível pelo agente, e não poderá ser inferior a 2 % nem superior a 5 % do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Vale sublinhar, como já referido, que tem-se visto, nos últimos anos, uma intensificação na persecução penal a cartéis no Brasil, sendo a imposição de penas privativas de liberdade cada vez mais frequente[367].

Já na seara administrativa, o art. 37 da Lei 12.529/2011 prevê que a prática de infração da ordem econômica (e portanto, de cartel) sujeita a empresa à multa de 0,1 % a 20 % do valor

---

[366] LIANOS, Ioannis; JENNY, Frederic; WAGNER VON PAPP, Florian; MOTCHENKOVA, Evgenia *et al. op. cit.* p. 117/130; FIRST, Harry. *The Case for Antitrust Civil Penalties*. Antitrust Law Journal, Vol. 76, Iss. 1, 2009. p. 132/136; GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 10/12; HARDING, Christopher; JOSHUA, Julian. *Regulating Cartels in Europe*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 258/259, 288/291; DEBROUX, Michel. *L'"Imprévisibilité Transparente" : la Politique de Sanction de la Commission en Matière de Cartels*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 4, 2006. p. 46-55.

[367] MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 182/222; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 265/267. Na primeira obra referida, a autora critica a incoerência no sistema normativo, por prever pena de detenção para os crimes da lei de licitações públicas e pena mais gravosa, de reclusão, para os demais tipos de cartel, previstos na Lei n.º 8.137/1990. Vide a referida obra, igualmente, para a discussão sobre o concurso de crimes, como os de quadrilha ou de falsidade ideológica, com o de cartel.

do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, não podendo a multa ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação[368-369]. O CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo CADE, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. Para as demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, por não permitirem o uso do critério acima aduzido, a multa será entre 50 mil e 2 bilhões de reais. Enfim, no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, a multa devida é de 1 % a 20 % daquela aplicada à entidade a que esteja ligado. Uma inovação da Lei 12.529/2011 em relação ao regime anterior foi a possibilidade de o CADE atingir o faturamento de todo o grupo econômico, não se restringindo àquele da pessoa jurídica investigada. Em caso de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro. A lei também fixou parâmetros gerais para a dosimetria da multa, dentre os quais a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida por aquele e os efeitos

[368] Há fortes críticas a esse critério eleito pela legislação brasileira, aduzindo-se que ele não seguiu as melhores práticas internacionais na matéria. Afirma-se que a Resolução n.º 3/2012, que lista 144 ramos de atividade para fins de aplicação do aludido art. 37 da Lei n.º 12.529/2011, não permite uma perfeita consideração dos bens ou serviços afetados pela prática, sendo ora muito abrangente (com mais frequência), ora muito restritiva. Nesse sentido, considera-se que melhor seria ter adotado o valor das vendas dos produtos ou serviços potencialmente afetados pela conduta sob investigação, tal qual nos Estados Unidos e na UE (MONTEIRO, Alberto. *Affected Volume of Commerce: How the Concept is Interpreted to Calculate Cartel Fines in the United States and in Brazil*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2, novembro 2015. p. 59/62).

[369] Uma discussão bastante recorrente nos julgamentos do CADE tem sido saber se a base de cálculo das multas impostas aos cartéis deve dizer respeito ao faturamento dos representados ou à vantagem auferida pelos cartelistas (o art. 37, I da Lei n.º 12.529/2011 permite a interpretação nos dois sentidos). Parte do Tribunal, nomeadamente os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, entende que a multa deve ser baseada na vantagem auferida, devendo-se buscar o sobrepreço. O faturamento serviria de baliza para demonstrar que o valor alcançado se encontra dentro dos parâmetros legais. Propõem, dessa forma, que critérios mais econômicos sejam utilizados para o dimensionamento dos danos, aproximando-se mais do método usado pelos Estados Unidos e União Europeia (nesse sentido, por exemplo, vide o voto vencedor do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende no julgamento do cartel de perborato de sódio, ocorrido em 24 de fevereiro de 2016 – Processo administrativo n.º 08012.001029/2007-66 e o voto vista do Conselheiro João Paulo de Resende e o voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, ambos vencidos, no julgamento do cartel de vidro supramencionado). Todavia, a maioria do Tribunal tem-se manifestado contrariamente a tal posicionamento, de sorte que, na prática, o cálculo das multas vem sendo realizado com base no próprio faturamento dos representados, seja o faturamento real ou virtual, replicando o *market share* mundial ao faturamento no Brasil no ano-base (vide voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, no julgamento do cartel de memória DRAM supramencionado e o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo e o voto vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no julgamento do cartel de vidro).

econômicos negativos produzidos no mercado[370]. Além de penas de natureza pecuniária, há, ainda, a previsão da aplicação de sanções acessórias, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público. Dentre estas, há, por exemplo, a publicação de extrato da decisão condenatória em jornal, a proibição de participação de licitações públicas por prazo não inferior a 5 anos e a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos. O CADE tem imposto multas bastante vultosas, tanto para empresas, como para pessoas físicas, além de outras sanções não pecuniárias, como as acima aduzidas. Vale, enfim, reafirmar a possibilidade de os conspiradores serem responsabilizados civilmente, através de ações privadas de indenização, conforme prevê o art. 47 da Lei 12.529/2011. Apesar de não haver grande tradição no uso destas últimas no Brasil, o *enforcement* privado tem crescido bastante nos últimos anos[371].

3.4.3 A fixação das sanções impostas aos cartéis internacionais

3.4.3.1 Caracterização a partir dos direitos nacionais

Como já aduzido, a persecução a cartéis internacionais cresceu vertiginosamente nos últimos vinte anos. Tal tendência se constata não apenas nos Estados Unidos, na União Europeia e no Canadá, nos quais o *enforcement* do Direito da Concorrência há muito já é bastante consistente, mas também em países até então sem grande tradição antitruste, como é o caso de Israel, Coreia do Sul, Índia, China, África do Sul e Brasil. Adamais, em paralelo ao incremento das investigações e condenações dos cartéis internacionais, há também um aumento exponencial das multas aplicadas a tais conluios. Apenas a título exemplificativo, enquanto no começo da década de 1990 as multas impostas a cartéis, em todo o mundo, eram, em média, inferiores a 100 milhões de dólares por ano, entre 2009 e 2014, aquelas alcançaram a média de 8,3 bilhões de dólares anuais. Cada vez mais, outras jurisdições fora do eixo América do Norte – Europa têm contribuído para o aumento desse número. Mais de 1200 decisões foram proferidas em tais Estados nos últimos quinze anos, a participação deles no total das multas impostas em todo mundo chegando a 25 % entre 2010 e 2014[372].

---

[370] Entretanto, aduz-se haver uma discricionariedade excessiva na determinação das multas, tendo em vista a inexistência de um método, na jurisprudência do CADE, que garanta um mínimo de previsibilidade. Vide, nesse sentido, VALLADARES, Hugo Emmanuel D Gonçalves. *Dosimetria da Pena de Multa em Cartéis no Âmbito do Cade. Dificuldades e Perspectivas Comparadas aos EUA e à Comissão Europeia*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, nº 2, novembro 2013. p. 45/73.

[371] MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 150/162; MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *op. cit.* p. 259/262, 267/270; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 218/226; GRINBERG, Mauro; LORENZETTI, Marcela Abras. *Cartel Punishment In Brazil: Facts And Trends*. In ZARZUR, Cristianne; KATONA, Krisztian; VILLELA, Mariana (ed.). Overview of Competition Law in Brazil. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 278/284.

[372] CONNOR, John. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. p. 1/13.

Nesse novo contexto, em que os casos de cartéis internacionais são julgados e condenados cada vez em mais ordenamentos, a questão da definição das sanções ganha ainda mais relevância. Como ficou claro na análise anteriormente realizada, a determinação das penalidades já é bastante complexa no nível interno, em se tratando de cartéis domésticos. No caso de cartéis internacionais, que produzem efeitos em vários países e são examinados por múltiplas jurisdições, a matéria torna-se ainda mais difícil.

De início, cabe ressaltar que, em geral, as leis antitruste nacionais não preveem critérios específicos a serem adotados em casos de cartéis internacionais, de modo que o valor das multas[373] é definido de forma análoga àquela empregada quando se lida com conluios domésticos.

Nesse sentido, na maioria dos Estados, as sanções são fixadas apenas com base nos danos domésticos ou nos ganhos dos conspiradores resultantes da lesão anticompetitiva nos respectivos ordenamentos. Tal limitação decorre do fato de que, de modo geral, a utilização dos danos ou lucros globais poderia incorrer numa interferência na soberania dos outros Estados. Ademais, os países não querem ser vistos como um pretenso aplicador antitruste mundial. Por outro lado, o caráter unilateral da extraterritorialidade também conduz para tal postura de somente levar em conta os interesses nacionais do país que aplica o antitruste (e, portanto, apenas considerar as lesões à concorrência no mercado doméstico). Contudo, alguns sistemas permitem basear as sanções no faturamento global ou no volume total de negócios dos cartelistas em todo o mundo. Nesses casos, porém, as multas são calculadas a partir do faturamento ou volume de negócios de apenas um ano, o que contrasta com a realidade da maioria dos cartéis internacionais, que tem duração muito mais longa. Dessa forma, também em tais casos, muito dificilmente se adentraria aos efeitos causados em outras jurisdições[374].

Na França, por exemplo, o montante máximo para a multa aplicável a empresas é de 10% do volume de negócios mundial líquido mais elevado realizado em um dos exercícios financeiros findos precedente ao ano anterior àquele em que as práticas foram implementadas. A União Europeia, por sua vez, embora determine o montante da multa com base no valor das vendas na área geográfica em causa no território do EEE, flexibiliza tal limitação ao permitir sua expansão em casos nos quais as vendas no EEE não reflitam de maneira adequada o peso

---

[373] Refere-se, aqui, às multas por serem elas as sanções mais frequentes. Apesar disso, outras espécies de penalidades também serão aludidas a seguir.

[374] GAL, Michal. *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance*. Virginia Journal of International Law, Vol. 51, No. 1, 2010. p. 62/63, 70/71; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions.* p. 15/17; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Sanctions in Antitrust Cases.* p. 11/12.

de cada empresa na infração, como nos cartéis internacionais de repartição de mercado. Em tais hipóteses, permite-se estimar o valor das vendas para fins de montante base aplicando-se a quota de vendas de cada empresa em nível internacional às vendas dentro do EEE[375].

Já no Brasil, de modo geral, o faturamento no mercado nacional é utilizado como base de cálculo para a determinação de multas impostas a cartéis internacionais, consoante acima aduzido[376]. Todavia, frequentemente, não é possível dispor do valor do faturamento dos representados no mercado nacional no ano anterior ou ele não se apresenta proporcional ao dano causado no país, sobretudo naqueles casos em que há alocação de clientes e que não existem vendas diretas para o Brasil. Em tais hipóteses, parece começar a se formar um consenso no CADE de que se deve buscar o denominado faturamento virtual, obtido a partir da projeção da participação de mercado mundial da empresa nas importações realizadas no Brasil[377]. Objetiva-se chegar a um valor que represente a quantidade de vendas em território nacional que teria sido auferida pelo agente na ausência do cartel, de modo que se deve estimar o total faturado do produto no país e multiplicá-lo pelo *market share* da empresa em vendas globais[378]. Por sua vez, os Conselheiros que vêm adotando como base de cálculo a vantagem auferida (conforme a supramencionada divergência existente no CADE) também se limitam aos danos causados no mercado nacional. Ademais, eles também analisam o faturamento dos representados, por este servir de baliza para o valor da multa a ser determinado[379]. Assim, ainda

---

[375] Conforme o n.º 18 das *Fining Guidelines 2006*: "Quando ao âmbito geográfico de uma infracção ultrapassar o território do EEE (por exemplo, no caso de cartéis mundiais), as vendas em causa da empresa no EEE podem não reflectir de maneira adequada o peso de cada empresa na infracção. Este pode ser especificamente o caso de acordos a nível mundial de repartição de mercado.
Em tais circunstâncias, a fim de reflectir ao mesmo tempo a dimensão agregada das vendas em causa no EEE e o peso relativo de cada empresa na infracção, a Comissão pode estimar o valor total das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infracção na área geográfica (mais amplo do que o EEE) em causa, determinar a quota das vendas de cada empresa que participa na infracção neste mercado e aplicar esta percentagem às vendas agregadas destas mesmas empresas no EEE. O resultado será utilizado a título de valor das vendas para efeitos da determinação do montante de base da coima".

[376] No caso do cartel de vitaminas, por exemplo, foi utilizado como base de cálculo o faturamento com a exportação de vitaminas para o Brasil no ano anterior à instauração do processo administrativo.

[377] Todavia, tal metodologia não foi utilizada no julgamento do cartel dos compressores, supramencionado. Em tal caso, o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior afirmou que "considerando o cartel ocorrido em âmbito internacional e, portanto, o escopo geográfico do mercado relevante como mundial, o faturamento a ser considerado é aquele auferido pelas empresas em nível mundial". Porém, o cálculo com base no faturamento foi afastado, na hipótese, pelo fato de o valor a que chegaria ter sido considerado desproporcional ao impacto gerado na economia brasileira. Dessa forma, utilizou-se como base de cálculo o intervalo previsto no art. 23, III da Lei 8.884/94. Nos debates orais, o Conselheiro João Paulo de Resende defendeu que, caso relator do caso, teria adotado o faturamento virtual, muito embora o resultado obtido por tal critério seria muito próximo ao que chegou o Conselheiro-Relator. Tal evento demonstra que, ao menos nesse aresto, sugeriu-se utilizar o faturamento mundial como base de cálculo para as multas em cartéis internacionais, o que, contudo, não tem sido prática comum no CADE.

[378] Vide, por exemplo, o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo e o voto vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no julgamento do cartel de vidro supramencionado.

[379] Foi o caso, por exemplo, do cartel de perborato de sódio, supramencionado. Apesar de o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende ter calculado a multa com base na estimativa da vantagem pretendida, ele também calculou

que o art. 37, I da Lei n.º 12.529/2011 não seja claro sobre a dimensão geográfica do faturamento (isto é, se este deveria limitar-se ao mercado doméstico), aquele obtido no mercado internacional, quando necessário, só tem sido utilizado para realizar um cálculo proporcional aos efeitos produzidos no Brasil (o faturamento virtual), de sorte a não se adentrar na atuação do cartel em outros ordenamentos[380]. O mesmo se aplica em relação às vantagens auferidas, visto que estas, quando invocadas, são calculadas somente no que se refere aos danos causados no território nacional. Portanto, ainda que haja, no CADE, grande divergência quanto à metodologia utilizada para determinar as multas, parece não haver maiores discussões em relação à extensão geográfica de um ou outro critério que pode ser utilizado. Reafirma-se, dessa forma, que o exercício extraterritorial da jurisdição brasileira diz respeito apenas aos efeitos gerados no território pátrio, o que se reflete nas multas a serem impostas aos cartéis internacionais.

A seu turno, nos Estados Unidos, só é considerada, para determinação do montante base da multa (o volume de comércio), a parcela das vendas totais dos conspiradores que foi afetada pelo cartel e que tem um vínculo suficientemente próximo com o comércio do país. Em outras palavras, o volume de comércio se refere às vendas afetadas que se enquadram dentro do alcance jurisdicional do *Sherman Act*[381]. Todavia, apesar de o montante base ser calculado somente levando em conta o comércio doméstico atingido pelo cartel internacional, as vendas no exterior podem ser utilizadas na dosimetria da multa, servindo como um fator agravante[382].

Sob esse prisma, apesar de comumente não haver, como aduzido, um mecanismo próprio para o estabelecimento das penas, a internacionalidade do conluio deve ser utilizada para balizar a gravidade da infração, tendo em vista que os cartéis internacionais têm um potencial ainda mais lesivo que aqueles domésticos. Como acima afirmado, nos Estados Unidos, o volume do comércio de produtos e serviços objeto de cartéis no exterior pode ser

---

o faturamento virtual da empresa representada no mercado brasileiro (utilizando como *proxy* o faturamento no MERCOSUL, ponderado pela participação brasileira no PIB do grupo econômico no respectivo ano), de sorte a demonstrar que a alíquota correspondente à multa fixada estaria dentro do limite previsto no art. 37, I da Lei n.º 12.529/2011.

[380] Trata-se, em realidade, de utilização do critério previsto nas *Fining Guidelines 2006* da União Europeia, acima mencionado.

[381] Cabe ressaltar, contudo, a inexistência de consenso no referido cálculo, o que decorre, sobretudo, da divergência, já referida na seção em que se analisou o conceito de efeitos nos Estados Unidos, sobre o que constitui comércio doméstico e o que integra o alcance da jurisdição do *Sherman Act*. Vide, nesse sentido, MONTEIRO, Alberto. *op. cit*. p. 49/59.

[382] MUTCHNIK, James; CASAMASSIMA, Christopher; ROGERS, Brenton. *The Volume of Commerce Enigma*. The Antitrust Source, Vol. 7, Iss. 5, June 2008. p. 2/4; HAMMOND, Scott. *Charting New Waters in International Cartel Prosecutions.* Discurso proferido pelo Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no The Twentieth Annual National Institute on White Collar Crime, realizado em São Francisco, Califórnia, no dia 2 de março de 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518446/download>. Acesso em: 06/11/2016.

usado para agravar as multas. Já no Brasil e na União Europeia, a alíquota a ser aplicada ao caso concreto para a determinação das sanções deverá ser elevada quando se tratar de cartéis internacionais[383].

3.4.3.2 Avaliação do cenário atual e perspectivas para seu aperfeiçoamento

Em que pese o incremento das multas, muitos afirmam que o atual sistema de *enforcement* antitruste, no que toca em específico aos cartéis internacionais, ainda é pouco dissuasivo. Como já analisado, o esquema corrente é fundado num modelo atomístico em que cada ordenamento aplica seu próprio Direito Antitruste e baseia suas sanções, na maioria das vezes, somente nos danos domésticos. Dessa forma, a dissuasão ótima dos cartéis internacionais requer ações conjuntas de todos ou, ao menos, da maioria dos países afetados pelo cartel. Todavia, apenas uma pequena porcentagem dos conluios é, de fato, detectada e punida e, ainda assim, em um número limitado de jurisdições. É que, apesar de a persecução a cartéis não estar mais restrita às nações da América do Norte e da Europa (como visto acima, têm surgido novos polos antitruste na América Latina, Ásia e África), ainda são poucos os Estados que realmente impõem penalidades a cartéis internacionais[384].

Ademais, alega-se que os parâmetros usados para calcular as sanções não são relacionados aos danos derivados do cartel ou são fundados em suposições equivocadas. Conforme antes mencionado, devido à grande dificuldade em se determinar os prejuízos decorrentes do conluio, as autoridades antitruste, de um modo geral, ao invés de basearem as multas naqueles, realizam o cálculo utilizando *proxies* como o valor das vendas ou o volume de negócios. Além disso, não é comum haver a atualização monetária do valor sobre o qual são

---

[383] Foi nesse sentido que se posicionou o Conselheiro-Relator no julgamento do cartel dos compressores supramencionado: "(...) as penalidades impostas aos condenados, entre elas a de multa, devem refletir os critérios de dosimetria estabelecidos no art. 45 da Lei 12.529/11. Nos casos de cartel, entendo que a alíquota deve evidenciar especialmente a gravidade da conduta (inciso I), o grau de lesão à concorrência (inciso V) e a consumação da prática por longo período (inciso IV), que são três das principais variáveis que refletem o elevado prejuízo concorrencial decorrente do acordo anticompetitivo, sem prejuízo dos demais critérios legais. No presente caso, ressalto que o fato de o presente cartel ter ocorrido em âmbito internacional demonstra ainda mais sua lesividade e a necessidade de ênfase nos três mencionados critérios, tendo em vista os contatos frequentes entre os participantes do cartel, a institucionalização do acordo e a comprovada ocorrência de elevados efeitos no Brasil, especialmente em um setor tão sensível quanto a produção de eletrodomésticos de linha branca. Logo, a alíquota aplicável é a de 15%, sem atenuantes".

[384] COMBE, Emmanuel. *op. cit.* p. 23; GAL, Michal. *op. cit.* p. 62/63; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1240; CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels*. Paper apresentado na 4th International Industrial Organization Conference, realizada em Savannah, Georgia, em abril de 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/soL3/papers.cfm?abstract_id=787927>. Acesso em: 07/11/2016. p. 18/19. Connor ressalta, contudo, que o progresso na punição de cartéis internacionais em países da América Latina, Ásia e África tem contribuído para um incremento marginal da dissuasão dos referidos conluios (CONNOR, John. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. p. 9).

baseadas as penas, de sorte que os conspiradores se locupletam da depreciação da moeda pela inflação. Por fim, os limites impostos pelas legislações para as multas (com a exceção daqueles vinculados à extensão dos danos) são tidos como uma garantia para os cartelistas, o que pode induzir a formação e a estabilidade de cartéis, visto que os conspiradores poderão calcular os custos do conluio sem medo de um incremento na responsabilidade[385].

Ressalta-se, outrossim, o caráter ainda fraco do *enforcement* privado. Apesar de alguns países, nomeadamente os Estados Unidos, terem uma longa tradição nesse sentido, a maioria dos sistemas não têm grande experiência na matéria. Todavia, várias jurisdições têm adotado medidas para promover um *enforcement* privado mais vigoroso, como a União Europeia e alguns de seus Estados-Membros, sobretudo na sequência da supramencionada Diretiva (UE) 2014/104/UE. Em outras nações, também tem havido uma tendência no incremento das ainda incipientes ações privadas de indenização, como no Brasil, na China, no Japão e na Coreia. Porém, ainda é muito modesta a dissuasão decorrente de indenizações dos prejuízos, o que contribui para a alegada dissuasão insuficiente (*underdeterrence*) dos cartéis internacionais[386].

Critica-se, igualmente, a grande extensão dos benefícios que são concedidos aos conspiradores que cooperam com a autoridade para o desmantelamento do cartel, como ocorre quando da celebração de um acordo de leniência. Assevera-se que esse tratamento deveras generoso pode tornar os cartéis ainda mais eficientes, reduzindo o efeito dissuasivo pretendido (a exemplo dos já mencionados programas de leniência exploráveis)[387]. Por outro lado, um baixo nível de dissuasão reduz a efetividade daqueles programas, tendo em vista que, se as sanções são limitadas, diminui-se o incentivo para que cartelistas delatem a conduta[388].

Sob esse prisma, Combe e Monnier afirmam que o nível das multas, comparado aos ganhos ilícitos obtidos pelos conspiradores, ainda permanece baixo. Com base numa amostra de 69 decisões proferidas pela Comissão Europeia em casos de cartéis, os autores chegam à conclusão de que as multas impostas são insuficientes, ainda que se considerasse como 100 % a probabilidade de detecção, de modo que elas não são capazes de impedir a formação de novos

---

[385] CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels*. p. 19, 21/22.
[386] CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels.* p. 20; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Executive Summary of the Roundtable on the Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*. DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL, 19 July 2016. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf>. Acesso em: 09/11/2016. p. 2/3.
[387] CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels.* p. 20.
[388] GAL, Michal. *op. cit.* p. 64.

conluios. Aduzem, pois, que a dissuasão excessiva (*overdeterrence*), alegada por alguns, é um mito[389].

Connor, a seu turno, ao analisar os cartéis internacionais que foram descobertos e punidos por uma ou mais autoridades antitruste entre 1990 e 2007, conclui que, mesmo com o incremento das sanções, não houve uma redução do número de tais conluios, não se incorrendo em uma dissuasão suficiente. Segundo seu estudo, os membros de cartéis internacionais, através de uma avaliação *ex ante*, podem razoavelmente esperar submeter-se a multas muito aquém dos lucros obtidos, ainda que se baseiem em hipóteses otimistas sobre a detecção, a leniência e as sanções[390]. Ademais, conforme o autor, subsiste uma larga lacuna entre as penas máximas previstas nas legislações e as sanções efetivamente impostas[391].

Diante dessa dissuasão insuficiente, alguns propugnam a necessidade de aumentar, ainda mais, o montante das multas aplicadas às empresas envolvidas em cartéis internacionais[392]. De acordo com Connor, por exemplo, o total das sanções pecuniárias em todas as regiões geográficas afetadas pelo cartel deve ser de quatro vezes os lucros esperados pelos conspiradores para produzir uma dissuasão absoluta dos líderes do cartel e de oito vezes para a dissuasão dos demais seguidores, o que ainda é muito longe da realidade[393]. Como acima

---

[389] COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance. *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*. The Antitrust Bulletin, Vol. 56, No. 2, Summer 2012. p. 267.

[390] CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels.* p. 18, 30/31. Gal chega a uma conclusão semelhante, ao aduzir que a soma das sanções impostas aos cartéis internacionais por um número limitado de jurisdições é bem menor que os lucros obtidos em todo o mundo, de sorte a ainda ser bastante rentável a celebração de tais conluios. Dessa forma, a agregação de dissuasões insuficientes nos âmbitos internos aporta implicações globais, pois criam incentivos para a formação de cartéis em nível internacional (GAL, Michal. *op. cit.* p. 63). No mesmo sentido, a OCDE afirma que, teoricamente, a menos que um participante de um cartel multinacional seja processado e multado na maioria ou em todos os países em que produziu efeitos, o conluio ainda pode ser rentável após o pagamento de multas em apenas algumas das jurisdições afetadas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*. DAFFE/COMP(2002)7, 9 April 2002. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>. Acesso em: 09/11/2016. p. 14).

[391] CONNOR, John. *International Price Fixing: Ressurgence and Deterrence.* p. 35, 39/40. Connor cita como exemplo os casos dos cartéis de lisinas, de vitaminas e de ácido cítrico, nos quais as multas às empresas (de 1.106 milhões de dólares) nos Estados Unidos, embora tenham alcançado um patamar recorde, só representaram entre 10 e 79 % das penas possíveis na referida jurisdição. Ademais, tais sanções equivaleram a apenas 2,8 % das vendas globais durante o período dos três conluios e a somente 12,6% dos lucros ilícitos dos cartelistas. Por outro lado, as multas impostas aos três cartéis em todo o mundo (entre 3.950 e 4.560 milhões de dólares) ainda representam um montante modesto, tanto em relação às vendas afetadas globalmente (9,9 a 11,7 %) como no que toca aos sobrepreços mundiais (51 a 60 %).

[392] Nesse sentido, vide COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance. *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*. p. 268/269 e ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*. p. 4/5.

[393] CONNOR, John. *Optimal Deterrence and Private International Cartels.* p. 30/31. Connor chega a propor que o mencionado incremento das multas seja obtido através da transformação dos tribunais norte-americanas em uma instituição globalizada, com competência para aplicar o Direito Antitruste para todo o mundo, ao que ele chamou de uma extraterritorialidade completa (CONNOR, John. *Extraterritoriality of the Sherman Act and Deterrence of*

mencionado, Connor também demonstra que as sanções ainda estão longe dos limites máximos previstos, de modo a ser possível, sim, elevá-las, sem qualquer alteração legislativa, ainda que não se chegue ao patamar ideal por ele sugerido.

Todavia, outros estudiosos questionam até que ponto o aumento das multas é, de fato, a melhor solução para o problema. Nesse sentido, afirmam inexistir evidências empíricas de que incrementar ainda mais aquelas penas é capaz de produzir uma dissuasão mais efetiva dos cartéis. Ao revés, aduzem que sanções bastante elevadas são problemáticas sob vários aspectos. É que há um limite daquilo que a empresa é capaz de pagar, de sorte que penalidades que ultrapassam esse patamar acabam tendo um efeito contraproducente. Ora, multas muito elevadas repercutem na vida da empresa, sendo possível gerar desnecessários e irrecuperáveis custos sociais e econômicos (inclusive a falência da empresa), não sendo, por outro lado, suficientes para dissuadir a prática ilícita[394].

Em realidade, a imposição de multas demasiado altas às empresas não produz efeito dissuasório do ponto de vista do indivíduo, tendo em vista que não é ele quem arca com a sanção. Ademais, tal prática resulta em uma punição quádrupla da sociedade, duas vezes na figura do consumidor, uma na do acionista e outra na do trabalhador. Em relação aos consumidores, estes não apenas pagam mais caro pelo produto ou serviço durante o período em que o cartel operou, como também não podem usufruir de descontos de preço ou de lançamentos de novos produtos que demandem altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento enquanto a empresa estiver pagando as multas multimilionárias[395]. Por sua vez, haverá uma redução significativa na distribuição de resultados da companhia aos acionistas, os quais não necessariamente são os mesmos que se beneficiaram dos lucros adicionais decorrentes do cartel. Os trabalhadores também sofrerão efeitos, posto que a empresa, enquanto estiver arcando com as sanções, disponibilizará menos recursos para investimento no treinamento e no incremento dos salários, podendo ser até mesmo necessário realizar cortes de custos através de demissões.

Private International Cartels. The Purdue University Department of Agricultural Economics Working Paper No. 04-08, April 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=611948>. Acesso em: 09/11/2016). Contudo, se tal proposta foi sempre bastante criticada pelos outros países, ela perdeu ainda mais sua força após o julgamento do caso *Empagran*, anteriormente comentado.

[394] WEST, Jeremy. *Are We Winning the Fight Against Cartels?*. CPI Antitrust Chronicle, Vol. 2, No. 2, Winter 2012. p. 3; WILS, Wouter. *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006. p. 183/208. Versão preliminar disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102>. Acesso em: 12/11/2016. p. 18; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 67.

[395] Nesse sentido, afirma-se que, no fundo, as multas acabam-se tornando um custo adicional dos negócios, sendo repassado aos consumidores na forma de aumento de preços ou redução de investimentos (ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 227, 238; WILS, Wouter. *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. p. 20; GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 5).

Desse modo, o aumento das multas é uma solução ineficiente sob o prisma social, impondo custos àqueles que não cometeram o ilícito[396].

Em casos mais extremos, a imposição da multa dissuasória teoricamente ótima pode causar a falência das empresas, com a consequente redução do número de agentes econômicos no mercado, o que o tornará ainda menos competitivo, sobretudo se o cartel envolver a maioria dos concorrentes. Ademais, em tal hipótese, as externalidades negativas são ainda mais graves, lesando toda a sociedade, como consumidores, trabalhadores, acionistas, fornecedores, credores e autoridades fiscais. Fica evidente, assim, que é possível que uma multa seja tida como ótima para fins de alcançar a dissuasão, mas inadequada na preservação da concorrência ou na promoção de outros objetivos políticos, como o emprego. A sua imposição, dessa forma, iria de encontro aos próprios propósitos do Direito da Concorrência[397].

Nesse sentido, a determinação das multas deve levar em conta não apenas o efeito dissuasivo, mas também a capacidade das empresas para pagá-las. É preciso respeitar o princípio da proporcionalidade das penas, o qual reflete não apenas a visão retributiva das sanções (estas devem ser proporcionais à gravidade do ilícito), mas também a perspectiva utilitarista, prevalecente no Direito Antitruste (a força da dissuasão depende de a punição ser concebida como justa e, particularmente, proporcional). Ademais, deve-se conceder um tratamento isonômico, que é um aspecto particular da proporcionalidade. Desse modo, situações diferentes devem ser tratadas de forma distinta, de sorte que a fixação das multas impostas a empresas devem levar em conta a respectiva capacidade para pagar[398], bem como o grau de participação de cada uma no conluio, em respeito, igualmente, ao princípio da individualização das penas. Portanto, a determinação das multas deve ser feita dentro dos limites da razoabilidade, realizando sempre um juízo de ponderação entre o *quantum* do efeito dissuasivo e os eventuais custos que podem vir a ser impostos à sociedade, evitando-se reduzir o bem-estar social sem que a prática ilícita seja dissuadida[399].

Por outro lado, para uma dissuasão mais efetiva dos cartéis, sugere-se, como já mencionado, a imposição, ao lado das multas às empresas, de sanções às pessoas físicas autoras

---

[396] MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 80/83.
[397] WEST, Jeremy. *op. cit.* p. 3/4; WILS, Wouter. *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. p. 19/20; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 81/82; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1236.
[398] Entretanto, a determinação da multa com base na capacidade do agente para pagar é bastante criticável, tendo em vista que "descontos casuísticos sobre o valor principal da multa poderiam favorecer exatamente os agentes de mercado menos eficientes, resultando em dupla punição aos demais" (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 82/83).
[399] WILS, Wouter. *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. p. 19/21, 28/29; COMBE, Emmanuel. *op. cit.* p. 23/24; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 68, 82.

do ilícito, tendo em vista que penas individualizadas tendem a ser não apenas mais eficientes, como também mais justas. Tais sanções devem ser tanto multas, como outras penas, tais quais aquelas de caráter reputacional, como a suspensão ou inabilitação temporária para o exercício de cargos executivos. Entretanto, um grande desafio é garantir que os indivíduos punidos, sobretudo no que se refere às sanções pecuniárias, não sejam ressarcidos, de forma direta ou indireta, pela empresa, o que esvaziaria o propósito desse tipo de penalidade[400].

Além disso, propõe-se a criminalização da prática de cartel, com a imposição de penas privativas de liberdade às pessoas físicas autoras[401] do ilícito[402], o que efetivamente tem sido adotado por um número cada vez mais crescente de países. Assevera-se, nesse sentido, que as outras sanções disponíveis, como multa e mesmo interdição temporária de direitos, ainda que cumuladas, são insuficientes para a dissuasão da prática sob a ótica do indivíduo, a inclusão da responsabilidade penal muito contribuindo para um modelo mais eficiente de prevenção e repressão a cartéis[403].

Ressalta-se, da mesma forma, a necessidade de se fortalecer o *enforcement* privado, com o incentivo a ações privadas de indenização[404]. Ademais, a implementação de programas de *compliance* concorrencial também pode auxiliar na dissuasão dos cartéis, ela também devendo ser encorajada[405]. Afinal, o objetivo primordial de tais programas é a prevenção e redução do

---

[400] GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 9, 16/22; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 233/234.

[401] Discute-se se as sanções criminais deveriam apenas recair sobre os administradores e diretores da empresa ou se, ao revés, seria possível sua imposição para qualquer funcionário envolvido com a prática. Esta última visão, mais permissiva, parece ser a mais correta, visto que cada indivíduo deve responder pelos seus atos. Nesse sentido, vide MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 90/91 e GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 9, 16/17.

[402] Ressalta-se, todavia, que é igualmente possível a criminalização da conduta das pessoas jurídicas, bem como a introdução de reponsabilidade criminal a pessoas físicas, mas sem a imposição de penas privativas de liberdade.

[403] ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 234, 238; EVENETT, Simon; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *op. cit.* p. 1236; GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit.* p. 5/6; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 76, 86/92; WEST, Jeremy. *op. cit*. p. 4/6.

[404] GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *op. cit*. p. 9. Nesse sentido, com o objetivo de fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil, o CADE submeteu a consulta pública, em 7 de dezembro de 2016, proposta de resolução, buscando encontrar um equilíbrio entre o *enforcement* público e privado. Dessa forma, tenta-se ponderar a adequada medida entre os programas de leniência e de TCCs e as ações privadas, procurando instituir regras mais claras sobre o acesso a documentos e informações provenientes de acordo de leniência, TCC e busca e apreensão, em convergência com as melhores práticas internacionais. Uma interessante novidade proposta diz respeito à redução tanto da contribuição pecuniária em negociações de TCCs, quanto da multa administrativa para participantes da infração anticompetitiva investigada que comprovem o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito de ações de reparação por danos concorrenciais. Assim, busca-se gerar benefícios aos consumidores brasileiros, permitindo o efetivo ressarcimento dos danos incorridos, com menores custos aos lesados. Vide a minuta da resolução, bem como minuta da exposição de motivos e nota técnica da Superintendência-Geral em: <http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>. Acesso em: 19/12/2016.

[405] Por outro lado, uma maior dissuasão dos cartéis, sobretudo através da responsabilização criminal de indivíduos, gera incentivos para a realização de programas de *compliance.*

risco de ocorrência de violações antitruste[406]. Todavia, é preciso que os programas adotados sejam sérios e robustos e não meramente formais ou de fachada (os chamados *sham programs*)[407].

Outra sugestão feita refere-se ao reforço da probabilidade de detecção, de sorte que, ao invés de incrementar as sanções, aumentem-se as chances de os cartéis serem descobertos e punidos, o que pode ser alcançado, por exemplo, através do fortalecimento dos programas de leniência (ou de seu estabelecimento, nos ordenamentos que ainda não dispõem do referido instrumento)[408-409].

Aduz-se, ainda, à necessidade de sistemas sem tradição no combate a cartéis internacionais (ou, de um modo geral, sem cultura antitruste) passar a condenar tais conluios. O desenvolvimento da cooperação internacional com outras agências de defesa da concorrência, nomeadamente aquelas que têm uma atuação efetiva na matéria, pode muito colaborar nesse sentido[410].

Sob esse prisma, resta corroborado, consoante afirmado no início desta seção, que a determinação das sanções em casos de cartéis internacionais, julgados por várias jurisdições, é, de fato, uma atividade demasiado complexa. Ao contrário do que se pode parecer e em que se pese as inúmeras tentativas por parte dos pesquisadores, inexiste uma fórmula perfeita para a

---

[406] Contudo, vale ressaltar que os programas de *compliance* são relevantes mesmo quando não são capazes de impedir a realização da prática ilícita, visto que constitui seu objetivo secundário oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas em um primeiro momento. Nesse sentido, por exemplo, tais programas vão incentivar a proposição de acordos de leniência, conferindo agilidade para que o agente seja *the first in the door*. Ademais, a existência de um programa de *compliance* sério pode ser levado em conta em alguns países, como no Brasil, quando da dosimetria da pena, podendo ser considerado uma evidência da boa-fé do agente infrator e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programas de Compliance – Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.* Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/imagens/guia-de-compliance.png/view>. Acesso em: 13/11/2016. p. 39/42).

[407] WEST, Jeremy. *op. cit*. p. 7/8; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programas de Compliance – Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial*. p. 14/15.

[408] COMBE, Emmanuel. *op. cit.* p. 24.

[409] A possibilidade de sanção criminal voltada a indivíduos pode também auxiliar nesse sentido, visto que aumenta os incentivos para a proposição da leniência (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.* p. 90; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation*. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>. Acesso em: 12/11/2016. p. 26/27).

[410] CONNOR, John. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. p. 3/5. Gal, por sua vez, propõe, para alcançar o referido objetivo, um mecanismo de reconhecimento de julgamentos (*the Recognition-of-judgements Mechanism*) que permita às autoridades antitruste utilizar, em suas próprias jurisdições, as conclusões factuais de decisões estrangeiras que condenem cartéis. Segundo o sistema proposto, seria apenas necessário provar os elementos locais do cartel e que a decisão estrangeira respeita certos critérios preestabelecidos (que garantam um julgado razoável e justo). Assim, seria possível aperfeiçoar as capacidades de *enforcement* de diversas jurisdições, sobretudo dos países pequenos e em desenvolvimento, o que aumentaria a dissuasão dos cartéis internacionais de modo significativo (GAL, Michal. *op. cit.* p. 73/94).

definição das sanções ótimas. Nesse sentido, o grande desafio dos legisladores e aplicadores do Direito Antitruste é, levando em conta todos os elementos anteriormente apresentados, chegar a uma combinação de sanções que seja capaz de gerar uma efetiva dissuasão dos ilícitos ora em análise, com o consequente incremento do bem-estar econômico e social de toda a comunidade internacional. Para empreender tal mister, o uso da cooperação internacional entre as autoridades antitruste nacionais se mostra de grande relevância, consoante será analisado na terceira parte deste trabalho.

3.4.3.3 A possibilidade de aplicação do princípio do ne bis in idem em casos de cartéis internacionais

Um último aspecto que merece ser considerado quanto à determinação das sanções em casos de cartéis internacionais diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio do *ne bis in idem*[411] diante de uma pluralidade de sanções impostas por autoridades antitruste de variadas jurisdições[412]. Alguns aduzem que, devido à aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência e, consequentemente, ao exercício concorrente da competência de várias autoridades antitruste referentes a um mesmo ilícito, dever-se-ia invocar o mencionado princípio para impedir a condenação de empresas ou indivíduos por fatos pelos quais eles já foram antes punidos por autoridades estrangeiras[413-414].

Nesse sentido, afirma-se que, apesar de o princípio do *ne bis in idem* ter sido originariamente desenvolvido no âmbito nacional e restrito ao Direito Penal, ele foi sendo

[411] Trata-se da vedação de dupla persecução e condenação de um agente pelos mesmos fatos.

[412] Outra discussão refere-se a saber se a imposição de sanções criminais e administrativas configura uma hipótese de *bis in idem*. Essa é uma questão bastante relevante no seio da União Europeia, sobretudo em decorrência do julgamento do caso Grande Stevens pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 2014, no qual se invalidou um processo criminal (e as penas nele impostas) devido a sanções administrativas, de teor punitivo, aplicadas anteriormente sobre a mesma prática. No caso, considerou-se que determinadas sanções, fundadas no Direito Administrativo Sancionador, podem, sim, ter um caráter penal, a depender de sua severidade. Dessa forma, entendeu-se tratar de caso de *bis in idem* por ter havido um mesmo conjunto de circunstâncias fáticas que deram ensejo a duas condenações de natureza penal. Embora tenha-se tratado de um processo administrativo relativo à matéria de mercado de capitais, os impactos do caso podem ser transpostos para outras searas do Direito Administrativo Sancionador, como a defesa da concorrência. Entretanto, apesar de sua grande relevância, inclusive para outros sistemas que cumulam penas administrativas e penais, como é o caso do Brasil, não é este aspecto do princípio do *ne bis in idem* que será, aqui analisado. Remete-se, para tal discussão, a SILVEIRA, Paulo Burnier da. *O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio non bis in idem na União Europeia: uma Releitura a partir do Caso "Grande Stevens" e os Impactos na Defesa da Concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº 2, novembro 2014. p. 5/22.

[413] A análise aqui realizada vai-se referir às multas, sobretudo aquelas de natureza administrativa, muito embora a discussão também possa ser realizada no que tange às penas privativas de liberdade impostas a indivíduos e demais sanções antitruste.

[414] FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Considerações sobre a Aplicação do Princípio do ne bis in idem em Casos de Cartéis Internacionais no Brasil.* In Ideias em Competição – 5 Anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. São Paulo: Singular, 2015. p. 148/150.

estendido para a esfera do Direito Administrativo Sancionador e ampliado para além dos limites territoriais de um Estado. Muito embora exista resistência ao seu reconhecimento como princípio de Direito Internacional ou de direito costumeiro, aduz-se que vários tribunais nacionais admitem sua aplicação interestatal e *erga omnes*, como o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ademais, ele é previsto na legislação de muitos países, inclusive com contornos transnacionais, tal qual se observa nos arts. 7º, § 2º, *d* e 8º do Código Penal pátrio. Em relação ao Direito Antitruste doméstico, assevera-se existir dispositivos legais que consagram o princípio no âmbito nacional, o que é ratificado pela jurisprudência, inclusive do CADE[415], no que se refere à proibição de condenação em relação a fatos anteriormente já punidos pela autoridade antitruste[416].

Sob esse prisma, alega-se que inexistiriam óbices em se aplicar a proibição do *bis in idem* para vedar que uma conduta já punida por uma agência antitruste estrangeira seja sancionada duplamente, o que iria ao encontro do supramencionado princípio da proporcionalidade das penas. Afirma-se, todavia, que seria necessário realizar um exame casuístico sobre o escopo da sanção imposta no estrangeiro, o valor da multa e sua capacidade de desencorajar o comportamento ilícito em outros ordenamentos, bem como os reais efeitos da violação antitruste sobre o país em que se deseja decretar uma segunda condenação, de modo a evitar uma dissuasão insuficiente. Nesse sentido, se constatado que a multa cominada não excedeu os ganhos auferidos globalmente, a aplicação de uma sanção por uma segunda jurisdição seria legítima. Entretanto, nesse caso, dever-se-ia levar em conta a primeira penalidade infligida, considerando-a como fator atenuante no cálculo da segunda multa. Seria caso, dessa forma, de utilização do princípio do *ne bis poena in idem*, variação mais flexível do *ne bis in idem*, de acordo com o qual as penas já cominadas a um acusado pela mesma conduta devem ser descontadas quando da imposição de uma segunda sanção referente àquela prática[417].

Contudo, a utilização do princípio em comento se mostra bastante complicada. Ora, como se ressaltou ao longo de toda esta seção, a determinação da dissuasão ótima é demasiado complexa, sobretudo no que se refere à definição dos ganhos ilícitos do conluio. Ademais, consoante também foi visto, muito dificilmente as sanções impostas vão superar os lucros dos cartelistas. E isso mesmo quando as autoridades utilizam como critério para a determinação das penas o volume de negócios global dos agentes. Além disso, a aplicação extraterritorial do

---

[415] Por exemplo, Processo administrativo n.º 08012.008855/2003-11, julgado em 18 de outubro de 1016. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, par. 15/28.
[416] FIGUEIREDO, Natália de Lima. *op. cit.* p. 152/163.
[417] Idem. Ibidem. p. 172/176.

antitruste é demasiado unilateral, de modo que, em princípio, apenas são considerados os interesses nacionais quando de sua aplicação.

Por outro lado, o princípio do *ne bis in idem*, para ser empregado, precisa preencher três condições cumulativas: a chamada tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento ou interesse jurídico protegido[418]. Se em matéria de cartéis internacionais a identidade de fatos e do sujeito é frequentemente a regra, pode-se alegar, por outro lado, o fundamento da diferença das ordens jurídicas protegidas para afastar a possibilidade de uso do princípio em análise. Foi nesse sentido que o Tribunal de Justiça da União Europeia se manifestou no julgamento do cartel dos eletrodos de grafite, afirmando que o exercício dos poderes pelas autoridades antitruste de Estados distintos obedece a exigências que lhes são próprias, de sorte que as respectivas legislações não protegem a concorrência em termos de instituição mundial. Desse modo, os elementos que subjazem os ordenamentos jurídicos de outros Estados no domínio da concorrência não apenas comportam finalidades e objetivos específicos, como também conduzem à aprovação de normas materiais próprias. Assim sendo, por faltar uma das identidades exigidas pelo princípio do *ne bis in idem*, concluiu-se que este não pode ser transponível para casos em que foram aplicadas sanções por outras jurisdições[419-420].

---

[418] PRADO, Luiz Regis. *op. cit.* p. 159; DEBROUX, Michel. *op. cit.* p. 7.

[419] Processo C-308/04 P (SGL Carbon AG c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Justiça, de 29 de junho de 2006. par. 26/32; DEBROUX, Michel. *op. cit.* p. 7; ROSIAK, Przemysław Kamil. *The ne bis in idem Principle in Proceedings Related to Anti-Competitive Agreements in EU Competition Law*. Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 5(6), 2012. p. 131/133. No mesmo sentido: Processo T-224/00 (Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Comissão). Acórdão da Quarta Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 9 de julho de 2003. par. 88/90; Processos apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01 (Tokai Carbon e outros c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de abril de 2004. par. 134.

[420] Vale destacar que a vedação do *bis in idem* não é consenso no âmbito interno da União Europeia, isto é, no que concerne à relação entre sanções impostas pela Comissão Europeia e por um ou mais Estados-Membros. Num primeiro momento, embora reconhecendo o aludido princípio, a jurisprudência do Tribunal de Justiça permitia a cumulação de sanções, uma da Comissão e outra(s) nacional(ais), na sequência de processos paralelos relativos a uma mesma infração (Processo 14/68 (Wilhelm c. Bundeskartellamt). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1969. par. 3, 11). O *ne bis in idem* era afastado sob o argumento de que os referidos processos prosseguiam fins distintos e de que sua mútua aceitabilidade decorria do sistema especial de repartição de jurisdição antitruste entre a Comunidade e os Estados-Membros (ou seja, faltava a identidade dos interesses legais protegidos). Entretanto, o cenário parece estar mudando posteriormente à entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003, à adoção da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, à entrada em vigor do Tratado de Lisboa (a partir de quando a Carta se tornou juridicamente vinculante para a UE) e à pendente adesão da UE ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Muito embora o TJUE ainda esteja seguindo a jurisprudência consolidada (por exemplo, Processo C-17/10 (Toshiba Corporation e outros c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže). Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 2012. par. 93/103), parece evidente que o antigo entendimento deve ser repensado, de sorte a levar em consideração as mencionadas modificações no contexto jurídico europeu. Dessa forma, há quem afirme que o princípio do *ne bis in idem* será aplicado cada vez mais no seio da União Europeia, sobretudo em decorrência do caso Zolotukhin, julgado pelo TEDH, no qual se determinou o abandono do critério da identidade de interesse legal protegido como base interpretativa do princípio do *ne bis in idem* (Processo n.º 14939/03 (Sergey Zolotukhin v. Russia). Julgamento do TEDH, em 10 de fevereiro de 2009. par. 78/84). Ademais, o supramencionado caso Grande Stevens também oferece elementos para essa modificação no entendimento. Entretanto, até o presente, ainda não houve uma definição precisa sobre o tema, o que deverá

Da mesma forma, o CADE também já afastou expressamente a aplicação do princípio sob exame em relação à prévia condenação da mesma prática por ordenamentos estrangeiros, fundamentando-se na soberania do país e na independência das jurisdições. Sublinhou-se, na ocasião, que as decisões de diferentes autoridades antitruste são complementares, cada uma delas analisando e julgando os fatos de acordo com interpretação própria, em conformidade com a respectiva legislação. Todavia, ressalvou-se que as sanções devem estar atreladas aos efeitos produzidos no Brasil, o que pode ser determinado sobretudo na dosimetria da pena aplicada[421].

Outro argumento que pode ser invocado contra a utilização do *ne bis in idem* é o de que ela resulta, em última instância, em aceitar a supremacia do antitruste dos principais polos mundiais na matéria, em especial os Estados Unidos e a União Europeia. Ora, em geral, os casos de cartéis internacionais são primeiro julgados pelas referidas potências, de modo que nenhum outro país seria mais capaz de exercer sua jurisdição para reprimir condutas que produzem efeitos nos respectivos territórios, devendo-se submeter às sanções já previamente impostas. Essa seria uma restrição não apenas ilegítima do ponto de vista das relações internacionais, como também ilegal sob o Direito Internacional.

Por outro lado, parece não haver limitações para que uma autoridade antitruste considere, quando da definição das sanções, as multas já fixadas por outras agências estrangeiras relativas ao mesmo caso. Tratar-se-ia de um mero poder, e não de um dever, não sendo preciso realizar propriamente um desconto das penas já infligidas, nos moldes do mencionado princípio do *ne bis poena in idem*. Dessa forma, tal fato poderia ser levado em conta quando da dosimetria da pena, em consonância com o princípio da proporcionalidade, sobretudo nos casos em que a autoridade usa, como base para o cálculo da multa, o volume de negócios global, visto que tal montante pode ser apreciado por mais de um ordenamento[422]. De igual modo, a aludida prática pode ser conveniente para as agências que consideram tanto a

acontecer nos próximos anos. Para uma melhor análise do aludido princípio no Direito da Concorrência da UE, vide WILS, Wouter. *The Principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*. World Competition, Vol. 26, No. 2, 2003. p. 131/148; MESSINA, Michele. *The Operation of ne bis in idem in the Application of European Union Competition Law Rules across the European Union: Recent Developments in the Light of the Toshiba Case*. ERA Forum, Vol. 13, No. 2, 2012. p. 163/171; CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; ARRILLAGA, María Pilar Canedo. *Non bis in idem en Derecho Antitrust*. Estudios de Deusto, Vol 54, Núm. 1, 2006. p. 11/39; ROSIAK, Przemysław Kamil. *op. cit.* p. 111/135; VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem Principle in the European Union Legal Order: between Scope and Substance*. ERA Forum, Vol. 13. No. 3, 2012. p. 325/347.

[421] Vide o Processo Administrativo nº 08012.005930/200979 (cartel de vidro, supramencionado).

[422] Entretanto, como já aduzido, em tais casos, o volume de negócios global costuma ser limitado ao período de um ano, de modo que dificilmente haveria, de fato, uma sobreposição de sanções, já que a duração dos cartéis tende a ser bem mais longa.

venda direta do produto cartelizado, quanto sua venda indireta, através de produtos transformados, posto que esta última pode já ser tida por outra jurisdição como venda direta[423].

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça da União Europeia já afirmou que a Comissão ou as autoridades antitruste dos Estados-Membros não estão obrigadas a levar em consideração as sanções anteriormente aplicadas por agências de um Estado terceiro. Entretanto, foi ressaltado que estas penas podem, sim, ser ponderadas pelas autoridades europeias dentro do quadro do poder de apreciação de que elas gozam em matéria de fixação de multas pelos ilícitos anticoncorrenciais[424-425].

É precisamente nesse sentido que se coloca a sugestão, acima referida, de utilização mitigada do princípio do *ne bis poena in idem*, como mais um critério, dentre os demais aduzidos, que a autoridade antitruste pode levar em conta na complexa operação que é a definição das sanções a serem impostas aos cartéis internacionais.

---

[423] Nesse sentido, ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Sanctions in Antitrust Cases.* p. 28.

[424] Processo C-308/04 P (SGL Carbon AG c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Justiça, de 29 de junho de 2006. par. 36/37; Processos apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01 (Tokai Carbon e outros c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de abril de 2004. par. 139/143; Processo C-397/03 P (Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Comissão). Acórdão da Primeira Seção do Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 2006. par. 48/49.

[425] Por outro lado, o mesmo não se aplica no que tange ao âmbito interno da UE. Embora, como visto, seja possível a cumulação de penas impostas pela Comissão e pelas autoridades antitruste dos Estados-Membros, decorrentes de processos paralelos que visam a fins distintos, devem ser tomadas em conta, na determinação de uma eventual sanção, em razão de uma exigência geral de equidade, todas as decisões condenatórias anteriores proferidas na UE relativas ao mesmo fato (Processo 14/68 (Wilhelm c. Bundeskartellamt). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1969. par. 11; Processo 7/72 (Boehringer c. Comissão). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 1972. par. 3). Logo, ainda que, na prática, o *ne bis in idem* seja afastado (ao menos de acordo com a jurisprudência consolidada, a qual possivelmente será alterada no futuro, consoante anteriormente aduzido), o Direito Antitruste da UE aplica, em âmbito interno, o princípio do *ne bis poena in idem*.

4 DAS PERSPECTIVAS PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

4.1 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

4.1.1 De um direito internacional da concorrência a um direito da concorrência internacionalizado

Consoante foi visto nas Partes I e II, diante da globalização econômica e da internacionalização das práticas anticompetitivas, a política e o direito da concorrência dos Estados, estruturados originariamente para operar dentro dos limites dos respectivos territórios nacionais, foram postos em causa. Nesse contexto, resultou inevitável a internacionalização do antitruste, de sorte que os países passaram a reagir à nova realidade econômica através do desenvolvimento de estratégias capazes de reprimir as condutas anticoncorrenciais transfronteiriças, como os cartéis internacionais. A primeira de tais técnicas, e ainda hoje a prevalecente, foi a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência nacional, com base na teoria dos efeitos. Entretanto, conforme restou evidente na análise realizada, a extraterritorialidade apresenta inúmeras limitações, não sendo hábil a resolver completamente o problema. Em relação ao contexto particular examinado neste estudo, não há dúvidas de que a mera extensão extraterritorial das jurisdições nacionais é insuficiente para o eficaz combate aos cartéis internacionais.

Sob esse prisma, passam a ser requeridas novas instituições e regras para regular a economia mundial, emergindo um consenso, ao menos na doutrina, quanto à imperiosidade de se desenvolver um direito internacional da concorrência[426]. Logo, o estabelecimento de um mecanismo multilateral de regulamentação e combate das práticas anticoncorrenciais no âmbito internacional seria a solução mais eficaz para o problema ora em análise[427].

---

[426] Sobre as razões para um direito internacional da concorrência, vide, por exemplo, JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 149/164; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 357/363; ABDELGAWAD, Walid. *op. cit.* p. 163/175; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 79/109.

[427] Entretanto, não há uniformidade sobre a forma pela qual um tal mecanismo poderia vir a ser concretizado, sendo indicados inúmeros caminhos possíveis. Por exemplo, no plano substancial, citam-se a uniformização dos direitos nacionais ou a criação de um direito material único, enquanto, no âmbito procedimental, são propostas a criação de uma corte internacional que supervisione a aplicação uniforme pelos tribunais nacionais ou a instituição de uma autoridade antitruste global centralizada (JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 44/45). Não sendo o objetivo deste trabalho adentrar nessa questão, a seguir, serão apenas referidas, sucintamente, as principais tentativas nesse sentido. Para outras propostas, vide interessante síntese realizada em JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 193/243.

Tentativas nesse sentido remontam ao período do pós-Primeira Guerra Mundial, quando o tema dos cartéis internacionais foi, pela primeira vez, discutido em âmbito multilateral, sob os auspícios da Liga das Nações. Em 1927, foi realizada a Conferência Econômica Mundial, na cidade de Genebra, em que se abordou a possibilidade de regulação dos cartéis em escala internacional. Apesar de não ter produzido resultados práticos, trata-se de um importante marco para o estudo da internacionalização do Direito Antitruste[428].

O tema é retomado quando da estruturação da ordem econômica internacional do pós-Segunda Guerra Mundial. Ao lado do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), criados formalmente durante a Conferência de Bretton Woods, em 1944, o terceiro pilar do sistema seria constituído de uma Organização Internacional do Comércio (OIC). Esta seria instituída pela Carta de Havana, de 1948, a qual dispunha, em seu Capítulo V, referente às práticas comerciais restritivas, de regras específicas sobre a defesa da concorrência. Nesse sentido, eram consideradas proibidas as práticas comerciais que pudessem restringir a concorrência no comércio internacional, dentre as quais a fixação de preços, a divisão de mercados e o estabelecimento de limitações à produção, isto é, práticas que caracterizam cartéis. Eram previstos, ainda, procedimentos de consulta e investigação para a apuração das condutas restritivas. Todavia, o mencionado documento nunca chegou a entrar em vigor, tendo restado efetiva apenas a parte referente ao comércio, que foi transformada no GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral de Tarifas e Comércio), de modo que foi deixada de lado toda a preocupação com as práticas anticompetitivas. Ainda assim, o projeto apresentado na Carta de Havana é tido como o primeiro texto internacional destinado a criar um verdadeiro sistema de regulamentação jurídica da concorrência em âmbito internacional. Ademais, ele representa importante fonte de inspiração para os futuros projetos que buscam desenvolver um direito internacional da concorrência[429].

---

[428] Para uma análise das discussões realizadas na mencionada conferência, bem como um pertinente paralelo com a realidade contemporânea, vide MARTOS, Luis Palma; HIDALGO, José Luis García; SOLÁN, Christian Chase. *The Controversy over International Cartels in the League of Nations (1925- 1927). Lessons for the Current Debate about the Regulation of International Competition*. Paper apresentado na XIX Annual Conference of the European Society for the History of Economic Thought, realizada na Università degli Studi Roma Tre, entre 14 e 16 de maio de 2015. Disponível em: <https://congreso.us.es/catedrapc/images/00investigacion/international%20competition%20policy%20debate%20lessons%20from%20the%20league%20of%20nations%202.pdf>. Acesso em: 19/11/2016.

[429] KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 140/146; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 92/93; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 173/175; THORSTENSEN, Vera. *A OMC – Organização Mundial do Comércio e as Negociações Sobre Investimentos e Concorrência*. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 41, n.º 1, 1998. p. 75.

Por sua vez, a Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995, também não introduziu regras destinadas especificamente à concorrência, tal matéria apenas fazendo uma aparição tímida, limitada e fragmentada em diferentes acordos, como o TRIMS (Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio), o TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) e o GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)[430]. Tal disciplinamento é insuficiente para regular a política da concorrência em âmbito internacional, o que ficou evidente, por exemplo, no caso Kodak-Fuji, entre Estados Unidos e Japão, decidido pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1998[431-432].

A defesa da concorrência apenas passou a fazer parte da agenda da OMC a partir da Conferência de Singapura[433], em 1996, quando foi instituído um grupo de trabalho para discutir e estudar a relação entre o comércio e a política da concorrência, o WGTCP (*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*). O objetivo do grupo era identificar as áreas e os temas do antitruste merecedores de negociação no âmbito da OMC, de modo a ser uma etapa prévia à futura negociação de um acordo. Dessa forma, o WGTCP serviu como um foro para debates sobre a necessidade, oportunidade e viabilidade da introdução de normas antitruste no seio da OMC, produzindo importantes estudos e discussões sobre a matéria (sendo os cartéis um tema bastante recorrente)[434-435].

Entretanto, dos debates realizados na OMC, emergiram dois posicionamentos contrastantes, representados pela União Europeia e pelos Estados Unidos. A UE se mostrou favorável à introdução de normas de defesa da concorrência em nível internacional, defendendo uma regulamentação multilateral da concorrência no âmbito da OMC[436]. A regulamentação deveria focar nos princípios básicos[437] que garantissem uma confluência global na regulação

---

[430] Para uma análise sobre as regras de defesa da concorrência nos referidos acordos, vide KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 171/183; THORSTENSEN, Vera. *op. cit.* p. 80/82.

[431] ABDELGAWAD, Walid. *op. cit.* p. 174; MATSUSHITA, Mitsuo. *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*. Washington University Global Studies Law Review, Vol 3, Iss. 2, 2004. p. 363/373; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 93/94; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 171/172, 182.

[432] Para um comentário do referido caso, ver KOMURO, Norio. *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*. Journal of World Trade, Vol. 32, Iss. 5, 1998. p. 161/217.

[433] A política da concorrência constitui, juntamente com os investimentos, a transparência em compras públicas e a facilitação de comércio, as chamadas questões (ou temas) de Singapura, as quais foram incluídas na agenda da OMC na Conferência Ministerial de 1996.

[434] MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 205/219; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 185/187; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 365/366

[435] Todos os documentos produzidos no WGTCP podem ser encontrados em <https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em: 21/11/2016.

[436] Essa foi também a posição advogada pelo Brasil.

[437] Tanto os princípios fundamentais da OMC, tais quais o tratamento nacional, a transparência e a não-discriminação, como também princípios gerais do antitruste, como a proibição de cartéis *hard core*.

do tema, além de estabelecer instrumentos de cooperação para solucionar práticas anticompetitivas com significativa dimensão internacional (dentre as quais os cartéis internacionais) e reforçar as instituições antitruste dos países em desenvolvimento. Já os Estados Unidos se posicionaram contrários à elaboração de um acordo sobre concorrência na OMC, defendendo uma posição dita horizontalista, de acordo com a qual os problemas decorrentes da internacionalização do antitruste deveriam ser resolvidos em âmbito doméstico (através do exercício extraterritorial da jurisdição nacional) e pela via da cooperação voluntária, por meio de acordos bilaterais[438].

Na Conferência Ministerial de Doha, em 2001, foi acordado que as negociações para uma estrutura multilateral em política da concorrência seriam iniciadas na Conferência subsequente. Todavia, a Conferência Ministerial de Cancun, em 2003, foi um grande fracasso, devido à oposição entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento quanto à questão agrícola, o que reverberou na discussão sobre os temas de Singapura, dentre os quais o relativo à política de concorrência (em relação à qual não apenas a maioria dos países em desenvolvimento se opunham, como também os Estados Unidos). Nesse sentido, devido à falta de consenso, decidiu-se, através do chamado *July 2004 Package*, que a questão da política da concorrência não faria mais parte do programa de trabalho da Rodada Doha. Dessa forma, encerrou-se as atividades do WGTCP, e a matéria antitruste foi eliminada da agenda da OMC, situação que persiste até o presente[439].

Terminava, assim, uma década marcada por ambições em se estabelecer uma regulamentação multilateral vinculante em matéria de concorrência, ficando cada vez mais remota a realização efetiva de uma ação nesse sentido. Hoje, não existe um verdadeiro direito internacional da concorrência, não sendo factível a sua implementação mesmo no futuro (ao menos num curto e médio prazo)[440]. Ao revés, mostram-se mais práticas e atrativas as soluções

---

[438] MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 205/239; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 94/98; MATSUSHITA, Mitsuo. *op. cit.* p. 374/379; GERBER, David. *op. cit.* p. 103/107; FOX, Eleanor. *International Antitrust and the Doha Dome.* Virginia Journal of International Law. v. 43, Iss. 4, 2003. p. 912, 914. Ver em Marques uma análise dos posicionamentos do Brasil, da União Europeia e dos Estados Unidos, com uma descrição das principais propostas e declarações de cada um.

[439] SOUTY, François; YON-COURTIN, Stéphanie. *OMC – CONFÉRENCE – DÉCLARATION: La 9ème conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce adopte une déclaration relative à un "Paquet de Bali", comprenant diverses mesures de facilitation des échanges*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, Chroniques – Politique Internationale, nº 1, 2014. p. 240/241; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 98/99; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 366.

[440] Ainda assim, grande parte da doutrina propugna a necessidade de se estabelecer um efetivo direito internacional da concorrência, realizando estudos bastante pertinentes nesse sentido. A OMC ainda é vista por muitos como o foro ideal para o desenvolvimento de uma regulamentação multilateral, muito embora haja grandes divergências quanto à forma que tal regulação deveria tomar. Apesar de bastante interessantes do ponto de vista acadêmico, o exame dessas propostas fogem ao objeto deste trabalho. Nesse sentido, ver, por exemplo, MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 357/388; ABDELGAWAD, Walid. *op. cit.* p. 175/196; HEINEMANN, Andreas.

horizontais, baseadas na regra da subsidiariedade, de acordo com a qual o que pode ser tão bem ou melhor feito no nível inferior, deve nele ser efetuado. Dessa forma, visa-se, em primeiro lugar, a resolver os problemas decorrentes da internacionalização da concorrência em âmbito nacional, através da extraterritorialidade, utilizando-se a cooperação internacional voluntária para tentar solucionar o que não pode ser realizado internamente. Há, pois, uma tendência em promover uma convergência internacional das leis antitruste e de sua aplicação através do desenvolvimento de uma cultura comum da concorrência, sem que haja acordos internacionais vinculantes (*hard law*) e instituições formais, de sorte a se coordenar a concorrência entre os vários direitos nacionais. O foco passa a ser a cooperação e uma convergência mais flexível (*soft convergence*), falando-se não mais em um antitruste internacional, mas em um antitruste sem fronteiras. Logo, ao invés de um direito internacional da concorrência, busca-se, contemporaneamente, um direito da concorrência internacionalizado[441-442-443].

Dessa forma, é a *soft law* que tem sido o instrumento para a redução dos desafios impostos pela realidade econômica e jurídica. Produto dos debates havidos nos foros

---

op. cit. p. 305/322; FOX, Eleanor. *International Antitrust and the Doha Dome.* p. 925/932; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 471/525; GUZMAN, Andrew. *Antitrust and International Regulatory Federalism*. New York University Law Review, Vol. 76, No. 4, 2001. p. 1142/1163.

[441] FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 265/267, 271/273; RIOUX, Michèle. *Culture de Concurrence: les Limites de l'Antitrust International face à la Concurrence Globalisée.* p. 177/186; BRADFORD, Anu. *International Antitrust Cooperation and the Preference for Nonbinding Regimes*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 319/322.

[442] Como bem observa Rioux, esses dois modelos refletem um triângulo de incompatibilidades da economia política internacional, pelo qual é preciso conjugar a autonomia dos mercados, a regulação internacional e a soberania dos Estados, só sendo possível associar dois desses elementos, em detrimento de um terceiro. Dessa forma, no caso da matéria em estudo, emergem dois quadros normativos possíveis (ela elimina a opção irrealista de um controle completo, pela conjugação de uma cooperação internacional e da soberania dos Estados em detrimento da liberdade de mercado, que marcam uma economia dirigida e organizada). O primeiro consiste em subordinar a liberdade dos atores privados e públicos a um direito assentado em regras, normas e standards fundados em valores compartilhados e que substituem a autonomia decisória daqueles agentes, de sorte que os Estados aceitam, em nome do interesse comum, delegar a instituições supranacionais o mandato de regular os mercados e as relações econômicas. Já o segundo modelo envolve a autodisciplina e o estabelecimento de códigos de conduta (*soft law*) para gerir os riscos sistêmicos ligados ao exercício incontrolado e potencialmente abusivo da liberdade. Em outras palavras, os Estados conservam sua autonomia, acentuando a autodisciplina dos atores privados, o respeito às leis nacionais existentes e a cooperação internacional para aperfeiçoar a eficácia das leis nacionais, ou seja, a cooperação voluntária (RIOUX, Michèle. *Globalisation Économique et Concurrence.* p. 132/135). Consoante analisado, não há mais dúvidas sobre qual o modelo que prevaleceu.

[443] Vale ressaltar que essa realidade consubstancia a prevalência da visão norte-americana. Em 1997, como resposta do DOJ à iniciativa promovida na OMC (o WGTCP), foi instituída naquele país uma comissão consultiva (*International Competition Policy Advisory Committee* – ICPAC), destinada a pensar a política internacional da concorrência no contexto da globalização. O resultado do estudo foi apresentado no ano 2000, a maioria da comissão se manifestando contra a inclusão da política da concorrência no âmbito da OMC e propondo, ao invés disso, a criação de uma *Global Competition Initiative*, para discutir questões antitruste entre as agências de defesa da concorrência do mundo, através de *soft law* (INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *op. cit.*). Tal iniciativa deu origem, em 2001, à *International Competition Network* (ICN), com o objetivo de promover a convergência substancial e procedimental das leis antitruste nacionais e de uma cultura da concorrência, consoante será, a seguir, melhor analisado.

internacionais, ela se manifesta através de recomendações, resoluções, pareceres e melhores práticas (*best practices*). Embora desprovida de força vinculativa, a *soft law* tem sua influência reconhecida na promulgação de legislações nacionais ou nas análises efetuadas pelas autoridades antitruste[444]. Através dessa nova perspectiva, os Estados têm, nos últimos anos, celebrado inúmeros acordos bilaterais de cooperação e se engajado em foros multilaterais e regionais para a promoção da convergência e a redução dos conflitos[445]. A cooperação voluntária, portanto, ainda que não seja a solução para todos os problemas do antitruste na era da globalização[446], tem diminuído tensões e produzido mais coerência[447].

Nesse sentido, tendo em vista a análise mais pragmática adotada neste trabalho, serão examinados, na sequência, os foros em que a cooperação internacional em matéria antitruste tem-se desenvolvido, destacando as contribuições que eles têm dado no que toca especificamente aos cartéis internacionais. Em seguida, será aprofundada a cooperação bilateral, que é o meio pelo qual os desafios impostos pelo combate aos conluios transfronteiriços têm sido, de fato, enfrentados.

4.1.2 As iniciativas em foros multilaterais

4.1.2.1 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

A OCDE é um *think tank* para a discussão, o desenvolvimento e o aprimoramento de políticas econômicas e sociais. Nos últimos anos, a Organização tem também priorizado o auxílio técnico aos países em desenvolvimento, além de atuado no exame de políticas que se tornaram determinantes com a globalização, colaborando na coordenação das políticas domésticas e internacionais. Apesar de ter apenas 35 membros, a quase totalidade países industrializados e desenvolvidos, a OCDE possui vocação global, na medida em que se relaciona estreitamente com mais de 70 Estados não-membros, como é o caso do Brasil, da Índia e da China, bem como com organizações não governamentais e sociedades civis, o que permite globalizar os debates e conjugar os interesses comuns a todas as nações[448].

---

[444] Para uma análise da *soft law* no contexto do antitruste, vide SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 194/198; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 87/90.

[445] Para um detalhamento das razões pelas quais os países têm-se voltado para a cooperação voluntária, ao invés de um regime multilateral vinculante, vide BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 322/333. Em suma, a autora aduz que as vantagens da cooperação voluntária decorrem do fato de tais acordos conferirem aos Estados os benefícios dos acordos vinculantes, a um menor custo.

[446] Nesse sentido, vide FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks.* p. 273/280.

[447] BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 322/323; FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks.* p. 273; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 89; RIOUX, Michèle. *Culture de Concurrence: les Limites de l'Antitrust International face à la Concurrence Globalisée.* p. 185/186.

[448] DOMINGUES, Juliana Oliveira. *A OCDE e seu Papel na Promoção Internacional do Direito da Concorrência.* In MENEZES, Wagner (coord.) Estudos de Direito Internacional. Vol. X. Anais do 5º Congresso Brasileiro de

Dentre os temas tratados pela OCDE, está o antitruste, sendo o Comitê da Concorrência o órgão no qual as discussões são realizadas. Seu trabalho consiste na análise, no aconselhamento e na definição das melhores práticas, encorajando os governos a combaterem comportamentos anticompetitivos e a promoverem as reformas necessárias para a adoção daquelas[449].

Uma das funções mais relevantes do Comitê da Concorrência tem sido a realização de revisões pelos pares (*peer reviews*) dos sistemas antitruste tanto de Estados membros como de não membros[450]. Fornecendo uma avaliação da situação presente e indicando as modificações que devem ser efetuadas para melhorá-la, tais revisões têm sido bastante influentes, apesar de seu valor não vinculativo[451]. Ademais, o Comitê da Concorrência funciona como um foro para discussões de questões substanciais, através de mesas-redondas (*Best Practice Roundtables on Competition Policy*), nas quais intervêm tanto países como especialistas convidados. Por sua vez, quando seus membros alcançam consenso sobre determinada matéria, o Conselho da OCDE adota recomendações não vinculantes para a implementação das melhores práticas. Nesse sentido, busca-se promover a convergência das políticas nacionais de concorrência e reforçar a cooperação internacional entre as autoridades antitruste. Vale ressaltar que a OCDE não é apenas um foro consultivo para os Estados que já dispõem de legislações de defesa da concorrência, mas igualmente uma fonte de assistência técnica para os países que objetivam introduzi-las. Assim, tal organização tem desempenhado um papel de relevo na internacionalização do antitruste[452].

Dentre as recomendações editadas pela OCDE, merece destaque a de 1998 sobre cartéis *hard core*[453], a qual, reconhecendo que tais conluios consubstanciam as mais flagrantes violações ao Direito da Concorrência, realça a importância, sob uma perspectiva internacional, de uma efetiva ação contra eles. Além de apontar a necessidade de convergência entre as

---

Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 437; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 360/361; GERBER, David. *op. cit.* p. 112.

[449] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 106; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 361.

[450] Nesse sentido, o *Global Forum on Competition* e o *Latin American and Caribbean Competition Forum* têm tido grande importância para a expansão das revisões pelos pares a um número cada vez maior de países não membros da OCDE.

[451] O SBDC já foi avaliado pela OCDE duas vezes, a última em 2010, na qual foram ressaltados os grandes avanços efetuados no combate a cartéis. Para mais detalhes, vide ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD); INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK (IDB). *Competition Law and Policy in Brazil - A Peer Review*. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

[452] DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 252/254; SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 198/199; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 163/164; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit.* p. 437/439.

[453] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels.* O Brasil aderiu a essa recomendação em 27 de junho de 2000.

legislações nacionais anticartéis, é sublinhada a relevância de uma coordenação entre as autoridades antitruste no que diz respeito às investigações sobre cartéis internacionais. Nesse sentido, incentivam-se os Estados a concluírem acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação, especialmente no que se refere ao compartilhamento de informações e à coleta de documentos pelas autoridades estrangeiras[454]. Tal recomendação influenciou o Brasil na adoção de seu primeiro programa de leniência, no ano 2000[455].

Outra recomendação que deve-se mencionar é a de 2014 sobre a cooperação internacional relativa às investigações e procedimentos em matéria de concorrência[456], versão atualizada de uma série de recomendações editadas desde 1967. Em tal instrumento, ressalta-se a tendência no incremento dos casos multijurisdicionais, os quais exigem o trabalho conjunto com autoridades estrangeiras para um *enforcement* eficaz. Dessa forma, a cooperação internacional é fomentada para que sejam detidas as práticas anticompetitivas que produzem efeitos em vários países. Dentre as ações incentivadas, enfatiza-se a adoção de disposições legais que autorizem a troca de informações confidenciais entre agências antitruste sem que seja necessária a obtenção de um consentimento prévio da fonte das informações em questão. Outro destaque é a proposta de aprofundar a cooperação através de assistência investigativa às autoridades estrangeiras, incluindo a possibilidade de executar buscas e apreensões e requerimentos de informações e de depoimentos de testemunhas em nome de outra agência.

Além disso, dentre as mesas-redondas realizadas nos últimos anos, cabe-se referir àquelas concernentes ao aperfeiçoamento da cooperação internacional nas investigações de cartéis[457], à leniência para os requerentes subsequentes[458], à melhoria da cooperação na

---

[454] Em 2005, a OCDE editou um conjunto de melhores práticas para a troca formal de informações entre autoridades antitruste em investigações de cartéis *hard core*, com o fito de auxiliar os Estados na eliminação de obstáculos para o compartilhamento de informações confidenciais nas mencionadas investigações. Vide ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD*). Best Practices for the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*. October 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

[455] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 362; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit.* p. 442; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 171.

[456] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD*). Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*. Approved by the Council on 16 September 2014 [C(2014)108]. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

[457] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*. DAF/COMP/GF(2012)16, 30 November 2012. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

[458] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Leniency for Subsequent Applicants*. DAF/COMP(2012)25. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

aplicação do direito antitruste e novas formas de cooperação entre agências[459], ao uso de *markers* em programas de leniência[460], à política da concorrência na era digital[461] e às sanções em casos antitruste[462-463].

4.1.2.2 A Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD)

Órgão permanente da Assembleia Geral da ONU, a UNCTAD tem como escopo o fornecimento de assistência aos países em desenvolvimento na formulação e implementação de políticas econômicas, auxiliando-os a se integrarem positivamente na economia mundial. Ademais, é um foro no qual são estudados e discutidos vários temas de comércio internacional, sua agenda sendo focada nas necessidades dos países em desenvolvimento[464].

Sob esse prisma, a UNCTAD desenvolve o programa de políticas de concorrência e do consumidor, máxime através do Grupo Intergovernamental de Especialistas (GIE) em Política e Direito da Concorrência, composto por representantes das autoridades antitruste nacionais, bem como por membros da sociedade civil e da academia. Anualmente, o GIE se reúne para realizar discussões e trocas de experiências sobre temas como a relação entre a política da concorrência e o desenvolvimento, a capacitação das agências antitruste, bem como a cooperação internacional, produzindo-se diretrizes que são disseminadas entre os vários Estados. Além disso, desde 2005, são também realizadas revisões pelos pares (*peer reviews*) das políticas da concorrência de seus membros, em especial aqueles sem tradição antitruste. A UNCTAD presta, ainda, assistência técnica para países em desenvolvimento implantarem ou aperfeiçoarem seus sistemas antitruste. Nesse sentido, a organização dispõe de uma lei modelo

---

459 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Executive Summary of the Hearing on Enhanced Enforcement Co-Operation*. DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ANN3/FINAL, 07 November 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ANN3/FINAL&doclanguage=en>. Acesso em: 23/11/2016. Vide demais documentos em: <http://www.oecd.org/daf/competition/enhanced-enforcement-cooperation.htm>.

460 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Summary of Discussion of the Roundtable on the Use of Markers in Leniency Programs*. Vide demais documentos em: <http://www.oecd.org/daf/competition/markers-in-leniency-programmes.htm>.

461 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. Roundtable realizada entre 29 e 30 de novembro de 2016 (ainda sem relatório final). Vide documentos de trabalho em: <http://www.oecd.org/daf/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 15/12/2016.

462 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Competition and Sanctions in Antitrust Cases.* Discussões realizadas no OECD Global Forum on Competition, em 02 de dezembro de 2016 (ainda sem relatório final). Vide demais documentos em: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm>. Acesso em: 15/12/2016.

463 Para as demais recomendações e mesas-redondas, vide <http://www.oecd.org/competition/>. Acesso em: 23/11/2016.

464 GERBER, David. *op. cit.* p. 113; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 367.

de defesa da concorrência, periodicamente revisada, a qual já serviu de inspiração para a adoção de um direito nacional da concorrência em mais de trinta países[465].

O produto mais relevante da atuação da UNCTAD, no que tange à defesa da concorrência, é o Conjunto de Princípios e Regras equitativos multilateralmente acordados para o Controle de Práticas Empresariais Restritivas[466], adotado em 1980 pela Assembleia Geral da ONU, através da Resolução n.º 35/63[467]. Tal documento objetiva eliminar as práticas comerciais restritivas, sobretudo de empresas transnacionais, que afetem adversamente o comércio internacional, de modo a contribuir para o desenvolvimento e o aprimoramento das relações econômicas mundiais numa base justa e equitativa. Dentre os comportamentos referidos no documento, há menção aos acordos de fixação de preços, de repartição de mercados ou de clientes e de estabelecimento de quotas de produção ou de venda, ou seja, práticas de cartel. Além disso, acolhe-se a teoria dos efeitos para a repressão das aludidas condutas, reconhecendo-se a necessidade de se aperfeiçoar as legislações domésticas nesse sentido. Ademais, para além de uma convergência das políticas de defesa da concorrência nacionais, é indicado que os países implementem e aprofundem a cooperação bilateral e multilateral. Dessa forma, sugere-se o fortalecimento dos mecanismos de intercâmbio de informações referentes às práticas restritivas, além do desenvolvimento de consultas multilaterais sobre as políticas antitruste. Apesar de o documento em comento não ter caráter vinculativo, ele é, até hoje, o único instrumento multilateral sobre política e direito da concorrência, exercendo influência, ao menos como referência, para vários países em desenvolvimento[468].

Outros recentes destaques na atuação da UNCTAD referem-se a estudos sobre o uso de programas de leniência como ferramenta para a aplicação do direito antitruste contra cartéis

---

[465] SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 199/200; SOUTY, François. *CNUCED: Le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence poursuit le mouvement impulsé à Doha par la Ministérielle en avril 2012 et montre que les organismes de l'ONU n'hésitent pas à concurrencer d'autres organismes internationaux*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, Chroniques – Politique Internationale, nº 4, 2012. p. 195; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 368/369; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 161/163.

[466] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. TD/RBP/CONF/10/Rev.2, 2000. Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-United-Nations-Set-of-Principles-on-Competition.aspx>. Acesso em: 24/11/2016.

[467] A cada cinco anos, ocorre a Conferência de Revisão do documento em análise (*Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*), a última tendo sido realizada em 2015. Todavia, até hoje, ainda não foram operadas mudanças significativas.

[468] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 367/368; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 103/105; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *op. cit.* p. 160/167; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 154/161; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 254/255; BENSON, Stuart. *Code on Restrictive Business Practices: an International Antitrust Code is Born.* The American University Law Review, Vol. 30, Iss. 4, 1981. p. 1031/1048; FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *The International Institutions of Competition Law: The Systems' Norms*. In Fox, Eleanor; TREBILCOCK, Michael. The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 480/481.

hard core em países em desenvolvimento[469], os desafios de práticas anticompetitivas transfronteiriças para os países em desenvolvimento e economias em transição[470], os impactos dos cartéis para os pobres[471], as modalidades e procedimentos de cooperação internacional em casos envolvendo mais de um país[472], os efeitos econômicos dos cartéis em países em desenvolvimento[473] e a cooperação informal entre agências antitruste em casos específicos[474]. Além disso, em 2016, foram adotadas diretrizes sobre os programas de leniência[475].

Cabe ressaltar, por fim, que a relevância da UNCTAD diz respeito principalmente aos países em desenvolvimento, o que reflete a própria origem e objetivos da organização. Por outro lado, ela exerce um papel apenas marginal para as grandes potências, como os Estados Unidos e a União Europeia, as quais não se envolvem, com profundidade, nos trabalhos da UNCTAD. Dessa forma, no que toca à internacionalização do antitruste, a organização em análise possui uma função secundária[476].

4.1.2.3 A International Competition Network (ICN)

Como já aduzido, a ICN foi resultado do relatório apresentado pelo ICPAC (resposta norte-americana ao WGTCP), que se posicionou contra o estabelecimento de um regramento *hard law* do antitruste na OMC. Nesse sentido, em 2001, a ICN é criada como uma alternativa de *soft law* à então proposta debatida no seio da OMC, constituindo-se como um foro independente e especializado na matéria antitruste. Originariamente fundada por 14 autoridades

---

469 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries*.

470 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Cross-border Anticompetitive Practices: The Challenges for Developing Countries and Economies in Transition*. TD/B/C.I/CLP/16, 19 April 2012. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd16_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

471 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *The Impact of Cartels on the Poor*. TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, 24 July 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

472 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Modalities and Procedures for International Cooperation in Competition Cases Involving more than One Country*. TD/B/C.I/CLP/21, 26 April 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd21_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

473 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries*. Final report (as of 05/12/2014). Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclpmisc2014d2_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

474 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Informal Cooperation Among Competition Agencies in Specific Cases*. TD/B/C.I/CLP/29, 28 April 2014. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd29_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

475 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Competition Guidelines: Leniency Programmes*. UNCTAD/DITC/CLP/2016/3, 20 July 2016. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

476 SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 200.

de defesa da concorrência, a ICN conta, hoje[477], com 132 agências antitruste, representantes de 119 jurisdições[478], e constitui o único organismo internacional dedicado, com exclusividade, a questões de concorrência, no que difere da OMC, da OCDE e da UNCTAD. Ademais, a OCDE é uma organização de países desenvolvidos, a UNCTAD tem como foco os países em desenvolvimento, e a OMC é uma organização de comércio. A ICN, por sua vez, tenta suprir o *gap* existente, tendo sido concebida para constituir um espaço das autoridades antitruste. Ora, nas demais organizações internacionais, os membros são os Estados, e as agências de defesa da concorrência participam como representantes de seus respectivos governos, o que pode exigir a prévia aprovação dos posicionamentos adotados. Na ICN, por outro lado, os membros são as próprias autoridades antitruste, o que lhes confere maior liberdade em expressar suas posições. Ademais, há o envolvimento ativo de consultores não governamentais (os denominados *non-governmental advisors* ou NGAs), advindos da comunidade empresarial, da advocacia, do mundo acadêmico e de organizações não governamentais, além da colaboração de organizações internacionais que também se dedicam à concorrência, como a OMC, a OCDE e a UNCTAD[479].

A ICN foi fundada sob o princípio de que o estabelecimento de uma rede entre autoridades antitruste e especialistas na concorrência internacional era fundamental para haver um *enforcement* sólido e eficaz num mundo globalizado. Ela busca, assim, uma maior confluência em questões antitruste, visando a um entendimento comum e a uma cultura da concorrência compartilhada. Cria-se, dessa forma, um foro de diálogo entre as autoridades, para que discutam e troquem experiências, facilitando a convergência sobre regras substantivas,

---

[477] Dado de 18 de março de 2016 (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Summary of ICN Work Product 2015-2016*. Apresentado na 15ª Conferência Anual da ICN, realizada em Singapura, entre 27 e 29 de abril de 2016. Disponível em:<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1092.pdf>. Acesso em: 28/11/2016. p. 18).

[478] Os membros da ICN são as autoridades de defesa da concorrência, tanto nacionais como regionais (por exemplo, a Comissão Europeia e a Secretaria Geral da Comunidade Andina). Vale ressaltar que alguns sistemas são compostos por mais de uma autoridade (como é o caso dos Estados Unidos, com o DOJ e a Comissão Federal de Comércio, *Federal Trade Commission* – FTC, e do Brasil, com o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE), de modo que cada país pode contar com mais de um membro na instituição. Por tais razões, o número total dos membros da ICN é superior ao de jurisdições nela representadas. Por outro lado, destaca-se que quase todos os países do mundo que dispõem de um Direito Antitruste fazem parte da ICN (como aduzido na nota de rodapé n.º 55, em 2013, havia 127 nações com legislações antitruste), o que demonstra o grande sucesso da instituição. É notável, todavia, a ausência da China, a qual, apesar de ter implementado uma legislação de defesa da concorrência em 2008, ainda não integra a organização, muito embora participe como observadora dos trabalhos do Comitê da Concorrência da OCDE e seja membro da UNCTAD. Nesse sentido, a participação da China na ICN será um importante determinante para que a instituição continue a ser bem-sucedida.

[479] PICARD, Lysanne. *Le Réseau International de la Concurrence*. Notes de synthèse, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM), UQAM, Juin 2009. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/RIC-fiche-2009-2.pdf>. Acesso em: 26/11/2016. p. 3/4; SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *op. cit.* p. 5/6; SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 200/201; FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *op. cit.* p. 481; HOLLMAN, Hugh; KOVACIC, William. *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*. Minnesota Journal of International Law, Vol. 20, Iss. 2, 2011. p. 301/304.

padrões procedimentais e técnicas operacionais. Objetiva-se, pois, construir um consenso sobre as melhores práticas e encorajar a sua adoção pelas diversas jurisdições, transformando-se a *soft law* internacional em *hard law* nacional. Acredita-se que, dessa forma, pode-se alcançar um maior progresso na eliminação de práticas anticompetitivas, tanto em nível doméstico como mundial. Nesse sentido, é também incentivada a cooperação entre agências em casos transfronteiriços, para que seja melhor coordenado o controle de fusões transnacionais e o combate de cartéis internacionais, bem como das demais práticas anticoncorrenciais[480].

Um elemento distintivo da ICN é a sua existência virtual, não possuindo sede física permanente nem secretariado. Sua operação se dá, sobretudo, de modo informal e por meio da internet, o que permite uma atuação mais fluida e rápida que outras organizações mais burocratizadas[481]. Também não há orçamento, sendo suas despesas arcadas pelas próprias autoridades integrantes da instituição. A ICN, todavia, foi dotada de uma leve estrutura institucional. Dessa forma, a direção da instituição é atribuída a um Grupo Diretor (*Steering Group*), responsável por identificar os temas que serão discutidos e pela composição dos grupos de trabalho. Estes, por sua vez, realizam estudos sobre os temas selecionados, detectando aspectos que são convenientes para a convergência e estabelecendo o melhor caminho para a obtenção de um resultado efetivo. Atualmente, há cinco grupos de trabalho (podendo cada um deles ser dividido em subgrupos)[482], dentre os quais um incumbido do estudo de cartéis[483]. Ao fim das discussões, os grupos de trabalho elaboram projetos com as conclusões, que devem ser aprovadas de modo consensual por todos os membros da ICN, durante a Conferência Anual, resultando na adoção de regras de conduta, recomendações e melhores práticas, típicos instrumentos de *soft law*. Para auxiliar a implementação das diretrizes formuladas, são desenvolvidos manuais, relatórios, bancos de dados, conjunto de ferramentas (*toolkits*), além da realização de *workshops*. As conferências anuais são o único momento em que há a reunião física de todos os membros, sendo possivelmente o mais importante evento de encontro dos líderes das agências antitruste de todo o mundo. Além de servir para a apresentação dos resultados do trabalho anual, disseminando-se as ideias e buscando-se incrementar a

---

[480] SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *op. cit.* p. 6, 13; GERBER, David. *op. cit.* p. 116; FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *op. cit.* p. 481/483; HOLLMAN, Hugh; KOVACIC, William. *op. cit.* p. 275/276.

[481] Vale ressaltar que a ICN não constitui uma organização internacional, mas uma rede transgovernamental, nova forma de governança global que têm emergido contemporaneamente. Para uma análise desse novo modelo, vide SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

[482] Como anteriormente afirmado, além das autoridades antitruste, compõem tais grupos os *non-governmental advisors.*

[483] Os demais são destinados à advocacia da concorrência, à efetividade das agências antitruste, às fusões e aquisições e às condutas unilaterais.

convergência, tais reuniões são, também, um momento para o estreitamento de laços entre as autoridades, aprofundando-se a cooperação internacional entre as agências[484].

De início, a ICN teve como foco o controle de fusões, sobretudo as multijurisdicionais, além da advocacia da concorrência. Entretanto, ela logo expandiu suas atividades para outros temas do antitruste, dentre os quais os cartéis. Nesse sentido, na Conferência Anual de 2004, ocorrida em Seul, foi criado o grupo de trabalho sobre cartéis (*Cartel Working Group* – CWG), tendo por objetivo tratar dos desafios ao *enforcement* anticartel, incluindo a prevenção, a detecção, a investigação e a punição tanto de conluios domésticos como internacionais, sobretudo os *hard core*. Reconheceu-se a importância de se estabelecer um efetivo mecanismo de governança em um mundo globalizado, nomeadamente no que tange aos cartéis internacionais, os quais são bastante desafiadores para as autoridades antitruste, por razões legais e práticas. Dessa forma, discussões importantes são realizadas sobre como melhor cooperar na luta contra tais conluios e alcançar convergência entre as várias jurisdições. O CWG é dividido em dois subgrupos, um relativo ao enquadramento jurídico e outro às técnicas de *enforcement*[485].

Dentre os resultados do CWG, merece destaque o manual de *enforcement* anticartel (*Anti-Cartel Enforcement Manual*), no qual foram compiladas as técnicas empregadas nas várias etapas da aplicação da legislação antitruste, identificando abordagens que têm-se mostrado efetivas e bem-sucedidas[486]. Desse modo, são incluídas discussões práticas e orientações baseadas na práxis das agências. O manual não é um guia exaustivo e rígido, mas apenas um instrumento de referência para as autoridades ajustarem aos respectivos contextos nacionais. Ademais, ele é um documento vivo, sendo periodicamente atualizado com novas técnicas, tecnologias e enfoques. Os temas tratados pelo manual estão divididos em dez capítulos, dentre os quais os referentes a buscas e apreensões e inspeções, à elaboração e implementação de um programa de leniência efetivo, à colheita de provas digitais, às estratégias investigativas e à cooperação internacional e ao compartilhamento de informações.

Além disso, o CWG edita vários outros documentos, como compilações sobre as principais características dos sistemas anticartéis de seus membros, também organizando

---

[484] PICARD, Lysanne. *op. cit.* p. 4/7; SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *op. cit.* p. 4/9; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 256; GERBER, David. *op. cit.* p. 115/116; SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 201; FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *op. cit.* p. 481/482; HOLLMAN, Hugh; KOVACIC, William. *op. cit.* p. 275, 305/306.

[485] SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 201/202; ROEBLING, Georg. *The Launch of the New ICN Cartel Working Group*. Competition Policy Newsletter, No. 2, Summer 2004. p. 28/29.

[486] O manual pode ser encontrado, na íntegra, em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>. Acesso em: 27/11/2016.

telesseminários e um *workshop* anual (o ICN *Cartel Workshop*). Foram debatidos recentemente ou ainda estão em discussão questões referentes a programas de leniência em investigações multijurisdicionais, à interação entre programas de leniência e o *enforcement* privado, ao incremento da dissuasão de cartéis através de programas de *compliance*, ao impacto do *enforcement* privado no *enforcement* público e a estratégias para incrementar a cooperação e promover convergência nas sanções aos cartéis internacionais.

Como destacado, a promoção da cooperação internacional é um dos objetivos centrais da ICN, uma vez que, trabalhando juntas, as agências antitruste nacionais podem colmatar as lacunas e superar as dificuldades decorrentes de atuações paralelas e sobrepostas, resultantes do tratamento de mercados internacionais a partir do âmbito doméstico. Tal mister da instituição foi corroborado no guia da ICN para sua segunda década[487], o qual deu origem a um projeto do *Steering Group* destinado a intensificar a cooperação internacional na aplicação do antitruste[488].

Por sua vez, o CWG atua ativamente no tema, já tendo produzido um estudo sobre a cooperação entre as agências antitruste nas investigações de cartéis[489], resumos sobre os mecanismos de compartilhamento de informações de várias jurisdições[490], um capítulo no supramencionado manual de *enforcement* anticartel[491], além de ter realizado várias sessões para a discussão sobre a matéria no *workshop* anual. Vale destacar, ainda, a elaboração de modelos para a renúncia à confidencialidade pelos beneficiários de leniência em casos de cartéis multijurisdicionais, de sorte a permitir a coordenação de aspectos procedimentais das investigações (*procedural waiver*) ou também o compartilhamento de informações entre as agências concernentes (*full waiver*)[492].

---

[487] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *The ICN's Vision for its Second Decade*. Apresentado na 10ª Conferência Anual da ICN, realizada em Haia, entre 17 e 20 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

[488] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *ICN Steering Group International Enforcement Cooperation Project*. Março de 2012. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionn etwork.org/uploads/library/doc794.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

[489] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Co-Operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*. Report to the ICN Annual Conference, Moscow, May 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwo rk.org/uploads/library/doc348.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

[490] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Charts Summarising Information Sharing Mechanisms Cartel*. 2012. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/ism.aspx>. Acesso em: 28/11/2016.

[491] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on International Cooperation and Information Sharing*. 2013. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cart el%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

[492] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Waivers of Confidentiality in Cartel Investigations*. 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1012.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

Em 2013, a ICN realizou uma pesquisa conjunta com a OCDE sobre a cooperação internacional, na qual se constatou que a frequente utilização daquela é concentrada em algumas agências mais experientes, quase metade dos países que responderam o questionário havendo relatado nunca terem cooperado nas suas investigações. Apesar disso, verificou-se que o emprego daquele recurso cresceu bastante nos últimos anos, prevendo-se que tal incremento deverá ser mantido no futuro, devido ao número cada vez maior de casos multijurisdicionais. Ademais, demonstrou-se que as agências antitruste reconhecem a cooperação internacional como um instrumento vital para assegurar um *enforcement* eficaz[493].

É nesse contexto que se insere um dos projetos mais recentes do CWG, relativo à implementação de uma estrutura para a promoção do compartilhamento de informações não confidenciais em casos de cartéis[494]. Com o fito de intensificar a cooperação entre autoridades antitruste, tal estrutura objetiva auxiliar as agências a saber de que forma os procedimentos de assistência devem ser efetuados e quais as autoridades estrangeiras que devem ser contatadas. É que a cooperação internacional é essencialmente fundada em relações pessoais, de modo que a troca de informações é muito mais provável de ocorrer entre agências que já têm um histórico de colaboração, confiança e reciprocidade. Nesse sentido, refletindo a missão da ICN de promover um foro para a convergência e a facilitação da cooperação, a estrutura passa a ser um ponto de partida para o estabelecimento de vínculos mais sólidos entre as autoridades antitruste, impulsionando a denominada relação de *pick up the phone*[495-496].

As informações a serem compartilhadas são as permitidas pela legislação nacional, de sorte que, em princípio, dizem respeito àquelas de caráter não-confidencial. Todavia, o estreitamento das relações entre as agências a partir da experiência adquirida com o uso da

---

[493] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <http://icnwarsaw2013.org/docs/icn_oecd_icn_report.pdf >. Acesso em: 28/11/2016.

[494] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Proposal for Establishing the ICN Framework for Promotion of Sharing Non-Confidential Information for Cartel Enforcement*. 2015. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1043.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

[495] Muitas vezes, os contatos entre as autoridades se limitam à Conferência Anual e aos *workshops* e telesseminários. Dessa forma, a estrutura objetiva instituir uma comunicação regular entre as agências.

[496] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Proposal for Establishing the ICN Framework for Promotion of Sharing Non-Confidential Information for Cartel Enforcement;* INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Cartel Working Group – 2015-2018 Work Plan*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1041.pdf>. Acesso em: 28/11/2016; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Cartel Working Group – 2016-2019 Work Plan*. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/icn2016-2019_horizontal-coordinator_cartel-working-group_workplan.pdf>. Acesso em: 28/11/2016; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Summary of ICN Work Product 2015-2016*; NAKAZATO, Hiroshi. I*nternational Coordination to Increase the Efficiency of Multijurisdiction Cartel Investigations*. Apresentação do Director, Planning Office, Investigation Bureau, Japan Fair Trade Commission, no 2016 ICN Cartel Workshop. Madri, 4 de outubro de 2016. Disponível em: <https://icncw.cnmc.es/file/140/download>. Acesso em: 28/11/2016.

estrutura pode incentivar a adesão, no futuro, a mecanismos formais de cooperação, como acordos bilaterais ou multilaterais que permitam a troca de informações confidenciais sob certas condições, como a renúncia de confidencialidade, ou mesmo sem a necessidade de um consentimento prévio, como sugere a supramencionada recomendação da OCDE sobre cooperação internacional. A entrada dos membros da ICN na estrutura se faz mediante o preenchimento de um formulário, onde são indicados os encarregados pela comunicação (*liaison officer*). Estes, em geral, são os responsáveis pelo contato inicial referente a questões internacionais em casos de cartéis e pela coordenação com os servidores que trabalham diretamente com os casos específicos[497]. São tais agentes que estabelecerão as relações com seus homólogos estrangeiros, constituindo-se uma rede entre as várias agências que permita a obtenção, mais rápida e eficaz, de informações sobre investigações ou casos já encerrados, bem como de experiência sobre a cooperação. Tendo sido lançada em janeiro de 2016, a comentada estrutura já contava, no mês subsequente, com mais de 50 % dos membros do CWG[498].

Diante do exposto, parece inegável o grande sucesso da ICN[499], a qual é considerada, hoje, o foro internacional mais influente na facilitação da cooperação antitruste multilateral. Apesar de seu caráter de *soft law*, as recomendações e melhores práticas sugeridas pela instituição são largamente aceitas pelos países, sendo com frequência incorporadas pelos vários direitos nacionais[500]. A título de exemplo, pode-se citar a reformulação da política brasileira de acordos em matéria de defesa da concorrência. Aproveitando-se das discussões travadas na Conferência Anual sediada no Rio de Janeiro, em 2012, o CADE aprovou, em 2013, as novas

[497] No caso do CADE, trata-se da Assessoria Internacional.
[498] NAKAZATO, Hiroshi. *op. cit.*
[499] Em que pese seu incontestável êxito, vale ressaltar, contudo, que a ICN é objeto de várias críticas. Por exemplo, afirma-se que, apesar de ser aberta a autoridades antitruste de qualquer país, os Estados Unidos e a União Europeia tendem a desempenhar o papel central nos grupos de trabalho e nas conferências anuais (GERBER, David. *op. cit.* p. 116). Nesse sentido, aduz-se que os países desenvolvidos costumam controlar a agenda e elaborar os projetos, visto que eles possuem mais tempo, dinheiro, pessoal e experiência, de modo que as regras que emergem são mais prováveis de se ajustar àqueles sistemas, podendo não ser as mais apropriadas aos países em desenvolvimento (FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *op. cit.* p. 481). Finalmente, há críticas mais severas, como a de Picard. De acordo com ela, os Estados Unidos, confiantes da superioridade de seu sistema antitruste, visaram, com a ICN, a estender ao mundo sua própria cultura da concorrência. Não se objetivou, dessa forma, estabelecer regras globais, mas, ao revés, uma uniformização das regras nacionais, isto é, uma convergência para o antitruste norte-americano, cada vez mais centrado na autorregulação dos mercados e em favorecer a cultura da grande empresa. Assim, afastando-se do bem-comum, a ICN seria uma instituição da nova diplomacia comercial, correspondendo a uma mercantilização das regras de concorrência, devido à participação crescente dos atores do mercado na elaboração das normas e à definição destas de acordo com os mecanismos do comércio (PICARD, Lysanne. *Perspective Américaine de la Coopération Internationale en Matière de Régulation de la Concurrence*. 143 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2011. Disponível em: <http://www.archipel.uqam.ca/4066/>. Acesso em: 28/11/2016).
[500] BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 324; GERBER, David. *op. cit.* p. 116; SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 202; FOX, Eleanor; ARENA, Amedeo. *op. cit.* p. 482; HOLLMAN, Hugh; KOVACIC, William. *op. cit.* p. 276.

regras sobre os TCCs, em consonância com as melhores práticas internacionais na matéria, o que muito tem contribuído para o aperfeiçoamento da política anticartéis no país[501].

Entretanto, inúmeros são os desafios que a ICN deve enfrentar para continuar a ter um papel de destaque. Possuindo, dentre seus membros, autoridades antitruste de diferentes níveis de maturidade, representantes de países com distintos graus de desenvolvimento econômico e social, é preciso que a instituição seja capaz de coordenar todos os interesses, muitas vezes conflitantes, dessa pluralidade de Estados. Faz-se necessário, dessa forma, que a ICN promova a convergência de regras e práticas em respeito às diversidades[502]. Outro grande desafio se refere a temas em relação aos quais há significativa discordância nos vários sistemas antitruste e que começam a ser discutidos na instituição, como o abuso de posição dominante e restrições verticais[503].

4.1.3 As iniciativas em foros regionais[504]

As últimas décadas foram marcadas por uma proliferação de acordos regionais de comércio em todos os continentes, podendo aqueles, entretanto, assumir diferentes graus de aprofundamento, consoante o objetivo visado pelas partes[505]. Cada vez mais frequentemente, tais acordos incluem regras e até mesmo capítulos específicos sobre a concorrência. Embora não haja consenso sobre as razões pelas quais os referidos instrumentos introduzem tais disposições, parece que estas objetivam salvaguardar a concorrência no mercado cujas fronteiras não mais coincidem com aquelas das políticas antitruste nacionais. Dessa forma, as questões de concorrência não seriam incluídas por seu valor intrínseco, mas pelo fato de que

---

[501] SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *op. cit.* p. 11/12.
[502] Idem. Ibidem. p. 13/14.
[503] Nesse sentido, SOKOL, Daniel. *op. cit.* p. 202; GERBER, David. *op. cit.* p. 116.
[504] Embora a denominação regionalismo seja objeto de inúmeras discussões, refere-se, aqui, a seu sentido mais amplo, não limitado ao critério geográfico, de sorte a se qualificar como regional aquelas iniciativas que não são multilaterais, isto é, que não têm escopo universal. Ver, nesse sentido, DEBLOCK, Christian. *Le régionalisme commercial. Y a-t-il encore un pilote dans l'avion ?*. Revue Interventions Économiques [on-line], Vol. 55, 2016. p. 16/17. Disponível em: <http://interventionseconomiques.revues.org/2882>. Acesso em: 10/12/2016.
[505] Para um panorama histórico do regionalismo e os principais modelos institucionais desenvolvidos, vide ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Éric; DEBLOCK, Christian. *Intégration ou interconnexion ?*. Revue Interventions Économiques [on-line], Vol. 55, 2016. p. 1/38. Disponível em: <http://interventionseconomiques.rev ues.org/2895>. Acesso em : 10/12/2016.

condutas anticompetitivas, sejam praticadas pelo setor público ou privado, poderiam frustrar os objetivos de liberalização mais amplos visados pelos acordos[506-507].

Dentre os acordos regionais que introduziram regras antitruste, podem-se citar, por exemplo, a União Europeia, a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a Comunidade Andina, a Comunidade do Caribe (CARICOM), o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA), a Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS) e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN). Ademais, vale destacar que a nova geração de acordos regionais de comércio, denominados mega-acordos ou parcerias, preveem igualmente regras sobre concorrência, como é o caso do Acordo Econômico e Comercial Global (CETA) e da Parceria Transpacífico (TPP), já assinados, mas ainda não

---

[506] BRADFORD, Anu; BÜTHE, Tim. *Competition policy and free trade: Antitrust provisions in PTAs*. In DÜR, Andreas; ELSIG, Manfred (ed.). Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 247/248, 262/263; EVENETT, Simon. *What can We Really Learn from the Competition Provisions of RTAs?* In BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana María; CERNAT, Lucian (org.). Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. New York/Geneva: United Nations Publications, 2005. p. 40. No contexto específico do mercado comum, destaca-se que a garantia da livre concorrência assegura que as liberdades econômicas fundamentais que o constituem sejam reais e não meramente formais, tendo em vista que seria inócuo garantir a liberdade de circulação de mercadorias ou de capitais se é tolerado a criação ou o uso de posições dominantes capazes de criar entraves ao ingresso de produtos de concorrentes de outro Estado-Membro (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44/45). Nesse sentido, buscando superar a doutrina clássica, Jaeger Júnior propõe que a livre concorrência configura a quinta liberdade econômica fundamental em um mercado comum, ao lado das tradicionais liberdades de circulação de bens, de capitais, de pessoas e de serviços. Dessa forma, além de assegurar a concorrência no mercado comum, o Direito Antitruste deve também proteger as demais liberdades de eventuais lesões que possam ser causadas por comportamentos anticompetitivos (JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul.* 2005. 620 f. Tese de Doutorado em Direito Comunitário – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5525/000471918.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10/12/2016).

[507] Outras razões indicadas, não excludentes entre si, referem-se, por exemplo, a tentativas de prevenir um uso estratégico da política antitruste para fins protecionistas, a uma forma de compensar a ausência de regras multilaterais na matéria, servindo como uma fase anterior ao estabelecimento de um acordo antitruste multilateral, e a um incentivo para o surgimento e o emprego efetivo de regras nacionais (BRADFORD, Anu; BÜTHE, Tim. *op cit*. p. 260/262; BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. Trabalho apresentado no IX Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) – Revisiting Regionalism, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 2011 na Universidade de St. Gallen. Disponível em: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09801a05.pdf>. Último acesso em: 06/08/2015. p. 2; SOKOL, Daniel. *Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements*. Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, Iss. 1, 2008. p. 246/248; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. p. 163). Aduz-se, ainda, que a inclusão de regras antitruste em acordos regionais pode solucionar dificuldades de efetividade típicas de sistemas de defesa da concorrência de países em desenvolvimento e de pequenas economias, como a limitação financeira e de pessoal e a falta de força necessária para combater práticas anticompetitivas estrangeiras (FOX, Eleanor. *Competition, Development and Regional Integration: in Search of a Competition Law Fit for Developing Countries.* Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 11-04. NYU Center for Law, Economics and Organization, New York University School of Law. October 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619>. Acesso em: 10/12/2016. p. 18/20).

ratificados, e da Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP), ainda em negociação.

Cabe ressaltar, contudo, que o conteúdo das regras sobre concorrência incluídas nos mencionados instrumentos varia bastante, em reflexo dos diferentes graus de integração pretendidos. Nesse contexto, os acordos regionais podem ser classificados em dois grandes grupos: aqueles que contém disposições de fundo sobre os comportamentos anticoncorrenciais e aqueles que dispõem de regras de coordenação e de cooperação (havendo, ainda, acordos mistos, que possuem disposições nos dois sentidos)[508].

Sob esse prisma, poucos são os acordos que preveem a criação de um efetivo sistema de defesa da concorrência regional, com o estabelecimento de uma autoridade antitruste supranacional. Dentre eles, a União Europeia é o único exemplo que alcançou, de fato, o patamar pretendido, o Direito da Concorrência ultrapassando as fronteiras nacionais e instalando-se no âmbito da União. Assim, a política da concorrência assumiu a posição de pilar da construção europeia e condição mesma de toda a política econômica da UE, implementando-se um quadro jurídico único. Como já mencionado, o sistema europeu de defesa da concorrência é exercido não apenas pela Comissão Europeia, mas também pelas autoridades antitruste nacionais, as quais atuam em estrita cooperação na denominada Rede Europeia da Concorrência (ECN), os tribunais da União e dos Estados-Membros completando o sistema. Ademais, as regras regionais coexistem com as legislações antitruste nacionais[509].

Por outro lado, a generalidade dos acordos regionais de comércio, no que concerne à defesa da concorrência, visa, de fato, a instituir um foro para a convergência das regras e/ou para a promoção da cooperação internacional entre as agências antitruste. Nesse sentido, tais iniciativas têm muito contribuído para o tratamento de questões concorrenciais transfronteiriças.

---

[508] SOLANO, Oliver; SENNEKAMP, Andreas. *Competition Provisions in Regional Trade Agreements*. OECD Trade Policy Papers, No. 31. Paris: OECD Publishing, 2006. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/trade/competition-provisions-in-regional-trade-agreements_344843480185>. Acesso em: 10/12/2016; LAPRÉVOTE, François-Charles; FRISCH, Sven; CAN, Burcu. *Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD); World Economic Forum, 2015. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/competition-policy-within-the-context-of-free-trade-agreements/>. Acesso em: 10/12/2016. Vide tais textos para uma panorama das regras antitruste introduzidas pelos mencionados acordos.

[509] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 295/297; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *op. cit.* p. 637/650.

4.1.4 A cooperação bilateral em matéria antitruste

4.1.4.1 Considerações iniciais

Como já discutido, uma regulamentação antitruste internacional vinculante não se mostra, hoje, factível. Ao revés, os problemas decorrentes da descentralização da aplicação do Direito da Concorrência são encarados a partir da cooperação internacional voluntária, mormente a bilateral. As iniciativas realizadas em foros internacionais, conforme acima analisado, complementam tal modelo, estimulando a convergência dos países na matéria e encorajando-os a cooperarem em âmbito bilateral.

Nesse contexto, a cooperação bilateral tem emergido nos últimos anos como um importante instrumento para a internacionalização do Direito da Concorrência, tendo relevante papel na aplicação das regras antitruste em casos de práticas anticompetitivas transfronteiriças, como é o caso dos cartéis internacionais. A cooperação bilateral deve ser compreendida como todas as situações nas quais as autoridades de defesa da concorrência de duas jurisdições coordenam suas atividades, auxiliando-se através de variadas formas para reforçar o respectivo *enforcement* e eliminar, ou ao menos diminuir, os riscos de conflito decorrentes de suas atuações paralelas. Embora tal cooperação ocorra, sobretudo, através da celebração de acordos bilaterais, ela a estes não se limita, sendo possível que se dê também na ausência de qualquer mecanismo institucionalizado (isto é, a cooperação bilateral informal)[510-511].

Salvo raras exceções, os acordos bilaterais em matéria de defesa da concorrência não possuem o caráter vinculativo de tratado internacional, estando mais próximos do acordo de cavalheiros e do *soft agreement* (são, pois, típicos instrumentos de *soft law*). Dessa forma, eles são meramente voluntários, permanecendo as autoridades livres para definir a extensão e a forma de conduzir os pedidos de cooperação caso a caso, ou seja, as demandas ficam dependentes da discricionariedade das agências antitruste[512]. Nesse sentido, há quem defenda

---

[510] DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 289, 297.

[511] A cooperação bilateral pode ser fundada, ainda, em outros instrumentos, como as cartas rogatórias e os tratados de cooperação jurídica internacional em matéria penal (os *Mutual Legal Assistance Treaties* ou MLATs) e os tratados de extradição, estes dois últimos utilizados sobretudo em casos de cartéis (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. p. 53). É possível, também, que ela se baseie em cláusulas antitruste incluídas em acordos de comércio (como os acordos de livre comércio bilaterais). Embora tais instrumentos não sejam limitados à matéria antitruste, eles, cada vez mais frequentemente, trazem regras sobre a concorrência, incentivando a cooperação internacional com o objetivo de evitar a criação de entraves privados que possam destruir os esforços para a redução das barreiras comerciais públicas. Em relação a eles, valem as observações acima feitas sobre os acordos regionais de comércio (dos quais os acordos de livre comércio bilaterais podem ser considerados uma espécie).

[512] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 345; PAPADOPOULOS, Anestis. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 58/59;

que a cooperação fundada em tais instrumentos configuraria uma cooperação informal, limitando-se a cooperação formal àqueles casos em que os acordos são vinculantes (típicos tratados internacionais)[513]. Todavia, tal posicionamento não parece ser o prevalente, que considera como formais, também, tais acordos não vinculantes, bem como outros instrumentos que facilitam a cooperação internacional, como as dispensas de confidencialidade[514].

Vale, aqui, destacar uma das novas facetas que vêm caracterizando o Estado contemporâneo, qual seja a desagregação da estrutura hierarquizada e centralizada do Estado clássico. Hoje, os centros decisórios, antes restritos aos três poderes em sua acepção tradicional (legislativo, executivo e judiciário), tendem a ficar cada vez mais dispersos em uma estrutura de governança muito mais complexa, a qual envolve diversas autoridades independentes, como agências reguladoras e as autoridades antitruste[515]. Essa alteração no modelo estatal repercute diretamente no Direito Internacional, tendo em vista que os atores deste último deixam de ser apenas os chefes dos poderes executivos e seu corpo diplomático. Outros centros decisórios, cada vez mais dispersos na nova estrutura institucional dos Estados, como as próprias agências, órgãos e entidades dotadas de maior ou menor independência, passam a interagir na ordem global, de sorte que as relações internacionais passam a ser construídas pela atuação fragmentada do Estado[516].

Nesse sentido, são as próprias autoridades antitruste nacionais que celebram a grande maioria dos acordos bilaterais em matéria de concorrência[517] e raramente é seguido o rito de celebração dos acordos internacionais típicos, com sua consequente internalização ao

---

BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 323; JENNY, Frederic. *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective.* Antitrust Bulletin, Vol. 48, No. 4, 2003. p. 979.

[513] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 84/85.

[514] Nesse sentido, vide ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. p. 52/53; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on International Cooperation and Information Sharing*. p. 9/11.

[515] É a este novo modelo que Gustavo Binenbjom chama de administração pública policêntrica: "as autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa a da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica" (BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, n.º 13, março/maio de 2008. p. 20. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Último acesso em: 02/12/2016).

[516] VELHO, Rafael Rott de Campos. *O Combate aos Cartéis como Parte de um Novo Paradigma no Direito Internacional.* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. VII, n.º 1, 2012. p. 202, 214/217.

[517] Portanto, as partes de tais acordos são, geralmente, as próprias autoridades antitruste, e não os Estados.

ordenamento doméstico, não se criando direitos e deveres sob o Direito Internacional. Dessa forma, apesar de serem, em geral, chamados de acordos, tais atos constituem, mais propriamente, protocolos, convênios ou memorandos de entendimento (*memoranda of understanding* – MOUs). Como afirmado, tais instrumentos são voluntários, de modo que, ainda que dois Estados tenham celebrado um acordo desse tipo, é possível, por exemplo, que seja recusado o fornecimento de informações. Por sua vez, é também factível a realização da cooperação caso inexista qualquer acordo entre as partes[518].

Entretanto, há de se ressaltar a relevância de tais instrumentos, posto que eles indicam que os signatários envidarão os melhores esforços para realizar a cooperação, isto é, expressam a convergência das agências, demonstrando uma desejada linha comum de ação. Dessa forma, com frequência, esses acordos formalizam relações previamente já estabelecidas ou marcam um novo nível de engajamento entre as autoridades antitruste. Em última instância, tais instrumentos fornecem um quadro geral para a operacionalização da cooperação, instituindo canais para a comunicação, o que pode conferir mais segurança e previsibilidade para as jurisdições envolvidas[519].

4.1.4.2 Objetivos e evolução da cooperação bilateral

A realização da cooperação bilateral (e, igualmente, a celebração de acordos bilaterais, como instrumentos daquela) objetiva, sob o âmbito material, evitar ou minimizar os conflitos de jurisdições e os riscos de decisões divergentes, gerar uma proteção mútua dos legítimos interesses dos Estados envolvidos, bem como promover a convergência, a qual representa uma importante estratégia para a internacionalização do Direito da Concorrência. De fato, os benefícios da cooperação entre autoridades vão além dos casos individuais, proporcionando o desenvolvimento de um entendimento comum em relação ao antitruste, o que consubstancia uma alternativa, ainda que complementar, à harmonização das legislações nacionais. Já do ponto de vista procedimental, visa-se a aumentar a eficiência das investigações e a efetividade das atividades de *enforcement* das partes. Em realidade, a cooperação se faz aí indispensável, visto que várias diligências e medidas necessárias ao exame dos casos transfronteiriços

[518] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 169/170; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 59, 62. Destaque-se que, ainda quando fundada em acordos entre os Estados, a cooperação será, geralmente, dotada de informalidade, consubstanciando-se através de *e-mails*, telefonemas e conferências *on-line*.

[519] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. p. 52; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on International Cooperation and Information Sharing.* p. 10/11; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 60.

dependem de atos a serem realizados no exterior, como a obtenção de documentos e depoimentos de pessoas localizados no estrangeiro. Dessa forma, ausente a cooperação, o Estado não teria como ter acesso a tais informações, devido às restrições impostas pelos princípios de Direito Internacional. Nesse mesmo sentido, a execução das decisões em território estrangeiro também exige a cooperação com o Estado respectivo. Por fim, a cooperação na definição das sanções a serem impostas pode igualmente aumentar a dissuasão das condutas transnacionais, consoante já comentado[520].

Sob esse prisma, foram os Estados Unidos que tomaram a dianteira no processo de assinatura de acordos bilaterais de cooperação, como uma resposta à crescente demanda dos outros países em estabelecer um tratamento multilateral para as questões da concorrência. Para aquele país, a via bilateral se mostrava muito mais condizente com seus interesses, tendo em vista que não lhe seria retirado o controle sobre as causas por ele julgadas, ao mesmo tempo em que lhe garantiria maior poder de barganha, por ser mais fácil impor seu ponto de vista em se negociando isoladamente com cada Estado. Nesse sentido, já na década de 1960, os Estados Unidos influenciaram a discussão do tema na OCDE, tendo resultado, em 1967, na primeira recomendação incentivando a celebração de acordos de cooperação em matéria antitruste, com o fito de se evitar conflitos de políticas concorrenciais e comerciais nacionais[521-522]. Entretanto, cabe ressaltar que a opção pela assinatura de tais acordos não resulta unicamente de uma imposição norte-americana, refletindo, também, o desejo de várias outras jurisdições, que veem em tal abordagem uma via efetiva para a redução dos problemas decorrentes da aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência, hoje permitida pela maior parte dos países[523].

O primeiro acordo de cooperação bilateral em matéria antitruste foi celebrado em 1976, entre os Estados Unidos e a Alemanha[524], ao que seguiram outros acordos, na década de 1980,

---

[520] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 142; DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 289; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 244; GERBER, David. *op. cit.* p. 108/109; JENNY, Frederic. *op. cit.* p. 982/983; CAPOBIANCO, Antonio; DAVIES, John; ENNIS, Sean. *Implications of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Cooperation in Merger and Cartel Enforcement.* E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/implications-of-globalisation-for-competition-policy-the-need-for-international-cooperation-in-merger-and-cartel-enforcement/>. Acesso em: 04/12/2016. p. 2.

[521] Tal recomendação foi revisada inúmeras vezes, a versão mais recente, datada de 2014, tendo sido acima comentada, na seção referente à OCDE.

[522] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 345; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 432/433.

[523] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 246.

[524] Apesar de tal acordo ter sido o primeiro do gênero, a doutrina lembra que o primeiro esforço de dois governos no sentido de construir canais de comunicação referentes a questões antitruste, através de consultas e notificações, tratou-se do *Fulton-Rogers Understanding*, de 1959, entre os Estados Unidos e o Canadá. Tal iniciativa decorreu do conflito que emergiu no início dos anos 1950 entre os dois países, na sequência do qual eles concordaram em

entre os Estados Unidos e o Canadá e os Estados Unidos e a Austrália. Tais instrumentos estabeleceram uma abordagem comum de trabalho em matérias de interesse mútuo, de sorte a evitar atritos que poderiam decorrer das atividades de *enforcement* das partes, introduzindo a ideia da cortesia negativa, a seguir analisada[525]. É, todavia, na década de 1990, que há um grande aumento de tais acordos, tanto em número, como em escopo, em decorrência da proliferação de legislações de defesa da concorrência pelo mundo, bem como da multiplicação das condutas anticompetitivas transfronteiriças[526].

O grande marco desse processo é o acordo concluído pelos Estados Unidos e a União Europeia, em 1991, complementado por outro acordo em 1998, através dos quais os dois grandes polos antitruste mundiais estabeleceram laços de cooperação e coordenação entre suas autoridades de defesa da concorrência para o controle dos atos de concentração e a repressão das práticas anticompetitivas cometidas no âmbito de seus limites geográficos e que produzissem efeitos no território da outra parte. A importância de tais instrumentos decorre do seu caráter inovador, ao desenvolver em mais detalhes determinadas matérias até então tratadas de modo genérico (como a troca de informações), ao aprofundarem a cooperação das autoridades antitruste a um nível até então inexistente e ao introduzirem novos conceitos, como o da cortesia positiva, o qual será melhor examinado abaixo. Nesse sentido, tais acordos têm sido utilizados, até hoje, como modelo para a maioria dos instrumentos do gênero, mesmo aqueles celebrados entre terceiros países. Ressalta-se, ademais, que neles estão implicitamente reconhecidas a teoria dos efeitos e a possibilidade de haver decisões concorrentes, o que só corrobora o papel complementar à extraterritorialidade exercido pela cooperação bilateral. Ao longo dos últimos 25 anos, tais acordos, ao lado de outros instrumentos celebrados pelas duas jurisdições, permitiram uma estreita colaboração entre ambas. Ainda que haja deficiências no

coordenar suas atividades de *enforcement* para evitar controvérsias similares (PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 52/53).

525 Questiona-se, entretanto, a importância de tais acordos, alguns considerando sua relevância como marginal (TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law: Between Cooperation and Convergence*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2011. p. 10).

526 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit.* p. 170/171; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 143; MELAMED, Douglas. *International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at the Bilateral, Regional, and Multilateral Levels*. Journal of International Economic Law, Vol. 2, Iss. 3, 1999. p. 426; FOX, Eleanor. *Competition Law: Linking the World*. In BERMANN, George; HERDEGEN, Matthias; LINDSETH, Peter (ed.). Transatlantic Regulatory Cooperation: Legal Problems and Political Prospects. New York: Oxford University Press, 2000. p. 244.

sistema, poucos foram os casos que efetivamente geraram divergências[527], de sorte que a cooperação entre os Estados Unidos e a UE é considerada um grande sucesso[528-529].

Todavia, os acordos entre os Estados Unidos e a União Europeia, bem como a grande maioria dos outros instrumentos bilaterais em matéria de defesa da concorrência (os quais, como visto, seguem o modelo daqueles), dizem respeito apenas à troca de informações não confidenciais. Nesse contexto, faz-se relevante aduzir à classificação tradicionalmente efetuada entre os acordos de primeira e de segunda geração, em conformidade com a intensidade de cooperação pretendida. Os acordos ditos de primeira geração, também chamados de convênios suaves, referem-se àqueles que, em princípio, não permitem às agências antitruste o acesso a informações sigilosas, a menos que haja o consentimento prévio da fonte da informação (através dos já mencionados termos de renúncia de confidencialidade). Por essa razão, em tais casos, a cooperação tende a ser mais bem sucedida no controle de concentrações que nas investigações de cartéis. É que as empresas participantes dos processos de concentração possuem um incentivo para conceder a dispensa do sigilo, visto que desejam a aprovação do ato, o que pode ser facilitado através da cooperação. Por outro lado, para os agentes investigados por prática de cartel, não se mostra interessante renunciar à confidencialidade, já que tal fato os exporia a sanções adicionais em outras jurisdições. Entretanto, o mesmo não se pode dizer dos beneficiários de leniência[530], os quais, consoante já analisado, costumam dispensar a confidencialidade em relação às autoridades perante as quais também requereram o benefício[531].

Já os acordos de segunda geração visam a aprofundar ainda mais a cooperação e aumentar sua efetividade, de modo que possibilitam a disponibilização de informações confidenciais, sem que seja necessário um termo de renúncia por parte da fonte da informação. Os primeiros acordos de segunda geração foram celebrados pelos Estados Unidos e Austrália, em 1999, e pela Dinamarca, Islândia e Noruega, em 2001 (incluindo também, a partir de 2003,

---

[527] Nesse sentido, por exemplo, as concentrações entre *Boeing* e *McDonell Douglas* e entre *General Electric* e *Honeywell.*

[528] Contudo, tal relação não pode ser tida uma regra no domínio do antitruste, representando, em realidade, uma exceção a ser seguida pelas outras jurisdições (DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 293).

[529] JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 250; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 144/145; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 436/438; DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 290/294; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 61, 64; FOX, Eleanor. *Competition Law: Linking the World*. p. 245/247; DABBAH, Maher. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* p. 112/116; BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 323/324.

[530] E também para as partes que assinaram outros acordos com as autoridades antitruste, tal qual o TCC.

[531] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 147; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 346; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial.* p. 80; BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 323.

a Suécia). Todavia, poucos são os acordos de segunda geração existentes, a grande maioria ainda sendo instrumentos suaves, como é o caso de todos aqueles celebrados pelo Brasil. Isso ocorre não apenas pelo fato de os acordos de segunda geração demandarem alto grau de comprometimento e de confiança mútua entre as autoridades, o que pressupõe elevada maturidade institucional delas, mas igualmente por esbarrarem em princípios protetivos do interesse nacional ou em legislações domésticas que proíbem o compartilhamento de informações sigilosas sem o consentimento prévio de sua fonte. Nesse sentido, como antes aduzido, a OCDE, através da recomendação sobre a cooperação internacional de 2014, incentiva que os Estados adotem, no âmbito nacional, mecanismos de comunicação de informação (*information gateways*), para que sejam celebrados mais acordos de segunda geração. Vale destacar que os Estados Unidos sancionaram uma lei nesse sentido, já em 1994, o *International Antitrust Enforcement Assistance Act* (IAEAA), permitindo ao DOJ e à FTC compartilharem informações confidenciais, independentemente de termos de renúncia, o que autorizou a celebração do supramencionado acordo com a Austrália. Porém, poucos são os países que possuem leis nesse sentido, outros exemplos sendo a Holanda, Malta e o Paquistão[532-533].

4.1.4.3 Principais procedimentos de cooperação bilateral

A cooperação bilateral pode dizer respeito tanto à cooperação técnica, como à cooperação na aplicação das legislações antitruste (cooperação na atividade de *enforcement*), tendo os acordos bilaterais como objeto uma ou outra modalidade, ou ainda ambas. A cooperação técnica visa à promoção da cultura da concorrência entre os dois países, bem como ao desenvolvimento e ao fortalecimento das respectivas instituições. De um modo geral, ela é direcionada aos países com sistemas antitruste incipientes ou que ainda não dispõem de um

[532] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 147/148; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 346; SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial.* p. 82; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 54, 85; DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 295/296; CAPOBIANCO, Antonio; DAVIES, John; ENNIS, Sean. *op. cit.* p. 2.

[533] Embora a classificação aqui apresentada seja a mais comum na doutrina, faz-se necessário advertir que há outras classificações distintas. Uma delas, proposta por Dabbah, pode gerar confusão com a ora analisada, muito embora seja apena uma outra forma de observar a mesma questão. Nesse sentido, ele considera como de primeira geração os acordos que preveem a cortesia negativa e como de segunda geração aqueles que introduzem a cortesia positiva. Finalmente, ele propõe o estabelecimento de acordos de terceira geração, os quais devem utilizar uma plataforma internacional centralizada, que funcionaria como um foro no qual as partes poderiam entabular diálogos e que facilitaria a identificação, sobretudo para as autoridades mais jovens e inexperientes, dos parceiros oportunos e dispostos para efetivar a cooperação, tanto técnica, como de *enforcement* (DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 298/299). Tal proposta muito se assemelha ao projeto que está sendo implementado pela ICN que cria uma estrutura para a promoção do compartilhamento de informações não confidenciais nos casos de cartéis, anteriormente examinado.

Direito da Concorrência, para os quais o conhecimento e a experiência de agências mais desenvolvidas[534] são de grande relevância. A autoridade mais habilitada contribui para a capacitação técnica e profissional dos agentes públicos da outra parte, o que pode ocorrer através de programas de treinamento, estágios, trocas de funcionários, criação de grupos de estudo e promoção de seminários. Assim, a efetivação da cooperação técnica em nível bilateral complementa e aprofunda aquela realizada em instâncias multilaterais e regionais[535].

Por sua vez, a cooperação na atividade de *enforcement*[536] ocorre caso a caso, podendo ter lugar desde a fase pré-investigatória até a fase pós-investigatória e englobando uma série de práticas, as quais são frequentemente previstas nos acordos bilaterais. Dentre elas, as mais relevantes envolvem a notificação sobre investigações iniciadas que possam interessar à outra parte, os princípios da cortesia negativa e positiva, a coleta de provas na outra jurisdição, a troca de informações e a coordenação de atividades[537].

A notificação é o mecanismo que desencadeia o processo de cooperação entre as agências antitruste. Refere-se ao dever das partes de se notificarem mutuamente sempre que tomarem conhecimento de que suas atividades de *enforcement* podem afetar interesses relevantes da outra parte. Uma das dificuldades relativas a esse procedimento está em saber quais os interesses relevantes que justificam as notificações, tendo em vista que muitos dos acordos não especificam as hipóteses para a sua realização. Há instrumentos, porém, que são mais claros nesse sentido, indicando, por exemplo, os casos que envolvam condutas anticompetitivas realizadas significativamente no território da outra parte ou que compreendam sanções que requeiram a proibição da prática na outra jurisdição. Outro problema se refere aos prazos para a promoção das notificações, vários dos acordos também não indicando com precisão quando elas devem ocorrer, o que enfraquece a cooperação. De fato, o quanto antes a notificação for feita, mais tempo terá a outra parte para se manifestar e mais possível será que sua opinião seja levada em consideração antes da decisão final[538].

Como analisado quando se tratou da definição dos efeitos, a cortesia (*comity*) é um conceito de consideração recíproca e discricionária, o qual estabelece que um país deve, ao

---

[534] As autoridades no polo ativo da cooperação não são necessariamente provenientes de países desenvolvidos. Por exemplo, o Brasil tem atuado de modo ativo na promoção de cooperação técnica a países que dispõem de sistemas antitruste menos avançados. Sobre a prática do SBDC nesse sentido, ver WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 150/151, 237/242.

[535] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 149/150; GERBER, David. *op. cit.* p. 109.

[536] Esta forma de cooperação se insere no que se costuma chamar de cooperação jurídica internacional.

[537] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 346; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 247; BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 323; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Co-Operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*. p. 18.

[538] PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 70/71; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 152/153.

aplicar suas próprias leis antitruste, levar em conta os interesses dos outros Estados. Não se trata, portanto, de abdicar da jurisdição, mas, ao revés, de exercê-la com a compreensão dos impactos que pode ter sobre as atividades de *enforcement* das outras nações. Visa-se, pois, a maximizar os interesses comuns dos países envolvidas. No âmbito da cooperação bilateral, a cortesia pode ser negativa ou positiva, consoante seja promovida por iniciativa própria ou por meio de solicitação da outra parte[539].

Pelo princípio da cortesia tradicional ou negativa (*negative comity*), o Estado deve levar em conta os interesses da outra parte ao aplicar sua legislação, de modo a evitar prejudicá-la, mas unicamente quando não houver incompatibilidade com seus próprios interesses. Cuida-se de mera polidez ou respeito à outra jurisdição, não como uma obrigação formal, mas por deferência e boa vontade, para que se afastem eventuais conflitos. Todavia, tal princípio consubstancia uma forma superficial de cooperação, já que não se exige a tomada de qualquer medida específica[540].

Já o princípio da cortesia positiva (*positive comity*) vai muito além, referindo-se a um mecanismo de ações concretas, através do qual uma parte pode solicitar que a outra aja dentro dos poderes conferidos pelo seu próprio ordenamento jurídico para enfrentar comportamentos anticompetitivos praticados no território da requerida que sejam proibidos pelas leis desta e estejam afetando o mercado da jurisdição demandante. O Estado solicitado deverá efetivamente levar em conta o pedido, informando o requerente acerca do desenvolvimento dos procedimentos relativos à aplicação das medidas adequadas para a proteção de seus interesses. Objetiva-se, desse modo, diminuir os conflitos decorrentes da aplicação extraterritorial paralela por duas nações, visto que o Estado prejudicado por determinada prática anticoncorrencial poderá deixar de exercer sua jurisdição extraterritorial caso o país onde a conduta foi executada aplique, de forma eficaz, as medidas necessárias para o combate daquele comportamento, correspondendo a uma verdadeira divisão internacional das atividades de *enforcement* antitruste. Todavia, a efetividade do princípio da cortesia positiva esbarra na voluntariedade de sua implementação, na necessária confiança entre as duas jurisdições envolvidas, no fato de não alcançar comportamentos nascidos em terceiros Estados, na ausência de transparência e na demora em se responder à solicitação. Dessa forma, ainda que integre a grande generalidade

---

[539] FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks.* p. 268/269; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. p. 56/57; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 153.

[540] SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial.* p. 81; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 65; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 346; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 154/155.

dos acordos de cooperação bilateral em matéria antitruste, na prática, o princípio em discussão é pouquíssimo utilizado[541].

A seu turno, o procedimento de busca de informações visa à obtenção de provas situadas no território da outra parte. Como anteriormente aduzido, em respeito aos princípios do Direito Internacional, faz-se necessário que o Estado no qual estejam localizadas as informações coopere na condução das diligências devidas, tais como a requisição de documentos, a ouvida de testemunhas e a realização de buscas e apreensões. O compartilhamento de informações, por sua vez, refere-se aos casos em que a autoridade já detém o conteúdo pretendido (que pode ser desde provas já produzidas até cópias de decisões), de sorte que aquela age como um simples remetente da informação. Entretanto, consoante já examinado, a grande generalidade dos acordos bilaterais existentes se limita à troca de informações não confidenciais, salvo em caso de prévia renúncia da confidencialidade por parte da fonte da informação. Por outro lado, a busca e o compartilhamento de informações são indispensáveis para o combate aos cartéis internacionais, tendo em vista que, por atuarem em diversos países, suas evidências estão dispersas por várias jurisdições. Desse modo, na inexistência da cooperação entre as agências, não será possível a reunião dos indícios mínimos necessários para a condenação de tais conluios[542].

Outro importante mecanismo é a coordenação de práticas de *enforcement* entre as autoridades antitruste. Quando as agências lidam com um mesmo caso, a condução de suas atividades de forma coordenada leva a resultados mais consistentes e eficazes. Dessa forma, são bastante desejáveis, por exemplo, a realização de discussões entre as autoridades sobre supostos cartéis internacionais que estejam afetando ambos os mercados. Quando já possuírem mais indicativos sobre determinado caso, pode-se evoluir para a coordenação de buscas e apreensões, inspeções e oitivas de testemunhas simultâneas, com o fito de manter o efeito surpresa e os indícios não serem destruídos, além de se dispensar a duplicação de procedimentos. É também possível que as partes coordenem as várias fases das investigações paralelas, evitando-se prazos conflitantes e exigências incompatíveis nas respectivas jurisdições. Ademais, as autoridades podem trocar experiências e pontos de vista sobre o caso, discutir sobre o valor de determinadas provas ou testemunhas, além de se auxiliarem

---

[541] DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 288; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 73/77; HEINEMANN, Andreas. *op. cit.* p. 300; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 347; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 155/158; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 438/440.

[542] NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit.* p. 170; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 158/164; CAPOBIANCO, Antonio; DAVIES, John; ENNIS, Sean. *op. cit.* p. 14/15.

mutuamente para tentar resolver problemas práticos no curso das investigações. Por fim, as agências também podem debater sobre as sanções a serem impostas, buscando-se chegar em uma fórmula que produza uma dissuasão, de fato, efetiva. Esses contatos são realizados, sobretudo, através de reuniões, conferências telefônicas e *e-mails* e produzirão, em última instância, uma maior transparência e um enriquecimento mútuo para as duas jurisdições[543-544].

Sob esse prisma, é bem verdade que quanto maior o aprofundamento das relações entre as autoridades, nomeadamente no que tange às informações que podem ser compartilhadas, mais efetiva e eficaz poderá ser a coordenação. Nesse sentido, e conforme já discutido, em casos de cartéis internacionais, a cooperação, e de um modo mais específico a coordenação, ocorrerá, principalmente, entre as agências que contem com o mesmo beneficiário da leniência (ou com signatários em comum de outros acordos, como os TCCs). Em tais casos, por haver com frequência a renúncia da confidencialidade pelo delator[545], as respectivas autoridades irão efetuar contatos e discutir questões como o escopo da conduta, os efeitos que podem ter sido produzidos em cada mercado, quais as evidências que podem existir em cada jurisdição, os planos para o futuro das investigações e as estratégias que serão adotadas. Contudo, mesmo que os demandantes da leniência não sejam os mesmos ou se eles não renunciarem à confidencialidade, ainda assim as agências envolvidas poderão entabular uma coordenação mais geral, com o respeito às regras sobre as informações sigilosas. Por outro lado, a coordenação entre as agências será fundamental nos casos em que não houver acordo de leniência, pois ela será a única forma de as partes somarem as informações de que dispõem,

---

[543] CAPOBIANCO, Antonio; DAVIES, John; ENNIS, Sean. *op. cit.* p. 6, 14/15; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Co-Operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*. p. 18/19; FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks.* p. 266; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 164/165; CARVALHO, Vinícius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 101; BRANDENBURGER, Rachel. *International Competition Policy and Practice: New Perspectives?*. Discurso proferido pela Special Advisor, International, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no Centre of European Law, King's College, Londres, em 29 de outubro de 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/international-competition-policy-and-practice-new-perspectives>. Acesso em: 07/12/2016. p. 12/13; CENTELLA, María Luisa Tierno. *EU Cartel Enforcement in the International Context*. Discurso proferido pela Directorate-General for Competition, European Commission, no 7th Annual Chicago Forum on International Antitrust Issues, realizado em Chicago, entre 16 e 17 de junho de 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_07_en.pdf>. Acesso em: 07/12/2016. p. 2.

[544] Embora se esteja aqui referindo à cooperação bilateral, cabe destacar que a coordenação entre as autoridades antitruste envolve, muitas vezes, mais de duas jurisdições. Afinal, as práticas anticompetitivas multijurisdicionais produzem efeitos em vários Estados (e não apenas em dois). Todavia, os procedimentos em tais casos são os mesmos que se constatam na cooperação bilateral, sobretudo através de contatos informais entre as autoridades ou por meio de acordos bilaterais que ligam os Estados concernentes. Tal ocorreu, por exemplo, no caso do cartel internacional dos compressores, no qual houve uma busca e apreensão simultânea em vários países, pela coordenação entre as autoridades antitruste do Brasil, da União Europeia e dos Estados Unidos.

[545] As agências podem, inclusive, auxiliar-se mutuamente na obtenção de termos de renúncia de confidencialidade.

muito embora aqui também aflorem os problemas decorrentes das limitações sobre a confidencialidade[546].

4.1.4.4 Limitações e desafios da cooperação bilateral

Como já referido várias vezes, nos últimos anos, tem havido um crescimento exponencial na repressão aos cartéis internacionais. A cooperação internacional exerce um papel decisivo para essa nova realidade, pois é um instrumento que garante eficácia à aplicação extraterritorial dos direitos nacionais. Dessa forma, o emprego da cooperação entre agências antitruste se tornou uma prática rotineira nos casos de cartéis (e das demais práticas anticompetitivas, de modo geral).

Todavia, tal fenômeno restringe-se apenas a certos Estados, nomeadamente os países desenvolvidos e, cada vez mais também, os países emergentes, como o Brasil, a Índia e a China. Esses Estados dispõem de direitos antitruste consolidados, e entre eles há significantes fluxos de comércio, sobretudo através das grandes empresas transnacionais. Por outro lado, ainda é incomum a cooperação entre as referidas jurisdições e os países em desenvolvimento. De fato, os países desenvolvidos e emergentes têm pouco a ganhar com a cooperação com aqueles em desenvolvimento e consideram não valer a pena se expor a pedidos de assistência, enquanto poucas vantagens podem tirar no sentido inverso[547]. Mais rara ainda é a cooperação entre agências antitruste de países em desenvolvimento, o que decorre, em grande medida, da fraca cultura da concorrência em tais jurisdições, da ausência de confiança mútua entre as autoridades, bem como da existente limitação de recursos humanos e financeiros[548].

Outra limitação decorre da já mencionada natureza exclusivamente voluntária da cooperação bilateral. Na prática, esta é deixada de lado nos casos em que os Estados envolvidos possuem interesses nacionais relevantes em conflito[549]. Ademais, consoante também já aduzido, a cooperação está, em geral, restrita às informações não confidenciais (salvo em havendo a renúncia da confidencialidade pela fonte da informação), o que também muito limita

---

[546] UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. *Roundtable on Modalities and Procedures for International Cooperation in Competition Cases Involving more than one Country*. Contribution by the United States. Geneva, 8-10 July 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/Contribution/IGE2013_RT1_USA_en.pdf>. Acesso em: 07/12/2016.

[547] JENNY, Frederic. *op. cit*. p. 979; BRADFORD, Anu. *op. cit.* p. 324; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 52, 55/57; DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 298.

[548] BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. Competition Law Review, Vol. 5, Iss. 2, July 2009. p. 176/178; DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 299.

[549] SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 466/467; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 252/253.

a eficiência das atividades de *enforcement*, sobretudo quando os beneficiários da leniência não forem os mesmos nas jurisdições concernentes.

Frise-se, ainda, as diferenças entre os sistemas antitruste, nomeadamente no que toca à natureza das violações. Tal questão tem importância sobretudo nos casos de cartéis, os quais são considerados crimes em alguns países, ao passo que apenas ilícitos civis ou administrativos em outros. Essas distinções podem gerar incompatibilidades capazes de impedir, ou ao menos restringir, a cooperação entre as jurisdições[550].

Desse modo, no fundo, a cooperação bilateral não é capaz de alcançar a dimensão internacional das práticas com as quais as autoridades antitruste lidam, sua aplicação sendo limitada a um número restrito de sistemas. Além disso, há variados graus de cooperação entre os países, o que também pode provocar uma inconsistência quando um mesmo caso envolver muitas dessas jurisdições. Nesse sentido, aduz-se que tal mecanismo não representa a melhor alternativa para a internacionalização do antitruste, sendo apenas uma solução paliativa[551].

Entretanto, como já referido, a cooperação internacional, e sobretudo a bilateral, mostra-se, hoje, como a via mais factível para lidar com os desafios enfrentados pelo Direito da Concorrência no mundo globalizado. Dessa forma, faz-se necessário que ela seja aperfeiçoada e aprofundada, vários desafios devendo ser enfrentados para isso. É preciso, por exemplo, integrar mais jurisdições nos procedimentos, aumentar a confiança entre as autoridades antitruste, promover uma maior convergência entre os direitos nacionais, reforçar a segurança das informações confidenciais detidas pelas agências, para que não haja vazamentos, bem como alterar as leis domésticas para instituir mecanismos de comunicação de informações, independentemente de renúncia. Nesse sentido, os trabalhos realizados nos foros multilaterais e regionais, acima analisados, são de grande valia para que haja uma evolução da cooperação bilateral, tornando os direitos nacionais mais hábeis para combater comportamentos anticoncorrenciais transfronteiriços, como é o caso dos cartéis internacionais.

4.1.5 A cooperação internacional no Brasil

4.1.5.1 O Quadro geral

Nos últimos anos, o Brasil, sobretudo através do CADE, tem investido bastante na internacionalização de seu Direito da Concorrência. No plano multilateral, há participação ativa

---

[550] DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. p. 299; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. p. 105.

[551] HEINEMANN, Andreas. *op. cit.* p. 300/301; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 468/469; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 258; PAPADOPOULOS, Anestis. *op. cit.* p. 91.

nas discussões efetuadas na UNCTAD (da qual o Brasil é membro), na ICN (da qual o CADE é membro) e na OCDE (em que o Brasil atua enquanto não-membro observador). Os resultados de tais iniciativas têm alinhado o SBDC às melhores práticas internacionais na matéria, tanto no que se refere à convergência das regras de fundo (como é o caso, por exemplo, do programa de leniência), como no que tange à efetivação da cooperação internacional entre agências.

Em âmbito regional, o Brasil é membro do MERCOSUL, o qual desde sua origem busca implementar regras antitruste. Em seus primeiros anos, objetivou-se estabelecer um verdadeiro sistema antitruste regional, com inspiração na União Europeia. Nesse sentido, foi adotado, em 1996, o Protocolo de Defesa da Concorrência (melhor conhecido como Protocolo de Fortaleza), que instituiu regras materiais e procedimentais, aplicáveis aos atos anticompetitivos com efeitos no âmbito do MERCOSUL e que afetassem o comércio entre os Estados-Partes. Houve, inclusive, a criação de um órgão intergovernamental, o Comitê de Defesa da Concorrência, a quem cabia, juntamente com a Comissão de Comércio, a execução das regras, embora em colaboração com as autoridades nacionais. Todavia, em razão do insucesso daquele modelo, que jamais chegou a ser aplicado (não tendo nem mesmo sido ratificado por todos os Estados-Partes), o processo regulatório da concorrência no MERCOSUL mudou de rumo, passando a visar a um plano mais realista e menos ambicioso, com foco na cooperação entre as autoridades antitruste dos Estados-Partes, nos moldes da grande generalidade dos acordos regionais, consoante antes visto. Em 2004 e 2006 foram celebrados dois entendimentos entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados-Partes[552], em que se estabeleceram mecanismos de notificações e trocas de informações para auxiliar o combate a condutas anticompetitivas regionais. Em 2010, finalmente, a tendência do aprofundamento da cooperação foi consolidada através da Decisão n.º 43/2010, que aprovou o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, diploma que revogou o Protocolo de Fortaleza e disciplina, hoje, a matéria no âmbito do bloco, prevendo mecanismos de consulta, de coordenação, de cooperação técnica e de notificação, embora não haja a obrigatoriedade do fornecimento de informações confidenciais[553].

[552] Trata-se da Decisão CMC n.º 4/2004, que aprovou o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência, e da Decisão CMC n.º 15/2006, que aprovou o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa de Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional.

[553] Para mais detalhes sobre o Direito da Concorrência no MERCOSUL, vide CRUZ e CREUZ, Luís Rodolfo. *Defesa da Concorrência no Mercosul: sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito*. São Paulo: Almedina, 2013 e GUIMARÃES, Marcelo Cesar. *Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 1, 2016. p. 237/278.

Por sua vez, ainda que não constitua um verdadeiro acordo regional de comércio, o BRICS (agrupamento informal composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) também tem promovido a cooperação internacional em matéria antitruste. Bianualmente, são organizadas as Conferências Internacionais de Concorrência do BRICS, nas quais as autoridades antitruste dos cinco países se encontram para discutir e trocar experiências sobre vários aspectos da política da concorrência. Objetiva-se, dessa forma, reduzir as diferenças institucionais e culturais entre os sistemas, de sorte a permitir uma cooperação mais ativa e fluida entre os países[554]. Sob esse prisma, em maio de 2016, as autoridades dos cinco países do BRICS assinaram um MOU[555] com o fito de estabelecer uma parceria para a promoção e aprofundamento da cooperação em matéria de concorrência. Propõe-se a efetivação da cooperação técnica, com o desenvolvimento de ações de capacitação, através, por exemplo, da troca de informações sobre as respectivas políticas, leis e evolução de casos, bem como da realização de estudos conjuntos e de conferências e outros eventos. Dispõe-se, de igual modo, sobre a cooperação de *enforcement*, nomeadamente no que se refere à coordenação em procedimentos relativos ao combate a práticas anticompetitivas.

Já no plano bilateral, o Brasil possui acordos de cooperação em matéria de concorrência com 15 jurisdições, quais sejam os Estados Unidos (1999), a Rússia (2001), a Argentina (2003), Portugal (2005 e 2010), o Canadá (2008), o Chile (2008), a União Europeia (2009), a França (2011), o Peru (2012), a China (2012), o Equador (2013), a Colômbia (2014), o Japão (2014), a Coreia do Sul (2014) e o México (2016)[556]. Vale ressaltar que apenas os acordos com os Estados Unidos, a Rússia[557] e a Argentina consubstanciam verdadeiros tratados internacionais, tendo sido celebrados em conformidade com os trâmites constitucionalmente previstos, muito embora somente aqueles com os Estados Unidos e com a Argentina tenham sido ratificados, possuindo força de lei no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, com a exceção destes dois últimos, todos os demais acordos são instrumentos de *soft law*. De fato, tratam-se de protocolos, convênios, entendimentos ou memorandos de entendimento (MOUs), celebrados

---

[554] <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/cooperacao-multilateral-1/brics>. Acesso em: 12/12/2016.

[555] *Memorandum of Understanding between the Competition Authorities of the Federative Republic of Brazil, the Russian Federation, the Republic of India, the People's Republic of China and the Republic of South Africa on Cooperation in the Field of Competition Law and Policy*, assinado em 19 de maio de 2016, na cidade de São Petersburgo, Rússia.

[556] Os referidos instrumentos encontram-se disponíveis em <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral-1>. Acesso em: 12/12/2016. Ademais, outros acordos estão em negociação, por exemplo, com a Índia e a África do Sul (este último já obteve, inclusive, a autorização do Ministro da Justiça e Cidadania, devendo ser assinado num futuro próximo).

[557] Destaque-se que, posteriormente ao acordo firmado entre o Brasil e a Rússia, em 2001, foram concluídos programas de cooperação ou convênios (em 2009, 2011 e 2014), com o fito de implementar aquele acordo, tendo estes últimos instrumentos sido celebrados pelas próprias autoridades antitruste dos respectivos países.

entre o SBDC[558] e as autoridades congêneres estrangeiras, o que vai ao encontro das tendências e práticas internacionais em matéria de cooperação, contemporaneamente caracterizada por sua veiculação direta entre as agências antitruste[559].

De um modo geral, os aludidos acordos contém disposições sobre a cooperação tanto técnica como de *enforcement*. Em relação às primeiras, há regras sobre trocas de informações e experiências, intercâmbio de funcionários, realização de conferências e cursos de treinamento. Já quanto à cooperação na aplicação das legislações antitruste, são previstos mecanismos de notificação de investigações e procedimentos que possam afetar os interesses da outra parte, de consultas, de busca de informações na outra jurisdição, de compartilhamento de informações (em respeito às leis nacionais sobre a proteção da confidencialidade, bem como aos interesses das partes) e de coordenação entre as atividades das autoridades. Além disso, são também acolhidos os princípios de cortesia positiva e negativa[560].

A seu turno, cabe destacar que outros instrumentos podem fundamentar a cooperação em matéria antitruste. É o caso, por exemplo, dos tratados de assistência jurídica internacional em matéria penal (MLATs), pelos quais as partes se auxiliam mutuamente numa variedade de questões criminais. O Brasil já assinou MLATs com mais de quinze Estados[561], de sorte que

---

[558] Ressalta-se que o Presidente do CADE tem competência para celebrar acordos de cooperação com autoridades antitruste de outros países e com organismos internacionais, devendo obter, previamente, a autorização do Ministro da Justiça e Cidadania, consoante estabelecem os seguintes dispositivos:
Lei n.º 12.529/2011:
Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal:
(...)
XI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais.
Decreto n.º 7.738/2012:
Art. 22. Ao Presidente do Tribunal compete:
(...)
XII - firmar, após autorização do Ministro de Estado da Justiça, tratados, acordos ou convênios de cooperação internacional com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, objetivando a cooperação mútua e o intercâmbio de informações em matéria de defesa da concorrência.

[559] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 167/171; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 300/301; ARANOVICH, Tatiana de Campos. *Inovações na Cooperação Jurídica Internacional para o CADE*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, nº 1, Maio 2013. p. 129.

[560] TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 78/79; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. Contribuição do Brasil para a Session II do Global Forum on Competition, realizada entre 16 e 17 de fevereiro de 2012. DAF/COMP/GF/WD(2012)32, 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>. Acesso em: 12/12/2016. p. 2. Alerta-se, todavia, para a generalização de tal descrição, ressaltando inexistir uma perfeita uniformidade entre os acordos, de sorte que as referidas matérias não integram todos os instrumentos, bem como podem estar previstas neles de diferentes formas. Para uma análise das especificidades de cada acordo, vide WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 172/192, 237/258 e ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 154/163, 178/180.

[561] Para uma lista de todos os MLTAs assinados pelo Brasil, vide <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1>. Acesso em: 12/12/2016. Ver ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 163/175, 180/183 para uma análise de tais instrumentos.

eles podem ser utilizados para a obtenção de informações confidenciais e não confidenciais, o levantamento de sigilo bancário e telefônico, a obtenção de provas, buscas e apreensões, confisco e repatriamento de bens em territórios estrangeiros nos quais a prática de cartel configure crime. Ademais, o Brasil também é parte da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Podem ser utilizados, ainda, os tratados de extradição (em relação às pessoas físicas que participaram do conluio, nos países que criminalizam os cartéis)[562], além do procedimento clássico das cartas rogatórias[563].

Por fim, como já aduzido, é possível que a cooperação se dê sem nenhum instrumento internacional, a chamada cooperação informal, a qual, por óbvio, deverá ser balizada no direito interno. Na maioria das vezes, aquela ocorre através de *e-mails* e telefonemas, pelos quais são trocados experiências e pontos de vista referentes a casos específicos e a maneiras de se resolver problemas práticos que surjam durante as investigações. Trata-se de forma frequentemente utilizada pelo CADE no curso de casos de cartéis internacionais[564].

4.1.5.2 O protagonismo do CADE na cooperação internacional

O quadro normativo da cooperação internacional em matéria de concorrência realizada pelo Brasil foi bastante modificado após a edição do Decreto n.º 7.738/2012 (que aprova a Estrutura Regimental do CADE) e da Resolução do CADE n.º 1/2012 (que institui o RICADE e regulamenta o mencionado decreto). Tais normativas estabeleceram um marco regulatório inovador ao consagrar o CADE como protagonista na cooperação internacional, colocando o SBDC em consonância com as correntes recomendações dos foros internacionais e práticas dos sistemas antitruste mais avançados[565].

Antes de tais mudanças, utilizava-se, sobretudo, os pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica

[562] Sobre estes, vide ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *op. cit.* p. 175/177, 183.
[563] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 2.
[564] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 2/3; CARVALHO, Vinícius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 101; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 84/85.
[565] ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 127/128. Essas regras devem ser lidas em conjunto com o Capítulo II do Título II do Livro II do Código de Processo Civil de 2015, que traça os contornos gerais da cooperação jurídica internacional, uma vez que o CPC aplica-se subsidiariamente à Lei n.º 12.529/2011.

Internacional (DRCI), subordinado à Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania do Ministério da Justiça e Cidadania, e/ou pelas vias diplomáticas. Contudo, tais procedimentos se mostravam excessivamente burocráticos e formalistas, contrariando a celeridade necessária para a eficácia das medidas. Com as aludidas alterações legislativas, aprimoraram-se os mecanismos, tanto na cooperação ativa (requerida pela autoridade brasileira) como na passiva (requerida por autoridade estrangeira), disciplinando-se em legislação interna o procedimento de assistência mútua em questões antitruste. A partir de então, o CADE adquiriu competência para exercer a função de autoridade central na tramitação de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência[566].

A autoridade central constitui, juntamente com as vias diplomática e consular, um dos três meios de cooperação, sendo cada vez mais utilizada na prática. Ela se insere no chamado auxílio ou assistência direta, modalidade de cooperação internacional desenvolvida para agilizar os procedimentos tradicionais (através das mencionadas vias diplomática e consular), associados à morosidade. Por meio do auxílio direto, a solicitação é dirigida pela autoridade estrangeira diretamente aos agentes nacionais (as autoridades centrais), para que estes lhe deem cumprimento, por meio do exercício formal de suas atribuições, tal qual se tratasse de um procedimento doméstico. A execução do pedido é inteiramente nacional, com a única especificidade de ter sido iniciada por uma demanda de autoridade estrangeira. Assim, estabelece-se um contato direto e facilitado entre os órgãos nacionais e congêneres estrangeiros, ao mesmo tempo em que se garante uma via institucionalizada que assegura a autenticidade, a veracidade e a legalidade de documentos e atos[567]. Desse modo, a dispensa de trâmite por

---

[566] Idem. Ibidem. p. 128/131. Tal competência do CADE está prevista nos seguintes dispositivos:
Decreto nº 7.738/2012:
Art. 22. Ao Presidente do Tribunal compete:
(...)
XIII - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência, sem prejuízo das atribuições regimentais do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, e demais atribuições previstas em outros tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte;
XIV - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, em matéria de defesa da concorrência, na forma estabelecida nos tratados, acordos ou convênios referidos no inciso XII do caput, e, na ausência destes, com base em reciprocidade.
RICADE:
Art. 11. Compete ao Presidente do Tribunal:
(...)
XIX - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nas atividades relacionadas à proteção da livre concorrência, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, e, na ausência destes, com base na reciprocidade.

[567] Nesse sentido, a institucionalização do CADE como autoridade central passa a conferir formalidade ao ato de cooperação internacional em matéria antitruste, razão por que se passou a dispensar a tradução juramentada da

órgãos intermediários facilita a comunicação entre as autoridades concernentes e confere maior celeridade e fluidez ao procedimento, sem, contudo, implicar uma frouxidão quanto ao grau de formalismos exigido[568].

Vale destacar que o CADE poderá vir a executar os pedidos de assistência mútua diretamente, nos casos em que possuir competência legal para a execução da medida solicitada. É o que ocorre, por exemplo, naquelas hipóteses que dispensam intervenção judicial, tal qual se dá em prestação de informações públicas ou sobre a legislação brasileira aplicável. Por outro lado, se a autarquia não for competente para a prática do ato objeto dos pedidos de cooperação (nos casos, por exemplo, em que sejam necessárias medidas judiciais, como a realização de buscas e apreensões), a execução da medida pelo CADE será indireta, sendo apenas responsável pelo recebimento e encaminhamento das solicitações ao órgão nacional competente[569].

Ademais, o próprio art. 22, XIII do Decreto nº 7.738/2012, que prevê a atuação do CADE como autoridade central, ressalva que a nova função da autarquia se dá sem prejuízo das competências do DRCI e demais atribuições previstas em outros tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte[570]. Dessa forma, as comentadas alterações legislativas não impedem que o CADE continue a usar, paralelamente, os pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo DRCI. Da mesma maneira, em se tratando de solicitações provenientes de autoridades responsáveis por persecução criminal, com fundamento em MLATs, os requerimentos também devem ser encaminhados para o DRCI ou a PGR, de acordo com o órgão que tenha sido determinado como autoridade central pelo respectivo tratado. Portanto, a inovação em atribuir ao CADE a função de autoridade central visa apenas a complementar os procedimentos anteriormente existentes, e não a eliminá-los, aperfeiçoando a tramitação da cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência no país[571].

Além disso, cabe ressaltar que o art. 22, XIV do Decreto nº 7.738/2012 e o art. 11, XIX do RIDACDE preveem que a realização da cooperação internacional entre o CADE e uma autoridade antitruste estrangeira ou uma entidade internacional deverá ser baseada em tratado, acordo ou convênio internacional e/ou na reciprocidade. Assim, conforme antes comentado, a cooperação pode ocorrer ainda que inexista instrumento internacional firmado entre as partes,

---

documentação pertinente, bastando sua tradução técnica simples (ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 131/132).

[568] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 81/82; ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 131.

[569] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 82; ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 132.

[570] É o caso, por exemplo, da Procuradoria Geral da República (PGR), que é prevista como autoridade central no Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa e no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá.

[571] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 82/83; ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 132/133.

desde que haja a promessa de reciprocidade para casos análogos, fundamentando-se tais hipóteses na própria lei doméstica.

Por sua vez, quanto aos procedimentos, os pedidos estrangeiros de cooperação deverão adotar a forma e seguir os trâmites e ritos previstos no Estado ao qual se requer sua execução (o denominado princípio da *lex diligentiae*). Desse modo, a medida solicitada à autoridade brasileira deverá ser cumprida como se inteiramente nacional fosse, de sorte a observar os requisitos legais e garantias constitucionais do ordenamento pátrio. Por outro lado, o CADE possui certo grau de discricionariedade na aceitação da demanda de cooperação internacional, visto que seu cumprimento poderá ser recusado caso a autoridade entenda que a execução poderá violar o interesse público[572-573].

4.1.5.3 Principais mecanismos de cooperação utilizados pelo SBDC

Como já mencionado, vários são os mecanismos de cooperação internacional possíveis de serem efetuados pelo Brasil, esteja este no polo ativo ou passivo. A seguir, serão analisados os procedimentos mais relevantes, buscando-se, sempre que possível, exemplificar o seu uso em casos de cartéis internacionais.

Já foi destacada a importância do compartilhamento de informações para o sucesso da persecução a cartéis internacionais (e às demais condutas anticompetitivas, de modo mais geral), muito embora, na prática, imponham-se várias restrições decorrentes das regras sobre confidencialidade. No que toca ao combate a cartéis, o CADE lida com informações comercialmente sensíveis e cuja divulgação pode vir a comprometer as investigações. Dessa forma, prevê-se o tratamento sigiloso de autos, documentos, objetos ou informações e atos processuais, dentro do estritamente necessário à elucidação do fato e em cumprimento ao interesse social (art. 49, *caput* da Lei n.º 12.529/2011 e art. 52 do RICADE). Ademais, pode ser deferido o acesso restrito de documentos e informações relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 49, parágrafo único da Lei n.º 12.529/2011 e art.

[572] Tal possibilidade está prevista no seguinte preceito:
RICADE:
Art. 11.
(...)
§3° O Cade poderá se recusar a cooperar com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nos termos estabelecidos no inc. XIX deste artigo, sempre que houver interesse público a ser resguardado.
[573] ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 136/139.

53 e seguintes do RICADE)[574]. Tais informações são mantidas como confidenciais até a prolação da decisão final, ou até mesmo depois desta, dependendo de seu conteúdo[575].

Para garantir essa proteção, a generalidade dos acordos bilaterais celebrados pelo CADE são de primeira geração, estabelecendo limites para a troca das informações sigilosas. Assim, costuma-se haver regras que dispensam as partes de seu fornecimento quando este for contrário às leis da jurisdição detentora da informação ou incompatível com seus interesses. Em outros casos, dispõe-se adicionalmente que o compartilhamento de dados sigilosos só pode ser efetivado se contar com o expresso consentimento de seu titular[576].

Na legislação interna, todavia, o RICADE confere ao Presidente do CADE a prerrogativa de, ao executar pedidos de cooperação internacional, fornecer informações confidenciais, desde que sejam garantidos seu tratamento sigiloso pelo respectivo órgão ou entidade no exterior e seu uso conforme as condições preestabelecidas[577]. Webber inclui, ainda, como requisito, que o compartilhamento das informações não resulte em vantagem competitiva a outros agentes econômicos[578]. Ademais, os dados submetidos a sigilo que forem compartilhados apenas poderão ser divulgados publicamente ou fornecidos a terceiros pelo agente estrangeiro se houver expressa autorização do CADE nesse sentido[579]. Dessa forma, o Estado requerente ficará limitado a utilizar as informações para os objetivos expressos no pedido, não podendo alcançar fins e procedimentos diversos aos determinados na solicitação, salvo se houver consentimento do CADE[580].

---

[574] No que se refere ao caráter confidencial dos acordos de leniência, vide a seção 5.3.1, supra. Ademais, relembre-se que, caso aprovada, a comentada minuta de nova resolução que o CADE submeteu à consulta pública, em 7 de dezembro de 2016, representará mais um instrumento a regulamentar a confidencialidade (e os procedimentos de acesso) aos documentos e às informações oriundos de acordos de leniência, de TCCs e de ações judiciais de busca e apreensão.

[575] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 5.

[576] WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 181/182.

[577] RICADE:

Art. 11. (...)

§1° O disposto no inc. XIX pode-se aplicar às informações submetidas a sigilo, na forma da lei, desde que seja garantido o tratamento equivalente a tais informações pelo respectivo órgão ou entidade no exterior, bem como o uso conforme as demais condições estabelecidas pelo Presidente do Tribunal.

[578] A autora interpreta o RICADE em conjunto com a Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e seu regulamento (Decreto n.º 7.7224/2012), levando em conta, sobretudo, o art. 22 daquela lei e os arts. 5º, § 2º e 6º, I do seu regulamento. Para uma análise mais profunda sobre o tratamento de informações confidenciais pelo CADE, vide WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 34/38.

[579] RICADE:

Art. 11. (...)

§2° As informações submetidas a sigilo somente poderão ser tornadas públicas ou fornecidas a terceiros pelo respectivo órgão ou entidade no exterior quando houver autorização expressa do Cade nesse sentido.

[580] ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 139/140; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 183.

É igualmente possível haver a troca de informações sigilosas ou de acesso restrito caso o seu detentor renuncie à confidencialidade, autorizando sua divulgação à agência antitruste estrangeira. Esta é, aliás, forma bastante comum para o compartilhamento de dados sigilosos nos casos de cartéis internacionais em que há acordo de leniência. Consoante já aduzido, o denunciante deverá comunicar, em seu pedido, sobre outras propostas relativas à mesma prática que tenha apresentado em outras jurisdições, podendo outorgar um termo de renúncia (sobre aspectos formais ou materiais) para evitar a duplicação das informações que deverá produzir, bem como para atender aos interesses das autoridades antitruste em acelerar as investigações e coordenar os procedimentos em âmbito internacional. Todavia, mesmo quando há a dispensa da confidencialidade, é preciso que a Superintendência-Geral do CADE concorde com o compartilhamento, devendo analisar se este não compromete as investigações ou viola outro interesse nacional[581].

Por outro lado, quando o SBDC está no polo ativo da cooperação, o Plenário do Tribunal, seus Conselheiros e a Superintendência-Geral detêm atribuições para requisitar informações a agências estrangeiras, devendo, contudo, garantir o sigilo daquelas que lhes tenham sido transmitidas em caráter confidencial[582]. Portanto, aos dados sigilosos recebidos pelo CADE de autoridades estrangeiras devem ser conferidas as mesmas garantias aplicáveis à proteção das informações confidenciais em geral, acima comentadas[583].

Entretanto, em que pese a relevância das informações confidenciais, devido às grandes dificuldades impostas por cada jurisdição para o seu compartilhamento, na prática do CADE, a

---

[581] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 6; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, 2016. p. 31/32, 49/50.

[582] Lei n.º 12.529/2011:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.

Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

(...)

III - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias.

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

(...)

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções.

[583] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 5/6; WEBBER, Marianne Mendes. *op. cit.* p. 38.

cooperação internacional diz respeito, de modo geral, a dados não confidenciais, provenientes sobretudo das autoridades antitruste norte-americanas e europeias. Nesse sentido, por exemplo, no caso do cartel internacional das lisinas, o DOJ norte-americano forneceu à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) os registros do processo e todos os dados relevantes, os quais serviram de base para aquela emitir uma nota técnica recomendando à extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) medidas contra as empresas, no que resultou na instauração de processo administrativo para investigar a prática no Brasil. Além disso, a SDE e a SEAE trabalharam conjuntamente com o DOJ durante toda a investigação[584-585].

Da mesma maneira, no caso do cartel internacional de vitaminas[586], utilizou-se extenso material probatório compartilhado por autoridades estrangeiras, máxime dos Estados Unidos, da União Europeia e do Canadá, as quais auxiliaram o SBDC ao longo das investigações. Foi juntada aos autos cópia da decisão condenatória proferida pela Comissão Europeia, além de cópias de diversas transações penais realizadas pelo DOJ, nas quais as empresas reconheceram individualmente a culpa pela formação do conluio. Desse modo, os principais meios de prova utilizados foram as decisões condenatórias proferidas nos Estados Unidos e na União Europeia[587]. Como já aduzido, devido ao princípio do livre convencimento motivado, documentos produzidos em outras jurisdições podem ser livremente valorados pelas autoridades brasileiras, caso a caso, de sorte que são aptos a servir como fundamento para as decisões por elas tomadas[588].

Além do compartilhamento de informações, é também usual a troca de visões sobre o caso concreto e a realização de discussões sobre aspectos práticos das investigações, tais como as dificuldades enfrentadas e os meios para superá-las. Ademais, pode ocorrer, ainda, a coordenação das investigações, a qual, consoante já analisado, pode ter papel decisivo para que os indícios não sejam destruídos. Nesse sentido, o mencionado cartel internacional dos compressores foi o caso mais notável de coordenação de que o SBDC participou. Em fevereiro de 2009, a extinta SDE, a Polícia Federal e o Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartéis e à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GEDEC), órgão

---

584 Em 2012, contudo, o CADE determinou o arquivamento do processo, devido à ocorrência de prescrição intercorrente. Vide Processo administrativo n.º 08012.004897/2000-23 (cartel das lisinas).

585 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 313/315.

586 Processo administrativo n.º 08012.004599/1999-18 (cartel de vitaminas).

587 Vale mencionar que informações estrangeiras também podem ser obtidas diretamente através de veículos públicos, como os sítios web das agências, já que os dados aí contidos são considerados de domínio público, não havendo, em tais casos, contato entre as autoridades (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 5).

588 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 5/6; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 315/316.

do Ministério Público do Estado de São Paulo, deflagraram a chamada Operação Zero Grau contra o conluio no mercado de compressores. As investigações foram iniciadas no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia, a partir da celebração de acordos de leniência nos três ordenamentos. Os delatores assinaram um termo de renúncia de confidencialidade, permitindo às respectivas autoridades a troca de informações para organizar as investigações. Dessa forma, foi realizada uma operação de busca e apreensão conjunta e simultânea pelo Brasil, pelos Estados Unidos e pela União Europeia, que resultou em evidências apreendidas na Alemanha, no Brasil, na Dinamarca, nos Estados Unidos e na Itália. Tratou-se de uma parceria inédita entre as três jurisdições, sendo a primeira vez que o Brasil utilizou a cooperação internacional para a realização de buscas e apreensões coordenadas com outras agências antitruste. Tal exemplo demonstra que o SBDC tem alcançado um elevado nível de maturidade, com o consequente aprofundamento da cooperação internacional, o que tem contribuído decisivamente para o aperfeiçoamento do combate aos cartéis internacionais no país[589].

Cabe destacar, por fim, que uma das maiores dificuldades do CADE, no que se refere a casos de conluios transfronteiriços, diz respeito à notificação de representados (sobretudo pessoas físicas) residentes e domiciliados no estrangeiro, posto que tal procedimento, de modo geral, é bastante lento[590]. Essa complexidade decorre, dentre outros fatores, da dificuldade em se obter os endereços atualizados de pessoas naturais estrangeiras, da dependência da cooperação com autoridades alienígenas para a efetivação da notificação e dos entraves burocráticos e formalidades da utilização de cartas rogatórias, uma vez que o procedimento geralmente ocorre através de pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo DRCI[591]. Por tais razões, não é raro que os processos administrativos que envolvem cartéis internacionais sejam desmembrados, apartando-se em outros autos os representados cujas notificações no exterior não foram bem-sucedidas. Dessa forma, respeita-se os princípios da razoável duração e da eficácia do processo, não trazendo, por outro lado, qualquer prejuízo aos direitos e garantias

---

589 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 3; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit*. p. 317/318; ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *op. cit.* p. 232.

590 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 4.

591 RICADE:

Art. 149. A notificação inicial do representado conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida pela decisão e da representação, se for o caso, e será feita por uma das seguintes formas:

(...)

III - por mecanismos de cooperação internacional.

constitucionais dos demandados. O desmembramento dos processos por tal razão ocorreu, por exemplo, no caso do cartel dos compressores[592].

Foi para tentar solucionar ou, ao menos, atenuar tal dificuldade que o RICADE inovou ao prever a possibilidade de notificação postal direta de representados que residam no exterior, desde que o país estrangeiro aceite aquele procedimento[593]. Cabe frisar que a notificação é instrumento típico do processo administrativo, diferindo-se da citação, própria do processo judicial e regido por maior formalismo. Por outro lado, o exercício extraterritorial da regra de notificação postal direta não diz respeito às competências legislativas, normativas ou judiciais, mas, sim, à competência executiva ou administrativa do Estado. Assim sendo, não há se falar em criação de constrangimentos frente a outros países ou de conflitos de soberania quando a jurisdição estrangeira autoriza ou não proíbe aquela forma de notificação. Ressalta-se, nesse sentido, que vários ordenamentos aceitam como válidos, expressa ou tacitamente, os atos de notificação postal direta realizados por Estado estrangeiro, sendo esta uma prática internacional corrente. Indica-se, por exemplo, a sua previsão no art. 10, *a* da Convenção da Haia relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matérias Civil e Comercial, de 1965[594].

Sob esse prisma, se o CADE tiver conhecimento do local de residência do representado, bem como se a jurisdição estrangeira aceitar (expressa ou tacitamente) a notificação postal direta, a notificação internacional poderá ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio. Para ser válida, porém, ela deverá ser acompanhada de cópia do inteiro teor do despacho do Superintendente-Geral que determinou a instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida como motivação para a decisão, bem como as traduções dos respectivos documentos para o idioma do Estado de destino. Ademais, a notificação postal deverá ser executada através do Serviço Internacional de Correio Expresso (*International Express Mail Service* – EMS), mecanismo pertencente à União Postal Universal, com o uso de seu serviço de correio registrado (que corresponde ao aviso de recebimento em nome próprio, exigido no preceito legal)[595].

---

[592] Processo Administrativo n.º 08012.000820/200911 (já julgado) e Processo Administrativo n.º 08012.005069/201082 (ainda em curso).

[593] RICADE:

Art. 149. (...)

§2º No caso da notificação de representados que residam em países que aceitam a notificação postal direta, a notificação internacional poderá ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio.

[594] ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 141/143

[595] Idem. Ibidem. p. 143/144.

Todavia, apesar de se tratar de um procedimento de notificação muito mais célere e eficaz, ainda é preciso que a autoridade brasileira possua o endereço do representado, o que, como visto acima, é uma das grandes dificuldades enfrentadas na questão. Para superar tal obstáculo, a utilização da cooperação internacional poderá ser bastante útil, muito embora, não raro, as autoridades estrangeiras não se sintam confortáveis em fornecer tais informações, por elas serem vistas como dados privados[596].

Diante do exposto, fica evidente que o Brasil vem-se alinhando às práticas mais desenvolvidas em matéria de cooperação internacional antitruste, constando-se grandes avanços nos últimos anos. Muito embora ainda haja vários desafios a serem vencidos[597], o SBDC se mostra cada vez mais capacitado para combater cartéis internacionais, o que tem-se refletido no número crescente de processos instaurados e decisões condenatórias proferidas recentemente.

[596] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. p. 5.
[597] Muitos de tais desafios decorrem da própria cooperação internacional de um modo geral, não sendo, pois, um problema exclusivo do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho examinou os efeitos dos cartéis transfronteiriços sobre o Direito da Concorrência, através da análise dos desafios e perspectivas para o antitruste internacionalizar-se. Desde o início, ficou evidente a insuficiência daquele ramo do direito, ao menos na fórmula criada há mais de um século, para combater os aludidos conluios. Afinal, os cartéis internacionais ultrapassam as fronteiras de um único território, restringindo a concorrência de diversos países.

Apesar de os Estados estenderem extraterritorialmente sua jurisdição para alcançar tais comportamentos, na prática, inúmeros são os problemas que as autoridades precisam enfrentar ao lidar com os cartéis internacionais. Tais dificuldades decorrem não apenas da própria natureza desses ilícitos, os quais envolvem empresas e pessoas físicas (e, em consequência, evidências) dispersas em variados ordenamentos, mas também do fato de muitos países investigarem e julgarem a mesma prática.

Em relação ao primeiro desafio analisado, referente à definição dos efeitos para fins de aplicação extraterritorial do antitruste, foi visto não haver uniformidade e certeza jurídica nem mesmo dentro de um único sistema. Ora, embora a maioria dos Estados prevejam a teoria dos efeitos, eles não estabelecem com precisão os termos nos quais ela deve ser compreendida.

Nesse sentido, foi demonstrado que a questão é bastante complexa nos Estados Unidos, berço da teoria dos efeitos. Ao longo dos anos, foram sendo desenvolvidas várias técnicas para tornar a conceituação dos efeitos mais objetiva, como, por exemplo, o teste dos efeitos e a doutrina da cortesia e a regra jurisdicional da razão. O próprio *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA), instituído com o fito de conferir maior rigor à questão, teve resultado reverso, provocando ainda mais discussões. Na prática, cabe aos tribunais a interpretação da teoria dos efeitos e da aplicação extraterritorial do *Sherman Act*, não havendo grande segurança jurídica para os atores econômicos de quando a jurisdição norte-americana será capaz de alcançar cartéis operados no estrangeiro.

No Brasil, por sua vez, a teoria dos efeitos é prevista no art. 2º da Lei n.º 12.529/2011. Tal dispositivo, entretanto, só afirma ser aplicável o Direito Antitruste pátrio às práticas anticoncorrenciais estrangeiras que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional, não sendo qualificados quais efeitos são suficientes para justificar a extensão da jurisdição brasileira. Assim, também no Brasil, coube à jurisprudência delimitar a teoria dos efeitos, determinando os parâmetros dentro dos quais a extraterritorialidade do antitruste nacional deve-se pautar. Em que pese a competência concorrente do Poder Judiciário para tratar do tema,

apenas o CADE tem atuado nesse sentido. Alguns casos relevantes, como os dos cartéis de vitaminas, de mangueiras marítimas, dos compressores e de memória DRAM, permitiram que a autarquia avançasse no assunto, demarcando com mais precisão o que deve ser considerado efeitos. Contudo, muitas questões ainda permanecem em aberto, de sorte que o CADE deverá continuar a se aprofundar no tema. Nesse sentido, seria bastante benéfica a edição de um documento consolidando as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados na matéria, para nortear a sociedade no que tange à aplicação da teoria dos efeitos.

O segundo desafio examinado disse respeito ao uso de programas de leniência, principais instrumentos para o combate aos cartéis, em conluios internacionais. Embora a expansão por todo o mundo dos referidos programas seja benéfica para um *enforcement* mais eficaz, tal fato adicionou um elemento complicador aos casos que envolvem múltiplas jurisdições. A própria decisão em propor a leniência se tornou mais complexa, não só por o agente ter de fazer uma ponderação entre os custos e benefícios levando em conta os vários sistemas antitruste do mundo, mas também pelo fato de precisar lidar com regras e cronogramas próprios, por vezes incompatíveis. Ademais, o tempo torna-se um fator ainda mais decisivo, o denunciante precisando atuar o mais rápido e coordenadamente possível para vencer a corrida global pelos *markers*. Outro elemento a ser avaliado relaciona-se à garantia de confidencialidade conferida por cada autoridade. Em casos multijurisdicionais, assegurar o sigilo das informações fornecidas pelo delator torna-se mais difícil, sobretudo quando se leva em consideração o *enforcement* privado e as agências ainda sem grande experiência na matéria. Conforme foi visto, a proteção da confidencialidade é um dos principais incentivos para a propositura de acordos de leniência, sendo indispensável que os sistemas sejam aperfeiçoados nesse sentido.

Embora alguns desses problemas sejam eliminados ou, ao menos, atenuados pela crescente convergência nas regras que regem os variados programas de leniência, apenas uma solução mais complexa, como a instituição de um guichê mundial único para *markers*, seria capaz de conformar os referidos programas ao contexto dos cartéis internacionais. Tal proposta visa a instituir um mecanismo que garanta ao demandante da leniência o primeiro lugar na fila nas diversas jurisdições, de modo semelhante a um sistema já existente na OMPI em relação a pedidos de patentes. Apesar de tal expediente ser plenamente exequível, não importando sacrifício da soberania dos Estados, e em que pese todos os benefícios que traria, ainda são numerosos os obstáculos que precisam ser transpostos para ele vir a ser implementado. Até lá, a harmonização dos direitos nacionais e a cooperação entre as agências antitruste mostram-se, ainda, a solução mais eficaz.

Por fim, o terceiro desafio estudado tratou da fixação das sanções aos cartéis internacionais. Como foi visto, a questão das penas é complexa já no que se refere aos cartéis domésticos, não havendo consenso sobre a fórmula para se determinar as sanções tidas por ótimas. Em casos de cartéis internacionais, que produzem efeitos em vários países e são examinados por muitos deles, a dificuldade é ainda maior. As legislações nacionais não costumam prever critérios específicos para tais hipóteses, as sanções sendo definidas tal qual ocorre em casos de cartéis nacionais. Dessa forma, de modo geral, as penas são cominadas com base unicamente nos danos domésticos, isto é, nos efeitos produzidos no território nacional, evitando-se adentrar na jurisdição alheia.

Consoante foi observado, apesar de ter havido um incremento das multas e do número de ordenamentos que julgam cartéis internacionais, o sistema ainda é pouco dissuasivo. É que a dissuasão ótima requer a ação de todos os países afetados pelo conluio, o que ainda é bastante distante da realidade. Ademais, no nível interno, os parâmetros para os cálculos das sanções não refletem com acurácia os danos causados, ficando demasiado aquém do valor que seria necessário para desestimular futuras práticas. Além disso, as multas ainda são as principais penalidades, fazendo-se necessário combinar aquelas com outras formas de sanções, como penas privativas de liberdade. Some-se, ainda, o fato de o *enforcement* privado só ser plenamente operativo em um número restrito de jurisdições. Todos esses elementos precisam ser aperfeiçoados em cada Estado para que a atuação conjunta destes seja capaz de combater, de modo eficaz, os cartéis internacionais.

No fundo, ficou claro inexistir uma fórmula mágica, preestabelecida, que possa ser utilizada de forma mecânica pelas autoridades. Ao revés, é preciso que estas, levando em conta os critérios estabelecidos pelas legislações, façam uma análise do caso concreto, examinando quais são as sanções e o grau de cada uma delas que serão mais adequados e efetivos para a hipótese específica. A cooperação internacional muito auxiliará nesse sentido, uma vez que as agências antitruste poderão coordenar suas atividades, compartilhando experiências e buscando solucionar problemas em conjunto. Nesse contexto, apesar de o princípio do *ne bis in idem* não se mostrar perfeitamente aplicável para os casos de cartéis julgados por múltiplas jurisdições, estas podem, sim, levar em consideração as sanções impostas por outros países como mais um dos elementos a serem empregados no exame que deverá ser feito em cada caso.

Sob esse prisma, ficou bastante clara, no estudo, a inexistência de um verdadeiro direito internacional da concorrência, o que seria a solução ideal para lidar com todos os problemas analisados. Entretanto, a internacionalização dos direitos antitruste nacionais, nomeadamente através da cooperação internacional entre as autoridades de defesa da concorrência, fundada na

soft law, mostra-se apta a combater grande parte das dificuldades envoltas no combate aos cartéis internacionais.

No âmbito multilateral e regional, as agências buscam promover uma convergência das leis antitruste e de sua aplicação por meio do desenvolvimento de uma cultura internacional da concorrência. Ademais, tais foros funcionam como plataformas para o incentivo à cooperação bilateral, que é o meio mais usual pelo qual os Estados se auxiliam mutuamente para o combate a cartéis internacionais. Afinal, pelo fato de as evidências estarem dispersas por vários ordenamentos, a cooperação para a obtenção e a troca de informações em outras jurisdições se revela indispensável para que as agências possam, de fato, obter sucesso nas investigações.

Nesse contexto, foi demonstrado que o Brasil vem-se sofisticando na persecução a cartéis internacionais, a cooperação com outras autoridades antitruste começando a ser cada vez mais desenvolvida. Merece destaque as investigações no caso do cartel dos compressores, em que, pela primeira vez, o SBDC coordenou suas atividades com agências estrangeiras (da União Europeia e dos Estados Unidos), realizando uma operação de busca e apreensão conjunta e simultânea com aquelas.

Entretanto, a cooperação internacional possui suas limitações, sobretudo em decorrência de seu caráter voluntário e do fato de ainda ser utilizada por poucos países, nomeadamente os desenvolvidos e emergentes. Ademais, a restrição da cooperação no que diz respeito às informações confidenciais também enfraquece a eficiência dos procedimentos, em especial nos casos de cartéis internacionais em que não há acordos de leniência.

Apesar disso, os países vêm superando desafios, tendo conseguido aperfeiçoar o combate aos conluios transfronteiriços. Nesse sentido, a tendência é que a persecução aos cartéis internacionais seja cada vez mais intensa, o que deverá ocorrer em paralelo a uma convergência crescente entre os direitos nacionais e a um estreitamento dos laços entre as várias autoridades antitruste do mundo. Para isso, é fundamental continuar a se empenhar para a internacionalização do Direito da Concorrência, única forma capaz de superar os diversos desafios que ainda muito limitam o *enforcement* antitruste.

REFERÊNCIAS

ABDELGAWAD, Walid. *Jalons de l'Internationalisation du Droit de la Concurrence: vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la lex economica*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XV, 2, 2001. p. 161/196.

ADAMS, Walter; BROCK, James. *The Political Economy of Antitrust Exemptions.* Washburn Law Journal, Vol. 29, No. 2, Winter 1990. p. 215/237.

ADOLPHSEN, Jens. *The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the Effects Doctrine*. Journal of Private International Law, Vol. 1, No. 1, April 2005. p. 151/183.

ALFORD, Roger. *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*. Virginia Journal of International Law, Vol. 33, No. 1, Fall 1992. p. 1/50.

ANDREFF, Wladimir. *La Déterritorialisation des Multi-Nationales: Firmes Globales et Firmes-Réseaux.* Cultures & Conflits. n.º 21-22 (printemps-été), 1996. p. 3. Disponível em: <http://conflits.revues.org/159>. Acesso em: 14/04/2016.

ARANOVICH, Tatiana de Campos. *Inovações na Cooperação Jurídica Internacional para o CADE*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, nº 1, Maio 2013. p. 124/148.

ARAÚJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições*. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). Temas atuais de direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012. p. 223/242.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Éric; DEBLOCK, Christian. *Intégration ou interconnexion ?*. Revue Interventions Économiques [on-line], Vol. 55, 2016. p. 1/38. Disponível em: <http://interventionseconomiques.revues.org/2895>. Acesso em: 10/12/2016.

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *A Florescência da Cooperação Jurídica Internacional no Combate aos Cartéis Transfronteiriços: a Experiência Brasileira e Reflexões para seu Aperfeiçoamento.* 2013. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13022014-160855/pt-br.php>. Acesso em: 24/07/2016.

ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *A Glimpse into Brazil's Experience in International Cartel Investigations: Legal Framework, Investigatory powers and Recent Developments in Leniency and Settlements Policy*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 3, 2016. p. 1/8.

AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William. *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*. International Journal of Industrial Organization, Vol.24, Iss. 6, 2006. p. 1241/1266.

BAER, William; FRAZER, Tim; GYSELEN, Luc. *International Leniency Regimes: New Developments and Strategic Implications*. In HANCOCK, William (ed.). Corporate Counsel's International Adviser. Chesterland, Ohio : Business Laws, 2005. p. 246-02/246-10.

BAIRD, Bruce; HULL, David; ROSENBAUM, Steven. *Corporate Leniency Applications*. The Antitrust Review of the Americas, January 2004. p. 20/23.

BALDWIN, Richard; MARTIN, Philippe. *Two Waves of Globalisation: Superficial Similarities, Fundamental Differences.* In SIEBERT, Horst (org.). Globalisation and Labour. Tübingen: J. C. B. Mohr for Kiel Institute of World Economics, 1999. p. 3/59.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BASEDOW, Jürgen. *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*. Louisiana Law Review, Vol. 60, No. 4, Summer 2000. p. 1037/1052.

BAUER, Joseph. *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Do We Really Want to Return to American Banana?*. Maine Law Review, Vol 65, No. 1, 2012. p. 4/26.

BEAUD, Michel. *Histoire du Capitalisme: 1500-2010.* Paris: Éditions du Seuil, 2010.

BENGTSSON, Maria; KOCK, Sören. *"Coopetition" in Business Networks – to Cooperate and Compete Simultaneously.* Industrial Marketing Management, Vol. 29, Issue 5, September 2000. p. 411/426.

BENSON, Stuart. *Code on Restrictive Business Practices: an International Antitrust Code is Born.* The American University Law Review, Vol. 30, Iss. 4, 1981. p. 1031/1048.

BIGONI, Maria; FRIDOLFSSON, Sven-Olof; LE COQ, Chloé; SPAGNOLO, Giancarlo. *Trust, Leniency, and Deterrence.* The Journal of Law, Economics, and Organization, Vol. 31, No. 4, 2015. p. 663/689.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, n.º 13, março/maio de 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf >. Último acesso em: 02/12/2016.

BLAIR, Rober; DURRANCE, Christine Piette. *Antitrust Sanctions: Detterence and (Possibly) Overdeterrence.* The Antitrust Bulletin, Vol. 53, No. 3, Fall 2008. p. 643/661.

BORRELL, Joan-Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luis; GARCÍA, Carmen. *Evaluating Antitrust Leniency Programs*. Journal of Competition Law and Economics, Vol. 10, Iss. 1, 2014. p. 107/136.

BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. Competition Law Review, Vol. 5, Iss. 2, July 2009. p. 153/178.

_____. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur.* Trabalho apresentado no IX Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) – Revisiting Regionalism, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 2011 na Universidade de St. Gallen. Disponível em: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09801a05.pdf>. Último acesso em: 06/08/2015.

BRADFORD, Anu. *International Antitrust Cooperation and the Preference for Nonbinding Regimes*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 319/343.

_____; BÜTHE, Tim. *Competition policy and free trade: Antitrust provisions in PTAs*. In DÜR, Andreas; ELSIG, Manfred (ed.). Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 246/274.

BRANDENBURGER, Rachel. *International Competition Policy and Practice: New Perspectives?*. Discurso proferido pela Special Advisor, International, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no Centre of European Law, King's College, Londres, em 29 de outubro de 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/international-competition-policy-and-practice-new-perspectives>. Acesso em: 07/12/2016.

BRODER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a Practice Introduction*. New York: Oxford University Press, 2010.

BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. *Understanding International Relations.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2005.

BUCKLEY, Peter. *The Changing Global Context of International Business.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2003.

CAMPBELL, Neil; HALLADAY, Casey. *A New Era for Canadian Cartel Enforcement.* The 2011 Lexpert/American Lawyer Guide to the Leading 500 Lawyers in Canada. Disponível em: <http://www.mcmillan.ca/Files/116287_A_New_Era_for_Canadian_Cartel_Enforcement.pd> . Acesso em: 22/07/2016.

CANENBLEY, Cornelis; STEINVORTH, Till. *Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?* Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 2, No. 4, 2011. p. 315/326.

CAPOBIANCO, Antonio; DAVIES, John; ENNIS, Sean. *Implications of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Cooperation in Merger and Cartel Enforcement.* E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/implications-of-globalisation-for-competition-policy-the-need-for-international-cooperation-in-merger-and-cartel-enforcement/>. Acesso em: 04/12/2016.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; ARRILLAGA, María Pilar Canedo. *Non bis in idem en Derecho Antitrust*. Estudios de Deusto, Vol 54, Núm. 1, 2006. p. 11/39.

CARMELIET, Tine. *How Lenient is the European Leniency System? An Overview of Current (Dis)Incentives to Blow the Whistle*. Jura Falconis, Vol. 48, No. 3, 2011-2012. p. 463/512.

CARUSO, Antonio. *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 1, No. 6, 2010. p. 453/477.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito Antitruste e Relações Internacionais: Extraterritorialidade e Cooperação.* Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, Vinícius Marques de; LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. *A Nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: Comentários sob uma Perspectiva Histórico-Institucional*. In Publicações da Escola da AGU – A Nova Lei do CADE, ano IV, n.º 19, julho de 2012. p. 7/34.

_____; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 Anos.* Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

_____; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 97/103.

CATÓN, Pablo González de Zárate. *Disclosure of Leniency Materials: A Bridge between Public and Private Enforcement of Antitrust*. Research Paper in Law No. 08/2013, European Legal Studies, College of Europe, 2013. Disponível em: <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_8_2013_gonzalezdezaratecaton.pdf>. Acesso em: 25/09/2016.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CENTELLA, María Luisa Tierno. *EU Cartel Enforcement in the International Context*. Discurso proferido pela Directorate-General for Competition, European Commission, no 7th Annual Chicago Forum on International Antitrust Issues, realizado em Chicago, entre 16 e 17 de junho de 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_07_en.pdf>. Acesso em: 07/12/2016.

CHEN, Zhijun. *Cartel Organization and Antitrust Enforcement*. Working Paper No. 08-21, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2008. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-21.pdf>. Acesso em: 31/07/2016.

_____; Rey, Patrick. *On the Design of Leniency Programs.* Working Paper No. 08-18, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2007. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-18.pdf>. Acesso em: 10/09/2016.

COMBE, Emmanuel. *Quelles Sanctions contre les Cartels? Une Perspective Économique*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XX, 1, 2006. p. 11/46.

_____; MONNIER, Constance. *Cartels in Europe: Main Features.* Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 2, May 2010. p. 23/31.

_____; MONNIER, Constance. *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*. The Antitrust Bulletin, Vol. 56, No. 2, Summer 2012. p. 235/275.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. Revista dos Tribunais/Fascículo Civil, São Paulo, ano 85, v. 732, out. 1996. p. 38/46.

CONNOR, John M. *Private International Cartels: A Concise Introduction.* Purdue University Working Paper, American Antitrust Institute (AAI). November 12, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2523883>. Acesso em: 12/07/2016.

_____. *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*. SSRN Working Paper, May 20, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285469>. Acesso em: 09/09/2016.

_____. *Extraterritoriality of the Sherman Act and Deterrence of Private International Cartels*. The Purdue University Department of Agricultural Economics Working Paper No. 04-08, April 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=611948>. Acesso em: 09/11/2016.

_____. *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels.* Journal of Industry, Competition and Trade, Vol. 4, Iss. 3, 2004. p. 239/267.

_____. *International Price Fixing: Ressurgence and Deterrence.* Paper apresentado no American Agricultural Law Association Annual Meeting, realizado em Indianápolis, em 26 de outubro de 2002, e no Pardue University Seminar, realizado em 18 de setembro de 2002. Disponível em: <https://www.aae.wisc.edu/fsrg/publications/conference/conner.pdf>. Acesso em: 24/10/2016.

_____. *Optimal Deterrence and Private International Cartels*. Paper apresentado na 4th International Industrial Organization Conference, realizada em Savannah, Georgia, em abril de 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/soL3/papers.cfm?abstract_id=787927>. Acesso em: 07/11/2016.

_____. *Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show?* The American Antitrust Institute Working Paper No. 12-03, October 2012. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/WorkingPaperNo12-03.pdf>. Acesso em 26/07/2016.

_____. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013.* SSRN Working Paper, August 9, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478271>. Acesso em: 26/07/2016.

_____. *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*. SSRN Working Paper, January 6, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abs

tract_id=2711972>. Acesso em: 04/08/2016.

_____; HELMERS, Gustav. *Statistics on Modern Private International Cartels, 1990–2005*. The American Antitrust Institute Working Paper No. 07-01, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039>. Acesso em: 29/07/2016.

_____; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*. Cardozo Law Review, Vol. 34, No. 2, 2012. p. 427/490.

_____; LANDE, Robert. *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines*. Tulane Law Review, Vol. 80, 2005. p. 513/570.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico.* São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ e CREUZ, Luís Rodolfo. *Defesa da Concorrência no Mercosul: sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito.* São Paulo: Almedina, 2013.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia.* Barueri: Manole, 2003.

DABBAH, Maher. *Future Directions in Bilateral Cooperation: A Policy Perspective*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 287/299.

_____. *The Internationalisation of Antitrust Policy.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *The Internationalisation of Competition Law and Multinational Enterprises (MNEs) as Non-State Actors in the Process.* Non-State Actors and International Law, Vol. 3, No. 2, 2003. p. 201/213.

DAGNINO, Giovanni Battista; LE ROY, Frédéric; YAMI, Saïd. *La Dynamique des stratégies de coopétition.* Revue Française de Gestion, Vol. 33, nº 176, 2007. p. 87/98.

DAM, Kenneth. *Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case*. The Supreme Court Review, Vol. 1993, 1993. p. 289/328.

DAS, Dilip. *Financial Globalization – Growth, Integration, Innovation and Crisis.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2010.

_____. *The Economic Dimensions of Globalization.* Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2004.

_____. *Two Faces of Globalization – Munificent and Malevolent.* Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2009.

DEBLOCK, Christian. *Du Plein Emploi à la Compétitivité.* In CRÉPEAU, François (dir.). *Mondialisation des Échanges et Fonctions de l'État.* Bruxelles: Bruylant, 1997. p. 63/122.

_____. *Le régionalisme commercial. Y a-t-il encore un pilote dans l'avion ?*. Revue Interventions Économiques [on-line], Vol. 55, 2016. p. 1/38. Disponível em: <http://interventionseconomiques.revues.org/2882>. Acesso em: 10/12/2016.

DEBROUX, Michel. *L'"Imprévisibilité Transparente" : la Politique de Sanction de la Commission en Matière de Cartels*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, nº 4, 2006. p. 46-55.

DESBROSSE, Pierre. *Les Programmes de Clémence à l'Épreuve de la Globalisation des Marchés*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXIV, 2, 2010. p. 211/240.

DIAWARA, Karounga. *Droit de la concurrence : Aspects théoriques et appliqués.* Montréal: Éditions Yvon Blais, 2015.

DIBADJ, Reza. *Conscious Parallelism Revisited*. San Diego Law Review, Vol. 47, August 2010. p. 589/640.

DIHN, Ngyuen Quoc. *Droit International Public.* 8ª ed. (atualizada por Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet). Paris: LGDJ, 2009.

DJELIC, Marie-Laure. *From Local Legislation to Global Structuring Frame: the Story of Antitrust.* Global Social Policy, Vol. 5, No 1, April 2005. p. 55/76.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *A OCDE e seu Papel na Promoção Internacional do Direito da Concorrência.* In MENEZES, Wagner (coord.) Estudos de Direito Internacional. Vol. X. Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436/444.

_____. *Defesa da Concorrência e Comércio Internacional no Contexto do Desenvolvimento: os Cartéis de Exportação como Isenção Antitruste*. 2010. 305 f. Tese de Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153268.pdf>. Acesso em: 24/07/2016.

DRESNICK, Jordan; PIRO, Kimberley; ENCINOSA, Israel. *The United States as Global Cop: Defining the 'Substantial Effects' Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad*. University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 40, No. 3, 2009. p. 453/493.

DUBOIS, Rene. *Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide*. New York Law School Law Review, Vol. 58, No. 3, 2013/2014. p. 707/739.

DUNNING, John. *Globalization and the Theory of MNE Activity.* In DUNNING, John (org.). Theories and Paradigms of International Business Activity – The Selected Essays of John H. Dunning, Volume I. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2002. p. 381/407.

_____. *Regions, Globalization and the Knowledge Economy: the Issues Stated.* In DUNNING, John (org.). Regions, Globalization, and the Knowledge-Based Economy. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 7/41.

_____; LUNDAN, Sarianna. *Multinational Enterprises and the Global Economy.* Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. *Extraterritorialidade e Proteção da Livre-Concorrência.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 96, 2001. p. 501/519.

EVENETT, Simon. *What can We Really Learn from the Competition Provisions of RTAs?* In BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana María; CERNAT, Lucian (org.). Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. New York/Geneva: United Nations Publications, 2005. p. 37/63.

_____; LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s.* The World Economy, Vol. 24, Iss. 9, September 2001. p. 1221-1245.

EZRACHI, Ariel; KINDL, Jiří. *Cartels as Criminal? The Long Road from Unilateral Enforcement to International Consensus.* In BEATON-WELLS, Caron; EZRACHI, Ariel (org.). Criminalising Cartels - Critical Studies of an International Regulatory Movement. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011. p. 419/434.

_____; STUCKE, Maurice. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, May 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874>. Acesso em: 17/09/2016.

FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990. p. 19/46.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2004.

FEESS, Eberhard; WALZL, Markus. *Quid-Pro-Quo or Winner-Takes-It-All? An Analysis of Corporate Leniency Programs and Lessons to Learn for US and EU Policies*. Research Memorandum No. 59, Maastricht University School of Business and Economics, 1 January 2005. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1144059/guid-89205720-706f-4ddb-89a8-3aa1e71508f8-ASSET1.0>. Acesso em: 11/09/2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito da Concorrência e Enforcement Privado na Legislação Brasileira*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, n° 2, novembro 2013. p. 11/31.

FIEBIG, Andre. *Import Commerce and the Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 35, No. 2, 2015. p. 1A-11A.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Considerações sobre a Aplicação do Princípio do ne bis in idem em Casos de Cartéis Internacionais no Brasil.* In Ideias em Competição – 5 Anos do Prêmio IBRAC-TIM 2010-2014. São Paulo: Singular, 2015. p. 147/184.

FINDLAY, Ronald; O'ROURKE, Kevin. *Power and Plenty – Trade, War and the World Economy in the Second Millennium.* Princeton: Princeton University Press, 2007.

FIRST, Harry. *The Case for Antitrust Civil Penalties*. Antitrust Law Journal, Vol. 76, Iss. 1, 2009. p. 127/166.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOX, Eleanor. *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 265/285.

_____. *Can We Solve the Antitrust Problems of Globalization by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy*. The Antitrust Bulletin, Vol. 48, No. 2, Summer 2008. p. 355/376.

_____. *Competition Law: Linking the World*. In BERMANN, George; HERDEGEN, Matthias; LINDSETH, Peter (ed.). Transatlantic Regulatory Cooperation: Legal Problems and Political Prospects. New York: Oxford University Press, 2000. p. 243/252.

_____. *Competition, Development and Regional Integration: in Search of a Competition Law Fit for Developing Countries.* Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 11-04. NYU Center for Law, Economics and Organization, New York University School of Law. October 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619>. Acesso em: 10/12/2016.

_____. *International Antitrust and the Doha Dome.* Virginia Journal of International Law. v. 43, Iss. 4, 2003. p. 911/932.

_____; ARENA, Amedeo. *The International Institutions of Competition Law: The Systems' Norms*. In Fox, Eleanor; TREBILCOCK, Michael. The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 444/488.

FURTADO, Celso. *A Crise da Economia Capitalista.* Revista de Economia Política, vol. 3, n.º 2, abril-junho, 1983. p. 5/13.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste.* São Paulo: Saraiva, 2016.

GAL, Michal. *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance*. Virginia Journal of International Law, Vol. 51, No. 1, 2010. p. 57/94.

GAUER, Céline; JASPERS, Maria. *Designing a European Solution for a "One-stop Leniency Shop".* European Competition Law Review, No. 27, Iss. 12, 2006. p. 685/692.

GERADIN, Damien; REYSEN, Marc; HENRY, David. *Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 21/44.

GERBER, David. *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GILPIN, Robert. *Global Political Economy – Understanding the International Economic Order*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2001.

_____. *The Challenge of Global Capitalism: The World Economy in the 21st Century.* Princeton; Chichester: Princeton University Press, 2000.

GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *Antitrust Sanctions*. Competition Policy International Journal, Vol. 6, No. 2, Autumn 2010. p. 3/9.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito per se nos Estados Unidos e na União Europeia*. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010. p. 405/428.

GONÇALVES, Reinaldo. *O Nó Econômico.* Rio de Janeiro: Record, 2002.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência.* Coimbra: Almedina, 2010.

GREENFIELD, Leon; CHERRY, Steven; LANGE, Perry; STANLEY, Jacquelyn. *Foreign Component Cartels and the U.S. Antitrust Laws: a First Principle Approach*. Antitrust, Vol. 29, No. 2, Spring 2015. p. 18/27.

GRIFFIN, James. *An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels*. U.S. Department of Justice, Remarks before the American Bar Association Section of Antitrust Law 48th Annual Spring Meeting. Washington, D.C., April 6, 2000. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/spech/inside-look-cartel-work-common-characteristics-international-cartels>. Acesso em: 31/07/2016.

GRIFFITHS, Martin; O'CALLAGHAN, Terry. *International Relations: The Key Concepts.* London; New York: Routledge, 2002.

GRINBERG, Mauro; LORENZETTI, Marcela Abras. *Cartel Punishment In Brazil: Facts And Trends*. In ZARZUR, Cristianne; KATONA, Krisztian; VILLELA, Mariana (ed.). Overview of Competition Law in Brazil. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 275/284.

GUIMARÃES, Marcelo Cesar. *Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 1, 2016. p. 237/278.

GUZMAN, Andrew. *Antitrust and International Regulatory Federalism*. New York University Law Review, Vol. 76, No. 4, 2001. p. 1142/1163.

_____. *Competition Law and Cooperation: Possible Strategies*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 345/362.

HAMMOND, Scott. *Charting New Waters in International Cartel Prosecutions.* Discurso proferido pelo Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no The Twentieth Annual National Institute on White

Collar Crime, realizado em São Francisco, Califórnia, no dia 2 de março de 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518446/download>. Acesso em: 06/11/2016.

_____. *Cornerstones of an Effective Leniency Program.* Discurso proferido pelo Director of Criminal Enforcement, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, no ICN Workshop on Leniency Programs, realizado em Sydney, Austrália, entre os dias 22 e 23 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective -leniency-program >. Acesso em: 10/09/2016.

_____. *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: a Good Deal with Benefits for All*. OECD Competition Committee Working Party No. 3. Paris, October 17, 2006. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/us-model-negotiated-plea-agreements-go od-deal-benefits-all>. Acesso em: 11/09/2016.

_____; BARNETT, Belinda. *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters.* U.S. Department of Justice, November 19, 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 11/09/2016.

HARDING, Christopher; JOSHUA, Julian. *Regulating Cartels in Europe*. New York: Oxford University Press, 2010.

HARRINGTON JR, Joseph; CHANG, Myong-Hun. *When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels?* Journal of Law and Economics, Vol. 58, No. 2, May 2015. p. 417/449.

HEINEMANN, Andreas. *La Nécessité d'un Droit Mondial de la Concurrence.* Revue Internationale de Droit Économique, t. XVIII, 3, 2004. p. 293/324.

HIDOT, Hélène. *Critère de l'Application Extraterritoriale en Droit des Ententes*. 63 f. Dissertação de Mestrado em Direito Europeu dos Negócios – Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2010. Disponível: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/d470630b-6f53-41e9-8574-014417f075b1>. Acesso em 29/08/2016.

HINLOOPEN, Jeroen; SOETEVENT, Adriaan. *Laboratory Evidence on the Effectiveness of Corporate Leniency Programs*. The RAND Journal of Economics, Vol. 39, Iss. 2, 2008. p. 607/616.

HOLLMAN, Hugh; KOVACIC, William. *The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role*. Minnesota Journal of International Law, Vol. 20, Iss. 2, 2011. p. 274/323.

HOLZHÄUSER, Michael. *Fishing for the Smoking Gun – The Shift from Dawn Raids to E-Raids and the Use of Forensic IT Tools in Cartel Investigations.* Business Law Magazine, No. 1, June 26, 2014. p. 25/29. Disponível em: <http://www.businesslaw-magazine.com/2015/03/3 0/fishing-for-the-smoking-gun>. Acesso em: 01/08/2016.

HUMBERT, Marc. *Strategic Industrial Policies in a Global Industrial System.* Review of International Political Economy, Vol. I, No. 3, Autumn, 1994. p. 445/463.

HYLTON, Keith. *Deterrence and Antitrust Punishment: Firms Versus Agents*. Iowa Law Review, Vol 100, Iss. 5, May 2015. p. 2069/2083

ITALIANER, Alexandre. *Zero Tolerance for International Cartels.* Discurso proferido pelo Diretor Geral da DG Concorrência/Comissão Europeia, no ICN Cartel Workshop, realizado em Bruges, Bélgica, entre os dias 10 e 13 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_11_en.pdf>. Acesso em: 01/08/2016.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul.* 2005. 620 f. Tese de Doutorado em Direito Comunitário – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5525/000471918.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10/12/2016.

_____. *Direito Internacional da Concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais.* Curitiba: Juruá, 2008.

JENNY, Frederic. *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective.* Antitrust Bulletin, Vol. 48, No. 4, 2003. p. 973/1003.

KESKIN, Ali Cenk. *Pour un Nouveau Droit International de la Concurrence.* Paris: l'Harmattan, 2009.

KHATERCHI, Abir. *La Délocalisation des Entreprises et ses Effets sur l'Emploi dans les Pays Industrialisés: Cas de l'Industrie du Vêtement au Québec.* 137 f. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2009. Disponível em: <http://www.archipel.uqam.ca/2486/1/M11135.pdf>. Acesso em 14/01/2016.

KLEIN, Joel. *The War against International Cartels: Lessons from the Battlefront.* U.S. Department of Justice, Speech presented at the Fordham Corporate Law Institute 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. New York, October 14, 1999. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront> . Acesso em: 04/08/2016.

KOJIMA, Takaaki. *International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy*. Fellowship paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-2002. Disponível em: <http://programs.wcfia.harvard.edu/fellows/files/kojima.pdf>. Acesso em: 05/09/2016.

KOMURO, Norio. *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*. Journal of World Trade, Vol. 32, Iss. 5, 1998. p. 161/217.

KOVACIC, William; MARSHALL, Robert; MARX, Leslie; WHITE, Halbert. *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. Michigan Law Review, Vol. 110, Iss. 3, 2011. p. 393/436.

_____; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking.* Journal of Economic Perspectives, Vol. 14, No. 1, Winter 2000. p. 43/60.

LACERDA, João Felipe Aranha. *The Leniency Programs and the Creation of a One-Stop Shop for Markers.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº 2, novembro 2014. p. 64/75.

LANDE, Robert; DAVIS, Joshua. *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*. Brigham Young University Law Review, Vol. 2011, Iss. 2, 2011. p. 315/389.

_____; MARVEL, Howard. *The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules. W*isconsin Law Review, Vol. 2000, Iss. 5, 2000. p. 941/999.

LANDES, William. *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*. University of Chicago Law Review, Vol 50, Iss. 2, 1983. p. 652/678.

LAPRÉVOTE, François-Charles; FRISCH, Sven; CAN, Burcu. *Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD); World Economic Forum, 2015. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/competition-policy-within-the-context-of-free-trade-agreements/>. Acesso em: 10/12/2016.

LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*. Iowa Law Review, Vol. 93, No 4, May 2008. p. 1207/1270.

LESLIE, Christopher. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. The Journal of Corporation Law, Vol. 31, No. 2, Winter 2006. p. 453/488.

LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie. *Breaking Up Is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration*. The Journal of Law and Economics, Vol. 54, No. 2, May 2011. p. 455/492.

_____; SUSLOW, Valerie. *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy.* Antitrust Law Journal, Vol. 71, Iss. 3, 2004. p. 801/852.

_____; SUSLOW, Valerie. *International Cartels*. In COLLINS, Wayne Dale (ed.). Issues in Competition Law and Policy, Vol. II. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, 2008. p. 1107/1126.

_____; SUSLOW, Valerie. *The Changing International Status of Export Cartel Exemptions*. American University International Law Review, Vol. 20, Iss. 4, 2005. p. 785/828.

_____; SUSLOW, Valerie. *What Determines Cartel Success?* Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, March 2006. p. 43/95.

LIANOS, Ioannis; JENNY, Frederic; WAGNER VON PAPP, Florian; MOTCHENKOVA, Evgenia *et al. An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis.* CLES Research Paper Series 3/2014, UCL Faculty of Laws, London, May 2014.

MÄGER, Thorsten; ZIMMER, Daniel; MILDE, Sarah. *Access to Leniency Documents – Another Piece in the Puzzle Regarding Public and Private Antitrust Enforcement? (Germany).* Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 2, 2013. p. 182/184.

MAGGI, Bruno Oliveira. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil.* 2010. 221 f. Dissertação de Mestrado em Direito Civil – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28012011-140203/pt-br.php>. Acesso em: 24/07/2016.

MARCHAL, Florian. *L'Évolution des Procédures de Clémence*. Revue Française d'Économie, Vol. XXVIII, nº 3, 2013. p. 71/117.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARQUEZ, Jaime. *Life Expectancy of International Cartels: an Empirical Analysis.* Review of Industrial Organization, Vol. 9, No. 3, June 1994. p. 331/341.

MARTINEZ, Ana Paula. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience.* Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 4, April 2015. p. 260/267.

_____. *Desafios do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013.* Revista do Advogado (Associação dos Advogados de São Paulo), ano XXXIV, nº 125, dezembro de 2014. p. 25/30.

_____. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectivas.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006. p. 1047/1075.

_____. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

_____; ARAUJO, Mariana Tavares de. *Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends*. In ZARZUR, Cristianne; KATONA, Krisztian; VILLELA, Mariana (ed.). Overview of Competition Law in Brazil. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015. p. 257/273.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Mini Plenary 5: Extra-Territorial Antitrust Enforcement – How and Why?* Exposição realizada em 4 de outubro de 2016, no ICN Cartel Workshop, realizado em Madri. Disponível em: <https://icncw.cnmc.es/file/159/download>. Acesso em: 18/12/2016.

MARTOS, Luis Palma; HIDALGO, José Luis García; SOLÁN, Christian Chase. *The Controversy over International Cartels in the League of Nations (1925- 1927). Lessons for the Current Debate about the Regulation of International Competition*. Paper apresentado na XIX Annual Conference of the European Society for the History of Economic Thought, realizada na Università degli Studi Roma Tre, entre 14 e 16 de maio de 2015. Disponível em: <https://congreso.us.es/catedrapc/images/00investigacion/international%20competition%20policy%20debate%20lessons%20from%20the%20league%20of%20nations%202.pdf>.

MARTYNISZYN, Marek. *Leniency (Amnesty) Plus: a Building Block or a Trojan Horse?* In BENEYTO, José-Maria; MAILLO, Jerómimo (ed.). The Fight Against Hard-Core Cartels in Europe: Trends, Challenges and Best International Practices. Brussels: Bruylant, 2016. p. 103/125.

MATSUSHITA, Mitsuo. *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*. Washington University Global Studies Law Review, Vol 3, Iss. 2, 2004. p. 363/385.

MCSWEENY, Terrell. *Competition Law: Keeping Pace in a Digital Age*. Discurso de abertura do Comissário da Federal Trade Commission, no 16th Annual Loyola Antitrust Colloquium. Chicago, 15 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/04/competition-law-keeping-pace-digital-age>. Acesso em: 17/09/2016.

MELAMED, Douglas. *International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at the Bilateral, Regional, and Multilateral Levels*. Journal of International Economic Law, Vol. 2, Iss. 3, 1999. p. 423/433.

MELLO, Magno Antonio Correia de. *Programas de Leniência em Países Membros e Parceiros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico*. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Área VIII – Administração e Serviço Público. Brasília, novembro de 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/26442>. Acesso em: 12/09/2016.

MENDES, Francisco Schertel. *Marco Legal da Política Brasileira de Combate a Cartéis: Possibilidades de Aprimoramento*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2014 (Texto para Discussão nº 153). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-153-marco-legal-da-politica-brasileira-de-combate-a-carteis-possibilidades-de-aprimoramento>. Acesso em 13/07/2016.

MESSINA, Michele. *The Operation of ne bis in idem in the Application of European Union Competition Law Rules across the European Union: Recent Developments in the Light of the Toshiba Case*. ERA Forum, Vol. 13, No. 2, 2012. p. 163/171.

MILLER, Nathan. *Strategic Leniency and Cartel Enforcement*. American Economic Review, Vol. 99, No. 3, 2009. p. 750/768.

MILLER, Samuel; NORDLANDER, Kristina; OWENS, James. *U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials*. The CPI Antitrust Journal. Vol. 6, No. 1, March 2010. p 1/14.

MONTEIRO, Alberto. *Affected Volume of Commerce: How the Concept is Interpreted to Calculate Cartel Fines in the United States and in Brazil*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2, novembro 2015. p. 46/64.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Leniency Programs and Cartel Prosecution.* International Journal of Industrial Organization, Vol. 21, Iss. 3, March 2003. p. 347/379.

MUTCHNIK, James; CASAMASSIMA, Christopher; ROGERS, Brenton. *The Volume of Commerce Enigma*. The Antitrust Source, Vol. 7, Iss. 5, June 2008. p. 1/10.

NIELEN, Myrthe. *Leniency Material Unveiled? Access by Cartel Victims to Commission and NMa Files from a Perspective of EU Fundamental Rights and Cartel Enforcement*. 73 f. Dissertação de Mestrado em Direito Europeu – Utrecht University, Utrecht, 2012. Disponível

em: <http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/12/Scriptie-Myrthe-Nielen.pdf>. Acesso em: 25/09/2016.

NORD, Nicolas. *Ordre Public et Lois de Police en Droit International Prive*. 468 p. Tese de Doutorado em Direito Internacional – Université Robert Schuman (Strasbourg III). 2003. Disponível em: <http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/ordre_public_et_lois_de_police.pdf>. Acesso em: 04/09/2016.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas.* São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OBERSTEINER, Thomas. *International Antitrust Litigation: How to Manage Multijurisdictional Leniency Applications*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 4, No. 1, 2013. p. 16/31.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHÉ, Gilles; PARAPONARIS, Claude. *L'Entreprise en Réseau: Approches Inter et Intra-Organisationnelles.* Paris: les éditions l'ADREG, 2006.

PAPADOPOULOS, Anestis. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. *Programa de Leniência no Direito Concorrencial Brasileiro: uma Análise de seus Escopos e Desafios.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, nº 2, novembro 2015. p. 87/113.

PEREIRA, André Gonçalves; DE QUADROS, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público.* Coimbra: Almedina, 2011.

PICARD, Lysanne. *Le Réseau International de la Concurrence*. Notes de synthèse, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM), UQAM, Juin 2009. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/RIC-fiche-2009-2.pdf>. Acesso em: 26/11/2016.

_____. *Perspective Américaine de la Coopération Internationale en Matière de Régulation de la Concurrence*. 143 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2011. Disponível em: <http://www.archipel.uqam.ca/4066/>. Acesso em: 28/11/2016.

PINHA, Lucas Campio; BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio. *A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro.* Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. p. 133/152.

POPOFSKY, Mark. *Extraterritoriality in U.S. Jurisprudence*. In WALLER, Spencer Weber (ed.). Issues in Competition Law and Policy, Vol. III. Chicago: ABA Section of Antitrust Law, 2008. p. 2417/2444.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, arts. 1º a 120.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RACINE, Jean-Baptiste. *Droit Économique et Lois de Police*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXIV, 1, 2010. p. 61/79.

REZZOUK, Med. *Cartels Globaux, Riposte Américaine. L'Ère Empagran?*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XIX, 1, 2005. p. 51/90.

_____. *Portée Extraterritoriale du Sherman Act : Perspectives après l'Épilogue de l'Affaire du Cartel des Vitamines*. Revue Internationale de Droit Économique, t. XXI, 1, 2007. p. 69/90.

RIOUX, Michèle. *Culture de Concurrence: les Limites de l'Antitrust International face à la Concurrence Globalisée.* In Hugon, Philippe; MICHALET, Charles-Albert (dir.). *Les Nouvelles Régulations de l'Économie Mondiale.* Paris: Éditions Karthala, 2005. p. 177/192.

_____. *Dimension Internationale de la Politique de la Concurrence du Canada : de la Concurrence à la Compétitivité (le Cas des Télécommunications).* 571 f. Tese de Doutorado em Ciências Políticas - Université du Québec à Montréal, Montreal. 2000. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/these-rioux-2000.pdf >. Acesso em 26/04/2016.

_____. *Globalisation Économique et Concurrence.* Études Internationales, vol. 33, n.º 1, 2002. p. 109/136.

_____. *Multinational Corporations in Transnational Networks: Theoretical and Regulatory Challenges in Historical Perspective.* Open Journal of Political Science, 4, 2014. p. 109/117.

_____. *Théories des Firmes Multinationales et des Réseaux Économiques Transnationaux.* In ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Eric (org.). L'Investissement et Nouvelle Économie Mondiale – Trajectoires Nationales, Réseaux Mondiaux et Normes Internationales. Bruxelles: Bruylant: 2012. p. 41/82.

_____. *Vers un Droit Mondial de la Concurrence ?* Continentalisation, Cahier de recherche 99-8. Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec à Montréal, décembre 1999. Disponível em: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Concurdroit.pdf>. Acesso em: 03/09/2016.

ROEBLING, Georg. *The Launch of the New ICN Cartel Working Group*. Competition Policy Newsletter, No. 2, Summer 2004. p. 28/29.

ROSIAK, Przemysław Kamil. *The ne bis in idem Principle in Proceedings Related to Anti-Competitive Agreements in EU Competition Law*. Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 5(6), 2012. p. 111/135.

RUFINO, Victor Santos. *Análise da Conformação Normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 1, n. 1, maio 2015. p. 47/64.

SAHIN, Selen Yersu. *Reviving An Old Debate: The Rule Of Reason Under Article 101*. 2013. 55 f. Dissertação de Mestrado em Direito da Concorrência - King's College London, Londres, 2013. Disponível em: <http://www.jeanmonnet.org.tr/Portals/0/scholars_database_thesis/selen_yersu_sahin_tez.pdf. Acesso em: 05/01/2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial.* São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Direito Concorrencial: As Estruturas.* São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma Abordagem dos Mecanismos Extraterritoriais de Persecução.* São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial.* Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n.º 4, 2012. p. 59/91.

SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização – Do Pensamento Único à Consciência Universal.* Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais.* Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A Disciplina Jurídica do Investimento Estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales.* Paris: l'Harmattan, 2013.

_____. *O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio non bis in idem na União Europeia: uma Releitura a partir do Caso "Grande Stevens" e os Impactos na Defesa da Concorrência*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº 2, novembro 2014. p. 5/22.

_____; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *A Segunda Década da Rede Internacional da Concorrência: os Desafios da Promoção da Convergência na Diversidade.* Revista de Defesa da Concorrência, n°1, Maio 2013, p. 4/15.

_____; TOLLINI, Priscilla Tardelli. *International Cartels in Brazil: an Overview and a Look Forward.* In CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVEIRA, Paulo Burnier da (org.). International Cooperation and Competition Enforcement: Brazilian and European Experiences from the Enforcers' Perspective. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. p. 169/182.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004

SOKOL, Daniel. *International Antitrust Institutions*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 187/213.

_____. *Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements*. Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, Iss. 1, 2008. p. 231/292.

SOLANO, Oliver; SENNEKAMP, Andreas. *Competition Provisions in Regional Trade Agreements*. OECD Trade Policy Papers, No. 31. Paris: OECD Publishing, 2006. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/trade/competition-provisions-in-regional-trade-agreements_344843480185>. Acesso em: 10/12/2016

SOUTY, François. *CNUCED: Le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence poursuit le mouvement impulsé à Doha par la Ministérielle en avril 2012 et montre que les organismes de l'ONU n'hésitent pas à concurrencer d'autres organismes internationaux*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, Chroniques – Politique Internationale, nº 4, 2012. p. 195/200.

_____. *Les Défis de la Mondialisation pour les Pays Développés en Matière de Concurrence.* Revue Économique et Sociale, Vol 64, nº 1, mars 2006. p. 27/38.

_____. *Sanctions et Réparations en Droit Antitrust des États-Unis*. Revue Lamy de la Concurrence, No. 43, Avril-Juin 2015. p. 155/160.

_____; YON-COURTIN, Stéphanie. *OMC – CONFÉRENCE – DÉCLARATION: La 9ème conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce adopte une déclaration relative à un "Paquet de Bali", comprenant diverses mesures de facilitation des échanges*. Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence, Chroniques – Politique Internationale, nº 1, 2014. p. 240/242.

SOWELL, Robert. *New Decisions Highlight Old Misgivings: A Reassessment of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act Following Minn-Chem*. Florida Law Review, Vol. 66, Iss. 1, 2014. p. 511/552.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*. CEPR Discussion Paper No. 4840, January 12, 2005. Disponível em: <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>. Acesso em: 10/09/2016.

SPRATLING, Gary; ARP, Jared. *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*. Paper apresentado no 2010 Competition Law Spring Forum, realizado em Toronto, em 17 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp10_Spratling_paper.pdf>. Acesso em: 20/09/2016.

STUTZ, Randy. *The FTAIA in Flux: Foreign Component-Goods Cases Have Tripped, But Have They Fallen?* CPI Antitrust Chronicle, Vol. 1, No. 2, Winter 2015. p. 1/9.

SWAINE, Edward. *Cooperation, Comity, and Competition Policy: United States*. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. New York: Oxford University Press, 2011. p. 3/20.

SWEENEY, Brendan. *Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?* Melbourne Journal of International Law, Vol. 8, No. 1, 2007. p. 35/87.

TAFFET, Eric. *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act's Domestic Injury Exception: A Nullity for Private Foreign Plaintiffs Seeking Access to American Courts*. Columbia Journal of Transnational Law, Vol.50, No. 1, Fall, 2011. p. 216/252.

TALADAY, John. *Time for a Global "One-Stop Shop" for Leniency Markers*. Antitrust, Vol. 27, No. 1, Fall 2012. p. 43/49.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Cartel, Ilegalidade per se e Ônus da Prova: Breves Considerações.* Revista de Economia, UFPR, v. 33, n. 1 (ano 31), jan./jun. 2007. p. 151/155.

TERHECHTE, Jörg Philipp. *International Competition Enforcement Law: Between Cooperation and Convergence*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2011.

THORSTENSEN, Vera. *A OMC – Organização Mundial do Comércio e as Negociações Sobre Investimentos e Concorrência*. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 41, n.º 1, 1998. p. 57/89.

VALLADARES, Hugo Emmanuel D Gonçalves. *Dosimetria da Pena de Multa em Cartéis no Âmbito do Cade. Dificuldades e Perspectivas Comparadas aos EUA e à Comissão Europeia*. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, nº 2, novembro 2013. p. 45/73.

VALLIÈRES, Éric. *La Réforme du Droit des Cartels – Deux Ans Plus Tard*. La Collection Blais, v. 13 - Rendez-vous 2012 en droit des sociétés. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2012. p. 39/94.

VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem Principle in the European Union Legal Order: between Scope and Substance*. ERA Forum, Vol. 13. No. 3, 2012. p. 325/347.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia.* São Paulo: Saraiva, 2008.

VELHO, Rafael Rott de Campos. *O Combate aos Cartéis como Parte de um Novo Paradigma no Direito Internacional.* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. VII, n.º 1, 2012. p. 201/221.

WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da Concorrência e Cooperação Jurídica Internacional.* Belo Horizonte: Arraes, 2015.

WEST, Jeremy. *Are We Winning the Fight Against Cartels?*. CPI Antitrust Chronicle, Vol. 2, No. 2, Winter 2012. p. 1/8.

WILS, Wouter. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*. In SCHMIDTCHEN, Dieter; ALBERT, Max; VOIGT, Stefan (ed.). The More Economic Approach to European Competition Law. Conferences on New Political Economy, Vol. 24. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. 203/248.

_____. *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006. p. 183/208. Versão preliminar disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102>. Acesso em: 12/11/2016.

_____. *The Principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*. World Competition, Vol. 26, No. 2, 2003. p. 131/148.

YU, Yinne. *The Impact of Private International Cartels on Developing Countries*. Honors Thesis, Stanford University, Department of Economics, 2003.

ZIMMERMAN, Jeffrey; CONNOR, John. *Determinants of Cartel Duration: a Cross-Sectional Study of Modern Private International Cartels.* Department of Agricultural Economics, Purdue University, Working Paper, August 2, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1158577>. Acesso em: 30/07/2016.

ZINGALES, *Nicolo.* E*uropean and American Leniency Programmes*: *Two Models Towards Convergence*? (2008). The Competition Law Review, Vol. 5, Issue 1, December 2008. p. 5/60.

Documentos Oficiais

BUREAU DE LA CONCURRENCE. *Enquêtes sur les cartels.* Disponível em: <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_02760.html>. Acesso em: 15/07/2016.

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED). *Liens entre la Concurrence, la Compétitivité et le Développement.* Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence. TD/B/COM.2/CLP/30. Quatrième session, Genève, 3-5 juillet 2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Cartilha do CADE*. Atualização: maio de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 15/07/2016.

_____. *Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 19/10/2016.

_____. *Guia Programas de Compliance – Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial.* Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/imagens/guia-de-compliance.png/view>. Acesso em: 13/11/2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Cartels: Overview.* Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html>. Acesso em: 15/07/2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION/U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.* Washington, 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/300481/000407ftcdojguidelines.pdf>. Acesso em: 24/07/2016.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK (IDB). *Competition Law and Policy in Brazil - A Peer Review*. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Leniency Manual: Launch Edition*. ICC Commission of Competition. Paris, April 2016. Disponível em: <http://www.iccgermany.de/fileadmin/user_upload/Content/Wettbewerb/ICC-Leniency-Manu

al-Launch-Edition.pdf>. Acesso em: 12/09/2016.

_____. *Proposal to the International Competition Network for a One-stop-shop for Leniency Markers*. An issues paper prepared by the ICC Commission on Competition. 225/752. March 2016. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/competition/cartels-and-leniency/>. Acesso em: 04/10/2016.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Cartel Working Group – 2015-2018 Work Plan*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1041.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. *Cartel Working Group – 2016-2019 Work Plan*. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/icn2016-2019_horizontal-coordinator_cartel-working-group_workplan.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Legal Framework. *Cartel Settlements.* Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>. Acesso em: 31/07/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on Digital Evidence Gathering.* Versão atualizada em 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1006.pdf>. Acesso em: 02/08/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*. Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, April 2008. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>. Acesso em: 23/10/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Co-Operation between Competition Agencies in Cartel Investigations*. Report to the ICN Annual Conference, Moscow, May 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Charts Summarising Information Sharing Mechanisms Cartel*. 2012. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/ism.aspx>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual*. *Chapter on International Cooperation and Information Sharing.* 2013. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/cartel%20wg/icn_chapter_on_international_cooperation_and_information_sharing.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework. *Waivers of Confidentiality in Cartel Investigations*. 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1012.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Cartel Working Group, Subgroup 2 – Enforcement Techniques. *Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 - Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy*. Versão atualizada em 2014. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>. Acesso em: 08/09/2016.

_____. *ICN Steering Group International Enforcement Cooperation Project*. Março de 2012. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc794.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. ICN Working Group on Cartels. *Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions, Effective Penalties*. Report to the ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany, 6-8 June 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>. Acesso em: 23/10/2016.

_____. *Proposal for Establishing the ICN Framework for Promotion of Sharing Non-Confidential Information for Cartel Enforcement*. 2015. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1043.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. *Summary of ICN Work Product 2015-2016*. Apresentado na 15ª Conferência Anual da ICN, realizada em Singapura, entre 27 e 29 de abril de 2016. Disponível em:<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1092.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. *Summary of ICN Work Product 2015-2016*; NAKAZATO, Hiroshi. I*nternational Coordination to Increase the Efficiency of Multijurisdiction Cartel Investigations*. Apresentação do Director, Planning Office, Investigation Bureau, Japan Fair Trade Commission, no 2016 ICN Cartel Workshop. Madri, 4 de outubro de 2016. Disponível em: <https://icncw.cnmc.es/file/140/download>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. *The ICN's Vision for its Second Decade*. Apresentado na 10ª Conferência Anual da ICN, realizada em Haia, entre 17 e 20 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*. U.S. Department of Justice, February 28, 2000. Disponível em: < https://www.justice.gov/atr/final-report>. Acesso em: 01/08/2016.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE). *Coopération Internationale dans la Mise en Œuvre du Droit de la Concurrence*. Réunion du Conseil au niveau des Ministres. Paris, 6 e 7 de maio de 2014. Disponível em <https://www.oecd.org/fr/rcm/C-MIN(2014)17-FRE.pdf>. Acesso em: 12/07/2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Best Practices for the Formal Exchange of Information between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*. October 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

_____. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. Roundtable realizada entre 29 e 30 de novembro de 2016 (ainda sem relatório final). Vide documentos de trabalho em: <http://www.oecd.org/daf/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 15/12/2016.

_____. *Competition and Sanctions in Antitrust Cases*. Discussões realizadas no OECD Global Forum on Competition, em 02 de dezembro de 2016 (ainda sem relatório final). Vide demais documentos em: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm>. Acesso em: 15/12/2016.

_____. *Executive Summary of the Roundtable on the Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*. DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL, 19 July 2016. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf>. Acesso em: 09/11/2016.

_____. *Executive Summary of the Hearing on Enhanced Enforcement Co-Operation*. DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ANN3/FINAL, 07 November 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)2/ANN3/FINAL&doclanguage=en>. Acesso em: 23/11/2016.

_____. *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 09/09/2016.

_____. *Hard Core Cartels.* Paris: OECD, 2000. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/crtels/2752129.pdf>. Acesso em: 28/07/2016.

_____. *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation*. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>. Acesso em: 12/11/2016.

_____. *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations.* DAF/COMP/GF(2012)16, 30 November 2012. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>. Acesso em: 02/08/2016.

_____. *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*. DAF/COMP/GF(2012)16, 30 November 2012. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

_____. *Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*. Contribuição do Brasil para a Session II do Global Forum on Competition, realizada entre 16 e 17 de fevereiro de 2012. DAF/COMP/GF/WD(2012)32, 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/publicacoes-anexos/16.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

_____. *Leniency for Subsequent Applicants*. DAF/COMP(2012)25. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

_____. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. DAF/COMP/GF(2006)7, 11 September 2006. Paris: OECD, 2006. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>. Acesso em: 02/08/2016.

_____. *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels* (adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV]). C(98)35/FINAL. Paris, 14 de maio de 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em: 12/07/2016.

_____. *Report on the Cross-Border Enforcement of Privacy Laws.* Paris: OECD, 2006. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/37558845.pdf>. Acesso em: 01/08/2016.

_____. *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*. DAFFE/COMP(2002)7, 9 April 2002. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>. Acesso em: 09/11/2016.

_____. *Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*. Approved by the Council on 16 September 2014 [C(2014)108]. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>. Acesso em: 23/11/2016.

_____. *Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-operation*. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <http://icnwarsaw2013.org/docs/icn_oecd_icn_report.pdf >. Acesso em: 28/11/2016.

_____. *Sanctions in Antitrust Cases*. Background Paper elaborado pelo Secretariado para o 15th Global Forum on Competition – Section IV, realizado em Paris, entre 1 e 2 de dezembro de 2016. DAF/COMP/GF(2016)6, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/gf(2016)6&doclanguage=en>. Acesso em: 25/10/2016.

_____. *Summary of Discussion of the Roundtable on the Use of Markers in Leniency Programs*. DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN2/FINAL, 29 May 2015. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN2/FINAL&doclanguage=en>. Acesso em: 05/10/2016.

_____. *Use of Markers in Leniency Programmes.* Note by the Secretariat. DAF/COMP/WP3(2014)9, 24 March 2015. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)9&doclanguage=en>. Acesso em: 04/10/2016.

_____. *Use of Markers in Leniency Programmes.* Contribution from BIAC. DAF/COMP/WP3/WD(2014)38, 11 December 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)38&doclanguage=en>. Acesso em: 04/10/2016.

_____. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. Policy Brief. Paris: OECD Observer, 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>. Acesso em: 03/10/2016.

_____. *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement: Use of Markers in Leniency Programs – Brazil*. DAF/COMP/WP3/WD(2014)47, 18 November 2014. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp3/wd(2014)47&doclanguage=en>. Acesso em: 13/09/2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*. New York; Geneva: United Nations Publication, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ wir2009_en.pdf>. Último acesso em: 17/11/2015.

_____. *Competition Guidelines: Leniency Programmes*. UNCTAD/DITC/CLP/2016/3, 20 July 2016. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. *Cross-border Anticompetitive Practices: The Challenges for Developing Countries and Economies in Transition*. TD/B/C.I/CLP/16, 19 April 2012. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd16_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. *Informal Cooperation Among Competition Agencies in Specific Cases*. TD/B/C.I/CLP/29, 28 April 2014. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd29_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. *Roundtable on Modalities and Procedures for International Cooperation in Competition Cases Involving more than one Country*. Contribution by the United States. Geneva, 8-10 July 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/Contribution/IGE2013_RT1_USA_en.pdf>. Acesso em: 07/12/2016.

_____. *Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries*. Final report (as of 05/12/2014). Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclpmisc2014d2_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. *Modalities and Procedures for International Cooperation in Competition Cases Involving more than One Country*. TD/B/C.I/CLP/21, 26 April 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd21_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries*. TD/RBP/CONF.7/4, 26 August 2010. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4_en.pdf>. Acesso em: 10/09/2016.

_____. *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. TD/RBP/CONF/10/Rev.2, 2000. Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-United-Nations-Set-of-Principles-on-Competition.aspx>. Acesso em: 24/11/2016.

_____. *The Impact of Cartels on the Poor*. TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, 24 July 2013. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf>. Acesso em: 24/11/2016.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy. *Background Note by the WTO Secretariat on Provisions on Hardcore Cartels.* 20 June 2002. WT/WGTCP/W/191. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm>. Acesso em: 27/07/2016.

Lista de casos

CONSELHO DA EUROPA. Processo n.º 14939/03 (Sergey Zolotukhin v. Russia). Julgamento do TEDH, em 10 de fevereiro de 2009.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso S. S. Lotus (França v. Turquia), Recueil des Arrêts, série A, n.º 10, 7 de setembro de 1927.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Caso *Animal Science Products, Inc.* v. *China Minmetals Corp*., 654 F. 3d 462, 470, 3rd Cir. (2011).

_____. Caso *United States* v. *Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

_____. Caso *Centerprise Int'l Inc.* v. *Micron Technology, Inc. (In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litig.)*, 546 F.3d 981, 9th Cir. (2008).

_____. Caso *Costco Wholesale Corp*. v. *AU Optronics Corp.*, No. C13-1207RAJ, W.D. Wash. (Sept. 22, 2014).

_____. Caso *Den Norske Stats Oljeselskap As* v. *HeereMac Vof*, 241 F.3d 420, 5th Cir., Tex. (2001).

_____. Caso *Empagran S.A.* v. *F. Hoffman-La Roche, Ltd*., 417 F.3d 1267, D.C. Cir. (2005).

_____. Caso *Empagran S.A.* v. *F. Hoffmann-La Roche, Ltd.*, 315 F.3d 338, D.C. Cir. (2003).

_____. Caso *F. Hoffmann-La Roche, Ltd.* v. *Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004).

_____. Caso *Fenerjian* v. *Nongshim Co. Ltd*., 13-CV-04115-WHO, 2014 WL 5685562, N.D. Cal. (Nov. 4, 2014).

_____. Caso *Hartford Fire Insurance* v. *California*, 509 U.S. 764, U.S.Cal. (1993).

_____. Caso *Inquivosa SA* v. *Ajinomoto Co. (In re Monosodium Glutamate Antitrust Litig.)*, 477 F.3d 535, 8th Cir. (2007)

_____. Caso *Kruman* v. *Christie's Intern. PLC*, 284 F.3d 384, 2nd Cir., N.Y. (2002).

_____. Caso *Laker Airways* v. *Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, D.C. Circuit (1984).

_____. Caso *Lotes Co*. v. *Hon Hai Precision Indus. Co*., 753 F.3d 395, 2nd Cir. (2014).

_____. Caso *Mannington Mills, Inc.*v. *Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 3rd Cir. (1979).

_____. Caso *Minn-Chem, Inc*. v. *Agrium Inc*., 683 F.3d 845, 7th Cir. (2012).

_____. Caso *Minn-Chem, Inc*. v. *Agrium Inc*., 683 F.3d 845, 7th Cir. (2012)

_____. Caso *Motorola Mobility LLC* v. *AU Optronics Corp*., 775 F.3d 816, 7th Cir. (2015).

_____. Caso *Timberlane Lumber Co.* v. *Bank of America*, 549 F.2d 597, 9th Cir. (1976).

_____. Caso *United States* v. *Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, 148 F. 2d 416, 2nd Cir. (1945).

_____. Caso *United States* v. *David Topkins*, No. 15-CR-201, N.D. Cal. (Apr. 6, 2015).

_____. Caso *United States* v. *General Electric Co.*, 82 F.Supp. 753, D.C.N.J. (1949).

_____. Caso *United States* v. *Hui Hsiung*, 758 F.3d 1074, 9th Cir. (2014).

_____. Caso *United States* v. *Imperial Chemical Industries*, 115 F.Supp. 835, D.C.N.J. (1953).

_____. Caso *United States* v. *LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672, 9th Cir. (2004).

_____. Caso *United States* v. *Nippon Paper Indus.*, 109 F.3d 1, 1st Cir. (1997).

_____. Caso *United States* v. *Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1963 Trade Cas. 70,600, S.D.N.Y. (1962), *judgement modified*, 1965 Trade Cas. 71,352, S.D.N.Y. (1965).

_____. Caso *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CADE. Processo administrativo n.º 08012.000820/200911 (cartel dos compressores).

_____. Processo administrativo n.º 08012.001029/2007-66 (cartel de perborato de sódio).

_____. Processo administrativo n.º 08012.002127/2002-14 (cartel da pedra britada).

_____. Processo administrativo n.º 08012.004599/1999-18 (cartel de vitaminas).

_____. Processo administrativo n.º 08012.004897/2000-23 (cartel das lisinas).

_____. Processo administrativo n.º 08012.005255/2010-11 (cartel no mercado de memória dinâmica de acesso aleatório – DRAM).

_____. Processo administrativo n.º 08012.008855/2003-11 (suposto cartel no mercado de cimento).

_____. Processo administrativo n.º 08012.009888/2003-70 (cartel de gases industriais e hospitalares).

_____. Processo administrativo n.º 08012.010932/2007-18 (cartel de mangueiras marítimas).

_____. Processo administrativo n.º 08012.011142/2006-79 (cartel do cimento).

_____. Processo administrativo nº 08012.000773/201120 (suposto cartel no mercado de elastômeros termoplásticos – TPE).

_____. Processo Administrativo nº 08012.005930/200979 (cartel de vidro para tubo de raios catódicos – CRT).

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.554.986-SP. Terceira Turma do STJ.

_____. Acórdão. Recurso Especial nº 615.628-DF. Segunda Turma do STJ.

UNIÃO EUROPEIA. Processo 14/68 (Wilhelm c. Bundeskartellamt). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1969.

_____. Processo 48/69 (Caso *Dyestuffs*: ICI c. Comissão). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 1972.

_____. Processo 7/72 (Boehringer c. Comissão). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 1972.

_____. Processo C-17/10 (Toshiba Corporation e outros c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže). Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 2012.

_____. Processo C-308/04 P (SGL Carbon AG c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Justiça, de 29 de junho de 2006.

_____. Processo C-308/04 P (SGL Carbon AG c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Justiça, de 29 de junho de 2006.

_____. Processo C-360/09 (Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt). Acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2011.

_____. Processo C-397/03 P (Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Comissão). Acórdão da Primeira Seção do Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 2006.

_____. Processo T-224/00 (Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Comissão). Acórdão da Quarta Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 9 de julho de 2003.

_____. Processos apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01 (Tokai Carbon e outros c. Comissão). Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de abril de 2004.

_____. Processos apensos 89, 104, 114, 116, 117 e 125 a 129/85 (Caso *Wood Pulp:* Ahlström e outros c. Comissão). Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de setembro de 1988.