

24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Data: 24 a 26 de outubro de 2018.

Local: Grande Hotel Campos do Jordão – Campos do Jordão | São Paulo | Brasil

**DA DEFINIÇÃO DE EFEITOS PARA FINS DE APLICAÇÃO DA LEI CONCORRENCIAL
BRASILEIRA A CARTÉIS INTERNACIONAIS**

Karen Caldeira Ruback¹

I – Introdução

A decisão proferida pelo Tribunal de Apelação no caso Nippon Paper² em 1997 é considerada um marco na persecução de cartéis internacionais porque estabeleceu que empresas e indivíduos podem ser responsabilizados nos Estados Unidos da América (“EUA”) civil e criminalmente por condutas anticoncorrenciais praticadas totalmente no exterior, caso tenham sido praticadas com o objetivo de afetar o mercado norte-americano e tenham, de fato, produzido efeito substancial naquele país.

Decisões anteriores já tinham tratado sobre a jurisdição dos EUA para aplicar o Sherman Act³ a fatos ocorridos no exterior, mas o caso Nippon Paper foi o primeiro a confirmar a jurisdição extraterritorial dos EUA e aplicar a teoria dos efeitos a uma investigação criminal⁴.

No Brasil, dispositivos da legislação concorrencial e criminal indicam a possibilidade de aplicação das normas brasileiras a fatos ocorridos no exterior também com base na teoria dos efeitos. Entretanto, tais dispositivos não detalham quais os critérios a serem utilizados para definir se determinado ato produziu ou deveria/poderia produzir efeitos no território nacional, ficando ao encargo do intérprete da lei defini-los. Observa-se que, embora haja legislação específica para a persecução de condutas

¹ Advogada especializada em direito da concorrência em Grinberg e Cordovil. Doutoranda em Direito Comercial pela USP, com ênfase em Direito Concorrencial. Mestra em Direito Econômico pela UFMG.

² United States v. Nippon Paper Co., 109 F.3d 1 (1st Circuit Court of Appeals, 1997).

³ Especificamente, a Seção 1 do Sherman Act. Em decisões, destaca-se que o texto da lei já contém referência expressa ao comércio com nações estrangeiras. Vide: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine [...].*”

⁴ Na decisão, o Tribunal analisa o argumento de que, usualmente, para persecução criminal, a prova da intenção é mais rigorosa e critérios diferentes deveriam ser aplicados para casos civis e criminais. Mas conclui que não há razão para diferenciar os critérios de extraterritorialidade pelo fato de se tratar de persecução civil ou criminal. O Tribunal também enfrenta o argumento acerca da ausência de precedentes sobre a aplicação do Sherman Act a condutas praticadas inteiramente no exterior, concluindo que “há uma primeira vez par tudo”, e que a ausência de precedentes é provavelmente demonstração do crescimento da natureza global da economia e não que o Sherman Act não se aplica na seara criminal a condutas praticadas no exterior.

anticoncorrenciais na seara administrativa e criminal, a redação dos dispositivos pertinentes é relativamente semelhante⁵.

Na seara criminal, entende-se que a interpretação sobre o que configura efeitos para fins de aplicação da lei brasileira a fatos cometidos no exterior tem sido bastante restrita, especialmente em vista da aplicação dos princípios da intervenção mínima,⁶ da fragmentariedade⁷ e, principalmente, da ofensividade ou lesividade⁸⁻⁹.

Em relação ao direito concorrencial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) já teve oportunidade de manifestar entendimento acerca de sua competência para investigar e punir determinadas condutas praticadas no exterior, oferecendo em alguns votos indicações sobre os critérios considerados para aplicação do art. 2º da Lei 12.529/2011¹⁰.

Neste trabalho, apresentaremos um panorama dos entendimentos norte-americano e brasileiro sobre a definição de “efeitos” para fins de aplicação da legislação nacional a condutas ocorridas no exterior,

⁵ Enquanto a legislação concorrencial se refere “ às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”, a criminal dispõe que “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. (grifou-se). Vide Lei n. 12.529/2011, art. 2º e Decreto-Lei n. 2.848/1940, art. 6º.

⁶ O princípio da intervenção mínima atua como um limitador para a configuração de crimes pela legislação penal, considerando que somente os fatos que possam consubstanciar lesão a bens jurídicos importantes, cuja repressão não possa ser adequadamente satisfeita por meio de outras espécies de sanção (por legislações da esfera cível, administrativa, ambiental, etc.) é que devem estar abarcados pela legislação penal. Vide comentários em GRECO, Rogério. Curso de *Direito Penal – Parte geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

⁷ “Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. (...) Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.” BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte geral. T. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁸ O princípio da ofensividade, ou lesividade orienta que ocorra a persecução criminal somente nas hipóteses em que haja *efetiva* ofensa ao bem jurídico tutelado. Tal princípio já está incorporado ao nosso ordenamento jurídico na interpretação e aplicação da legislação penal, tal como manifestado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Como exemplo, veja-se trecho de voto do Supremo Tribunal Federal: “O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. “O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”. (HC n. 94.505/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/9/2008).

⁹ Observa-se essa interpretação mais restrita, ainda pelo fato de o Ministério Público não ter apresentado denúncia, ou de Juízes não terem acolhido denúncias em relação a indivíduos estrangeiros investigados por conduta de cartel praticada no exterior, especialmente nas hipóteses em que não havia prova clara de que a conduta tivesse sido praticada com o objetivo de produzir efeitos no território nacional.

¹⁰ *In verbis*: “Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

que servirão como pano de fundo para o debate que será realizado durante o 24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do Ibrac.

No painel que terá como tema o título deste trabalho, iremos promover o debate com contribuições de membros do Tribunal e da Superintendência-Geral do Cade, de representante do Ministério Público especialista em direito criminal, e de especialista em direito antitruste norte-americano. Os expositores irão abordar a questão da definição de efeitos para fins de aplicação da lei brasileira a cartéis internacionais sob diferentes perspectivas – considerando, por exemplo, o momento de instauração de processos administrativos e o de decisão sobre a condenação dos representados, o critério para definição de jurisdição brasileira para persecução de crime de cartel, e, para enriquecer o debate, considerando também os critérios adotados nos EUA nas mesmas situações.

II - O caso Nippon Paper e a jurisprudência norte-americana

A empresa Nippon Paper foi acusada pelo Departamento de Justiça Norte-Americano (“DOJ” – “*Department of Justice*”) de participar em um cartel para fixar (e elevar) o preço de papel de fac-símile termal a ser vendido nos EUA. A empresa teria participado de conluio com concorrentes e empresas verticalmente relacionadas que iriam exportar o produto para os EUA, sendo que o conluio envolvia fixação de preços especificamente para o mercado norte-americano. A Nippon Paper não teria participado de qualquer conduta em território americano, ou seja, os atos que teria praticado ocorreram exclusivamente fora dos EUA.

As acusações formuladas pelo DOJ contra a Nippon Paper tinham fundamento¹¹, principalmente, na decisão da Suprema Corte em *Hartford Fire Ins. Co. v. California*¹². Neste caso, a Suprema Corte consolidou¹³ o entendimento de que os EUA têm jurisdição para aplicar o *Sherman Act* a condutas ocorridas no exterior que tenham sido praticadas com o objetivo de afetar o mercado norte-americano e tenham, de fato, produzido efeito substancial no país¹⁴.

Em primeira instância, a Corte Distrital de Massachusetts rejeitou as alegações contra a Nippon Paper por entender que os EUA não teriam jurisdição para processar *criminalmente* fatos ocorridos

¹¹ Vide KLEIN, Joel I. *Anticipating The Millenium: International Antitrust Enforcement At The End Of The Twentieth Century*. Apresentado em *Fordham Corporate Law Institute*. Nova Iorque, 1997.

¹² *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

¹³ Veja-se outros casos mencionados na decisão da Suprema Corte dos EUA que confirmariam que “já está bem estabelecido que o Sherman Act se aplica a condutas estrangeiras que tenham sido praticadas com o objetivo de produzir, e tenham de fato produzido, efeito substancial nos Estados Unidos” (tradução livre): *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 582, n. 6 (1986); *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 444 (CA2 1945) (L. Hand, J.); *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* 415, e *Reporters' Note 3* (1987); 1 P. Areeda & Turner, *Antitrust Law* § 236 [509 U.S. 764, 29] (1978); cf. *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 704 (1962); *Steele v. Bulova Watch Co.*, 344 U.S. 280, 288 (1952); *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268, 275-276 (1927).

¹⁴ Veja-se trecho da decisão: “it is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce, and did in fact produce, some substantial effect in the United States. [...] Such is the conduct alleged here: that the London reinsurers engaged in unlawful conspiracies to affect the market for insurance in the United States and that their conduct in fact produced substantial effect. 23 See 938 F.2d, at 933” (grifou-se).

inteiramente no exterior.¹⁵ Essa decisão foi revertida pelo Tribunal de Apelação (*1st Circuit of Appeals*).

Ao julgar o recurso contra a decisão da Corte Distrital, o Tribunal fez referência a trechos do *Restatement*¹⁶ acerca de fatores a serem avaliados para determinar se a jurisdição do país é razoável (no âmbito do direito internacional), dentre os quais se destaca o primeiro: “(a) a relação da atividade com o território do estado em questão, isto é, em que extensão a atividade ocorre no próprio território, ou tem efeito substancial, direto e previsível sobre o território”¹⁷.

Outro trecho da decisão do Tribunal que merece destaque é o que faz referência ao *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (“FTAIA” – em português, Lei de Melhorias Antitruste do Comércio Exterior). Esta lei foi promulgada em 1982 com o objetivo de resolver controvérsias acerca de quais hipóteses permitiriam a aplicação da legislação norte-americana a condutas ocorridas no exterior. Embora seja inegável a relevância da lei e o fato de ser aplicada e referida em diversos julgados, nos casos acima citados (Nippon Paper e Hartford Fire) os julgadores manifestaram que “a FTAIA é redigida de forma deselegante”¹⁸ e que não estariam atribuindo qualquer peso à tal lei na decisão proferida. Este raciocínio indica que, no caso de condutas praticadas no exterior com propósito específico de produzir efeito nos EUA e que tenha de fato produzido efeito substancial por meio de vendas diretas, a conclusão sobre jurisdição para processar civil e criminalmente independeria do disposto no FTAIA.

Nesse sentido, o Juiz Bruce Selya conclui seu voto com a seguinte afirmação

*“We need go no further. Hartford Fire definitively establishes that Section One of the Sherman Act applies to wholly foreign conduct which has an intended and substantial effect in the United States. We are bound to accept that holding. Under settled principles of statutory construction, we also are bound to apply it by interpreting Section One the same way in a criminal case.”*¹⁹

¹⁵ 944 F. Supp. 55, 66 (D. Mass. 1996).

¹⁶ Os “*Restatements*” são elaborados pelo *American Law Institute*, uma organização formada por juízes professores e advogados, com o objetivo de compilar princípios e regras do *common law*.

¹⁷ Tradução livre do item (a) da Seção 402(2). A redação original e os demais critérios são estes: “a) *the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory*; (b) *the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect*; (c) *the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted*; (d) *the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation*; (e) *the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system*; (f) *the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system*; (g) *the extent to which another state may have an interest in regulating the activity*; and (h) *the likelihood of conflict with regulation by another state*”.

¹⁸ Veja-se o trecho do voto no caso Nippon Paper: “*The FTAIA is inelegantly phrased and the court in Hartford Fire declined to place any weight on it. See Hartford Fire, 509 U.S. at 796 n. 23, 113 S.Ct. at 2909 n. 23. We emulate this example and do not rest our ultimate conclusion about Section One’s scope upon the FTAIA.*”

¹⁹ *United States v. Nippon Paper Co.*, 109 F.3d 1 (1st Circuit Court of Appeals, 1997).

Finalmente, fazemos referência a um julgado recente a Suprema Corte estabelecendo a jurisdição norte-americana sobre fatos ocorridos no exterior que tenham produzido efeitos no país mesmo na hipótese de a infração concorrencial ter sido praticada em conformidade com a legislação do país onde os atos foram praticados²⁰. Ressalta que o judiciário norte-americano deve prestar consideração respeitosa à legislação do país estrangeiro, contudo, não está vinculado às disposições do governo estrangeiro²¹.

II – A legislação brasileira e julgados do Cade

O *caput* do art. 2º da Lei n. 12.529/2011 dispõe que:

Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.²²

Visto que a lei não especifica os critérios para avaliar se determinada prática produz efeitos no Brasil, alguns questionamentos e controvérsias sobre a aplicação deste dispositivo surgem naturalmente. Interpretações muito amplas destes dispositivos, especialmente em relação ao critério de (ser suficiente apenas) a potencialidade de efeitos, podem levar à conclusão de que absolutamente quaisquer cartéis internacionais possam ser investigados e condenados no Brasil²³, visto que, potencialmente, qualquer

²⁰ *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 16-1220. 585 U.S. ___ (2018). Veja-se um resumo da controvérsia constante no trecho inicial do voto do Juiz Ginsburg: "When foreign law is relevant to a case instituted in a federal court, and the foreign government whose law is in contention submits an official statement on the meaning and interpretation of its domestic law, may the federal court look beyond that official statement? The Court of Appeals for the Second Circuit answered generally "no," ruling that federal courts are "bound to defer" to a foreign government's construction of its own law, whenever that construction is "reasonable." *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, 837 F. 3d 175, 189 (2016). We hold otherwise. (...)"

²¹ O seguinte trecho merece destaque: "The understanding that a government's expressed view of its own law is ordinarily entitled to substantial but not conclusive weight is also consistent with two international treaties that establish formal mechanisms by which one government may obtain from another an official statement characterizing its laws."

²² Assim dispõem os parágrafos do 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.

²³ Tal hipótese, e necessidade de considerar o princípio da eficiência administrativa na interpretação do art. 2º foi destacada em voto no caso ABS, transcrevendo trecho da Nota Técnica de encerramento da Superintendência-Geral: "Deve-se destacar também um fator aliado ao princípio constitucional da eficiência administrativa que deve orientar toda e qualquer política pública, incluída aí a política de defesa da concorrência. É que a não mitigação da regra do art. 2º em tais situações poderia levar ao absurdo, senão impossível, de se exigir da autoridade brasileira a persecução de todo e qualquer cartel existente no mundo em que, em algum momento, em algum elo da cadeia, um produto influenciado por um insumo cartelizado tenha sido comercializado em território nacional. Numa economia globalizada, é quase certo que um produto final que contenha em si um produto intermediário cartelizado ingresse no país em algum momento, em alguma quantidade. (...) Não por outra razão, são raros ou inexistentes casos de cartéis com efeitos puramente indiretos sendo investigados por outras jurisdições."

produto pode ser exportado (direta ou indiretamente) para o Brasil e, potencialmente, ter seu preço majorado como consequência da infração. Tal situação se agrava na hipótese de se dispensar a configuração da intenção, ou da razoável previsibilidade de produzir efeitos no território nacional para caracterização da jurisdição brasileira.

Observa-se que a legislação norte-americana também não especifica com detalhe os critérios para configurar efeitos nos casos de condutas internacionais. Entretanto, pelo que se observa das decisões citadas no item anterior, o critério adotado naquele país considera o *objetivo* do agente em afetar o mercado norte-americano, e a *produção, de fato*, de efeito *substancial* no país. O FTAIA exige também condições semelhantes: efeito direto, substancial, e efeito previsível²⁴.

Apresentaremos a seguir algumas referências e comentários sobre casos de cartéis internacionais decididos pelo Cade, com o objetivo de identificar a abordagem proposta para critérios de interpretação do art. 2º da Lei 12.529/2011 – sem o objetivo de analisar todos os aspectos ou fazer uma análise exaustiva dos precedentes.

II.1. O caso das Vitaminas

No julgamento do caso das vitaminas²⁵, por exemplo, observa-se opinião em sentido diverso ao exposto logo acima sobre o critério geral adotado nos EUA. No voto do Conselheiro relator há indicação de que a legislação brasileira seria aplicável mesmo que nenhum efeito no Brasil tivesse, de fato, sido produzido, sendo suficiente a potencialidade dos danos no território nacional²⁶.

O Conselheiro Paulo Furquim, por sua vez, manifestou entendimento de que, para a hipótese de cartel internacional, seria suficiente provar que o Brasil fazia parte do objeto do acordo do cartel. A propósito, o Conselheiro relator concluiu que os preços praticados no Brasil teriam sido definidos no exterior, e que haveria “similitude na comunicação” das representadas com suas subsidiárias brasileiras, concluindo pela existência de efeitos no Brasil.

E, adotando abordagem diversa, em voto dissidente, o Conselheiro Fernando Schuartz diferenciou a análise de prova da conduta da análise de prova de efeitos. Feita a separação, questionou se haveria prova, acima de dúvida razoável, de que o território brasileiro teria sido objeto do acordo.

²⁴ "Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless — (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section."

²⁵ 08012.004599/1999-18.

²⁶ "Arguiu-se logo no início do processo e como fundamento para o pedido de exclusão das co-representadas estrangeiras do pólo passivo, a incompetência das autoridades brasileiras para conhecer e decidir sobre atos praticados fora do país, a menos que o alcance dos seus efeitos possa ter afetado o mercado nacional, hipótese está negada pelas co-representadas. Tal argumento não resiste, contudo, à leitura do art. 2º da Lei nº 8.884/94, que define o âmbito de aplicação das normas contidas neste mesmo diploma (...). 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 dos danos internamente, dos atos praticados fora do Brasil". Conselheiro Ricardo Cueva, Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18, fls. 3220/3221.

Considerando não haver menção ao Brasil nos documentos estrangeiros, e que não seria possível concluir que o Brasil estaria necessariamente incluído no cartel internacional, decidiu que a resposta seria negativa.

II.2. O caso ABS

Interpretação ampla sobre a definição de efeitos foi mencionada no caso ABS²⁷. No voto do Conselheiro relator, há referência aos critérios sugeridos pela Superintendência-Geral (“SG”). Consta, dentre aqueles sugeridos para demonstrar a “potencialidade concreta e materializável de geração de efeito em território nacional” a existência, nos documentos comprobatórios do conluio, de menções expressas ao Brasil ou menções a quaisquer outros mercados – América Latina ou América do Sul, ou território mundial –, sem exclusão expressa ao Brasil. Ou seja, não se exigiria prova de que o Brasil estaria incluído no objeto do cartel; a jurisdição brasileira seria afirmada caso os documentos da investigação não demonstrassem que os representados tivessem *expressamente* indicado que o Brasil *não* era objeto do acordo. Poder-se-ia cogitar que este entendimento se mostraria demasiadamente amplo, dado que, de forma geral, os participantes de um cartel evitam manter registros detalhados sobre os acordos, e que é ônus da autoridade provar a conduta em sua totalidade. De toda forma, no caso em tela, parece ter sido mencionado como referência apenas, e não como fundamento da decisão.

Continuando a referência à Nota Técnica da SG, constam alguns parâmetros mais detalhados para confirmar a jurisdição brasileira em certas hipóteses de cartel internacional. O primeiro seria referente a cartéis de âmbito global ou regional nos quais haja prova de inclusão do Brasil no objeto do acordo. O segundo seria semelhante ao primeiro, mas com esclarecimento de que mesmo as empresas que não tenham exportado produto para o Brasil poderiam ser responsabilizadas por terem “contribuído para a construção e sucesso da infração” de qualquer forma. Neste ponto, contudo, observa-se não haver esclarecimento sobre critérios para apurar se tais empresas poderiam ter, de fato, contribuído para os efeitos da infração no Brasil – como, por ex., no caso de acordo de divisão geográfica de mercado incluindo o Brasil, ou acordo de não concorrência para o Brasil. E o terceiro seria referente a cartéis envolvendo regiões ou países específicos, em que não houvesse prova de exportação do produto cartelizado para o Brasil, mas houvesse exportação de produtos finais contendo aquele produto. Nesta hipótese, a jurisdição brasileira dependeria da “materialidade e substancialidade dos efeitos potenciais da conduta no Brasil”, não havendo maiores detalhes sobre estes critérios.

Ao decidir sobre o mérito do caso ABS, o Conselheiro relator concluiu que as provas indicariam contatos referentes estritamente aos mercados de Hong Kong e China, sem discussão sobre fixação de preços para outros países do mundo. E, apesar de os beneficiários da leniência terem afirmado que eles próprios utilizavam as mesmas referências de preço para exportações que realizavam para o mercado brasileiro, não havia prova de que os demais representados faziam o mesmo. Faltaria, assim, nexos causal entre o aumento de preços dos produtos nos mercados de Hong Kong e China e efeito sobre as importações brasileiras desses produtos. Destaca-se que havia volume significativo de importação daqueles produtos para o Brasil, inclusive pelas representadas.

Quanto aos possíveis efeitos por via indireta, ou seja, venda de produto final no Brasil contendo produto objeto da infração como insumo, concluiu que a hipótese demandaria análise complexa, e que

²⁷ Referente aos produtos Acrilonitrila Butadieno Estireno (ABS), Poliestireno (PS), Acrilonitrila Estireno (AS) e Polimetilmetacrilato (PMMA). Processo Administrativo n. 08700.001020/2014- 26. Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo.

faltariam dados e informações suficientes para dar um mínimo de respaldo à estimativa de eventual repasse do sobrepreço ao consumidor brasileiro. Conclui o voto decidindo pelo arquivamento do processo.

II.3. O caso DRAM

Já no caso DRAM²⁸, ao iniciar comentários acerca da jurisdição brasileira, o Conselheiro relator afirma que nos casos anteriores de cartéis internacionais julgados pelo Cade a discussão de efeitos não teria se mostrado relevante pelo fato de as empresas possuírem participação considerável no mercado brasileiro²⁹ (o que indicaria de forma clara a existência de efeitos no país).

Os comentários à opinião proferida pela Procuradoria do Cade (que sugeriu arquivamento do feito com base em critérios de jurisdição e efeitos) são relevantes. Afirma o Conselheiro relator que a conclusão da Procuradoria de que “*os efeitos deveriam ser previsíveis, diretos e sensíveis*” (para haver jurisdição brasileira para investigar e punir a conduta) seria uma “restrição interpretativa que a própria Lei 12.529/11 não expressamente positivou”. Relevante notar a semelhança do critério adotado pela Procuradoria com aquele adotado nos casos norte-americanos citados acima e com o disposto no FTAIA. Sobre os critérios adotados pela Procuradoria, afirma o Conselheiro que o elemento de “previsibilidade” seria dispensável na análise *per se* de cartéis. Quanto ao requisito de efeito direto, aduz que a lei não trouxe esta especificidade e, portanto, efeitos indiretos também estariam abarcados pela legislação. Não discorda, contudo, quanto ao terceiro requisito por considerar que a “sensibilidade” de efeitos teria relação com o princípio da significância, consolidado na doutrina e jurisprudência quanto à persecução de ilícitos que sejam, de fato, reprováveis e que tenham significativa repercussão na sociedade.

Ainda sobre o conceito de efeitos, o voto do relator expressa que efeitos anticompetitivos vão muito além de vendas, ou importações, e deveriam ser apontados caso a caso. Com base em tal entendimento, concluiu, por exemplo, que não seria possível acolher alegação de ausência de efeitos no Brasil por parte de uma das representadas que, durante determinado período, teria atuado apenas com serviço de pesquisa e desenvolvimento, ou seja, mesmo não tendo realizado vendas ao mercado³⁰.

Especificamente quanto à prova no caso em análise, considerou-se que os efeitos teriam alcançado o Brasil, pelo menos, de duas formas. A *primeira*, pela importação direta de “DRAM cartelizado”, e a *segunda* pela importação de produtos contendo o DRAM como insumo, e considerando que tal insumo representaria parcela relevante do produto final e que seria essencial para os produtos finais. E complementa que mesmo que aceitando os argumentos de defesa de que o DRAM cartelizado não teria sido diretamente exportado para o Brasil, ainda assim, haveria repercussão significativa do cartel internacional na economia brasileira porque o “insumo cartelizado alterou a dinâmica concorrencial dos produtos finais e, por conseguinte, as ineficiências associadas ao insumo DRAM devidas à existência do cartel foram repassadas aos produtos que usam esse insumo, os quais, por sua vez, foram exportados ao Brasil.”³¹

²⁸ Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Conselheiro relator Márcio de Oliveira Júnior.

²⁹ Veja-se parágrafo 198.

³⁰ Veja-se parágrafo 201.

³¹ Vide parágrafo 210 do voto.

A referência à conclusão sobre ter havido importação direta de “DRAM *cartelizado*” chama a atenção, pois tal conclusão dependeria de prova de que o DRAM exportado diretamente para o Brasil tivesse sido objeto do cartel – por ex., no caso de fixação de preço relacionado a exportação para o Brasil. Não foi esta a hipótese, entretanto, se considerarmos que no trecho do voto relativo à análise de mérito do caso, o termo “Brasil” não foi utilizado em nenhum trecho referente à explicação sobre a conduta investigada, ou sobre os documentos comprobatórios da conduta.

Ou seja, não há nenhuma referência no voto que indique que as empresas representadas incluíram o Brasil, ou o consideraram de qualquer forma, no âmbito das discussões do cartel. Portanto, o primeiro fator considerado como prova de efeito no Brasil foi, na verdade, apenas o fato de ter havido importação direta de DRAM *comercializado pelas empresas representadas*.

De forma diversa, no caso ABS citado acima, o Tribunal do Cade considerou que as exportações diretas das representadas para o Brasil não satisfaziam o requisito de “efeitos” do art. 2º da Lei n. 12.529/2011, pois não havia prova de que tais exportações tiveram seu preço influenciado/fixado pelo alegado cartel. Ou seja, não foi considerado suficiente a mera existência de exportações para o país; seria necessário comprovar que tais exportações teriam sido diretamente afetadas pelo cartel.

Retomando o critério considerado para prova de que efeitos teriam sido produzidos no Brasil, em relação à segunda forma pela qual os efeitos da conduta teriam atingido o Brasil, ou seja, por meio de efeitos indiretos, destacamos não termos encontrado no voto a indicação sobre como tais efeitos teriam sido comprovados. Há alegação expressa de que teria ocorrido sobrepreço sobre os produtos finais aos clientes brasileiros³², embora ausente a demonstração sobre como tal sobrepreço teria sido calculado ou comprovado. Em resumo, considerou-se ser prova de efeitos no Brasil o simples fato de haver vendas de produtos finais contendo o insumo objeto do cartel, e que tal insumo seria essencial para os produtos finais.

Observa-se uma tentativa de mensuração do impacto do cartel no território nacional através de estimativa do valor de DRAM presente no Brasil considerando (i) o volume de importação de computadores (que contém o produto DRAM) com base em dados de importação NCM, e (ii) uma estimativa de preço do insumo DRAM. A credibilidade dos resultados de tal estimativa, entretanto, é questionável, visto que o estudo não restringiu a análise aos computadores que poderiam de fato conter DRAM adquirido das empresas representadas. De toda forma, a estimativa em questão não servia ao propósito de estimar os efeitos do cartel no território nacional, pois para isso seria necessário considerar, ao menos, estimativas de eventual sobrepreço do DRAM gerado pelo cartel e estudo sobre as características da cadeia produtiva e probabilidades de eventual sobrepreço ser efetivamente repassado ao produto final adquirido pelos consumidores brasileiros.

Também aqui vale uma referência à decisão no caso ABS, na qual foi destacada a complexidade de cálculo de efeitos por via indireta e necessidade de diversos dados e informações capazes de viabilizar e respaldar a estimativa de repasse do sobrepreço ao consumidor final.

II.4. O caso das mangueiras e dos compressores herméticos

³² “Nesse sentido, os efeitos negativos compreenderam não apenas o sobrepreço sobre clientes brasileiros afetados pelo cartel, mas também a supressão de competitividade mútua combinada pelos participantes do cartel.”

No caso das mangueiras³³ o efeito no Brasil teria sido comprovado pelo fato de haver evidências de contratos relacionados a fornecimentos a empresa brasileira, Petrobrás, dentre aqueles objeto da infração. E no caso dos “compressores herméticos”³⁴, tais efeitos teriam sido comprovados por provas de discussões envolvendo o Brasil relacionadas a vendas no país e compartilhamento de informações sensíveis referentes a produtos comercializados no país. Em ambos os casos, teria havido venda direta de produtos no Brasil por ao menos algumas das empresas representadas.

III. Conclusão

Os critérios para configuração de efeitos no Brasil para fins de aplicação da legislação concorrencial a fatos ocorridos no exterior ainda são objeto de controvérsia. Isto se deve tanto ao fato de o Cade não ter tido ainda a oportunidade de se manifestar sobre determinadas situações, quanto ao de que a discussão sobre o tema é ainda relativamente incipiente, especialmente se considerarmos as hipóteses de cartel internacional que realmente trazem desafio em sua análise – outros que não aqueles em que haja provas claras da inclusão do Brasil no escopo do cartel e exportação direta ao país pelos representados.

As controvérsias envolvem desde a definição do que seriam, afinal, os “efeitos” de uma conduta anticoncorrencial referidos no art. 2º da Lei n. 12.529/2011; passando pelos critérios a serem considerados para avaliar a pertinência de se iniciar uma investigação, ou firmar acordo de leniência em relação a fatos praticados apenas no exterior; a critérios para configurar ofensa à legislação brasileira para proferir decisão condenatória; dentre outros.

A necessidade de identificação e comprovação dos efeitos (e não mera referência a probabilidades) é um dos pontos mais sensíveis. Considerando-se que, em caso de condutas, os fatos já teriam sido praticados e, portanto, a identificação dos efeitos seria possível, muitos entendem que tal comprovação não poderia ser dispensada.

A comparação com critérios adotados em outras jurisdições com significativa experiência na aplicação da legislação de concorrência também faz parte da discussão – considerando o critério aplicado não apenas no momento de decisão acerca da existência ou não de infração, mas também em momento prévio, particularmente durante negociação de acordos de leniência em diversas jurisdições relacionados ao mesmo fato.

Embora não tenhamos avaliado, dado o escopo deste trabalho, como os critérios para configuração de efeito são aplicados em casos concretos nos EUA – algo que deverá ser apresentado durante nosso painel no Seminário Internacional do Ibrac –, percebemos que os critérios gerais apresentados anteriormente³⁵ já consubstanciam maior segurança jurídica e clareza sobre o assunto.

Observamos, ainda, que ao contrário dos EUA, o critério de (extra)territorialidade do direito concorrencial e direito criminal, no Brasil, são diversos, em que pese a semelhança dos dispositivos

³³ Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18.

³⁴ Processo Administrativo n. 08012.005069/2010-82.

³⁵ Quais sejam, (i) a condição de o representado ter tido o objetivo de afetar o mercado norte-americano, e de (ii) o efeito ter de fato se produzido, e de forma substancial. Ou seja, a prova da intenção, objetivo, (ou ao menos efeito previsível, no caso de efeito indireto) parece ser requisito essencial, bem como a avaliação sobre o impacto, relevância dos efeitos no país.

aplicáveis a cada seara. No contexto dos debates acerca dos critérios para definição de efeitos no Brasil, o estudo sobre a prática e interpretação jurídica sobre configuração de crime de cartel por atos praticados no exterior pode ser de grande valia. Neste sentido, um especialista em direito criminal irá apresentar o entendimento do Ministério Público e Judiciário sobre critérios para configuração de crime de cartel, segundo a legislação brasileira, em relação a atos praticados no exterior.

Esperamos que os debates a serem realizados durante o Seminário Internacional do Ibrac contribuam para o aprimoramento da aplicação das leis concorrenciais e aumento da segurança jurídica para todos os jurisdicionados. Aguardamos sua participação e contribuição para esses debates!

IV. Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte geral. T. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; e ANDERS, Eduardo Caminati. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DAVIS, Ronald W. International Cartels: Who's Liable? Who's Not? Tracking a Moving Target. *in* The Antitrust Source. May, 2002.

GERBER, David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus. New York: Oxford University Press, 2001.

GRECO, Rogério. Curso de *Direito Penal – Parte geral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

KLEIN, Joel I. Anticipating The Millenium: International Antitrust Enforcement At The End Of The Twentieth Century. Presented at Fordham Corporate Law Institute. Nova Iorque, 1997.

LIPSKY, Abbott B., WILMOT, Kory. The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building? *in* The Antitrust Source. August, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as condutas. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Karla Margarida Martins Santos. Cartéis Transnacionais. A Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial e as Ações de Reparação de Danos em Defesa da Concorrência. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVEIRA, Paulo Burnier e SÁNCHEZ, Pablo Reja. *The Use of Indirect Evidences in the Fight Against Cartels in Brazil, in Competition Law and Policy in Latin America – Recent Developments*. Wolters Kluwer. Pp. 233-238. 2017.

Lista dos casos citados

- (EUA) United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 98 S. Ct. 2864, 57 L. Ed. 2d 854 (1978)
- (EUA) United States v. Nippon Paper Co., 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

- (EUA) Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993).
- (EUA) Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., No. 16-1220.
- HC n. 94.505/RS, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/9/2008.
- Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18 (“Cartel das Mangueiras”).
- Processo Administrativo n. 08012.001029/2007-66 (“Cartel de Perboratos”).
- Processo Administrativo n.08012.004599/1999-18 (“Cartel das Vitaminas”).
- Processo Administrativo n. 08700.001020/2014- 26 (“Cartel ABS”).
- Processo Administrativo 08012.005255/2010-11 (“Cartel DRAM”).