

# IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS  
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL

## **24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

### ***24<sup>th</sup> INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY***

**Campos do Jordão, São Paulo - Brasil**

**24 a 26 de outubro de 2018**

**Painel 10: Da Definição De Efeitos Para Fins De Aplicação Da Lei Concorrencial Brasileira a Cartéis Internacionais**

***Defining Anticompetitive Effects In Order To Apply Brazilian Competition Law To International Cartels***

# **Painel 10 - DA DEFINIÇÃO DE EFEITOS PARA FINS DE APLICAÇÃO DA LEI CONCORRENCIAL BRASILEIRA A CARTÉIS INTERNACIONAIS**

Proponente e Moderadora:

**Karen C. Ruback** | *Grinberg Cordovil*

Palestrantes:

**João Paulo de Resende** | *CADE - Conselheiro*

**Alden Caribé de Souza** | *CADE - Chefe de Gabinete Superintendência-Geral*

**Rachel Brass** | *Gibson Dunn*

**Marina Franco Mendonça** | *Mendonça e Marujo Advogados*

# Efeitos Domésticos de Cartéis Internacionais

João Paulo de Resende | CADE - Conselheiro



# Possibilidades de Efeitos

## ➤ Efeitos Direitos

- Cartel Mundial
  - Qualquer importação
  - Produtor(es) locais compõe(m) cartel
- Cartel Regional
  - Faz parte da região alvo

## ➤ Efeitos Indiretos

- Produto embutido
- Preço fixado em cartel local vira referência
- Monopólio local com paridade de preços

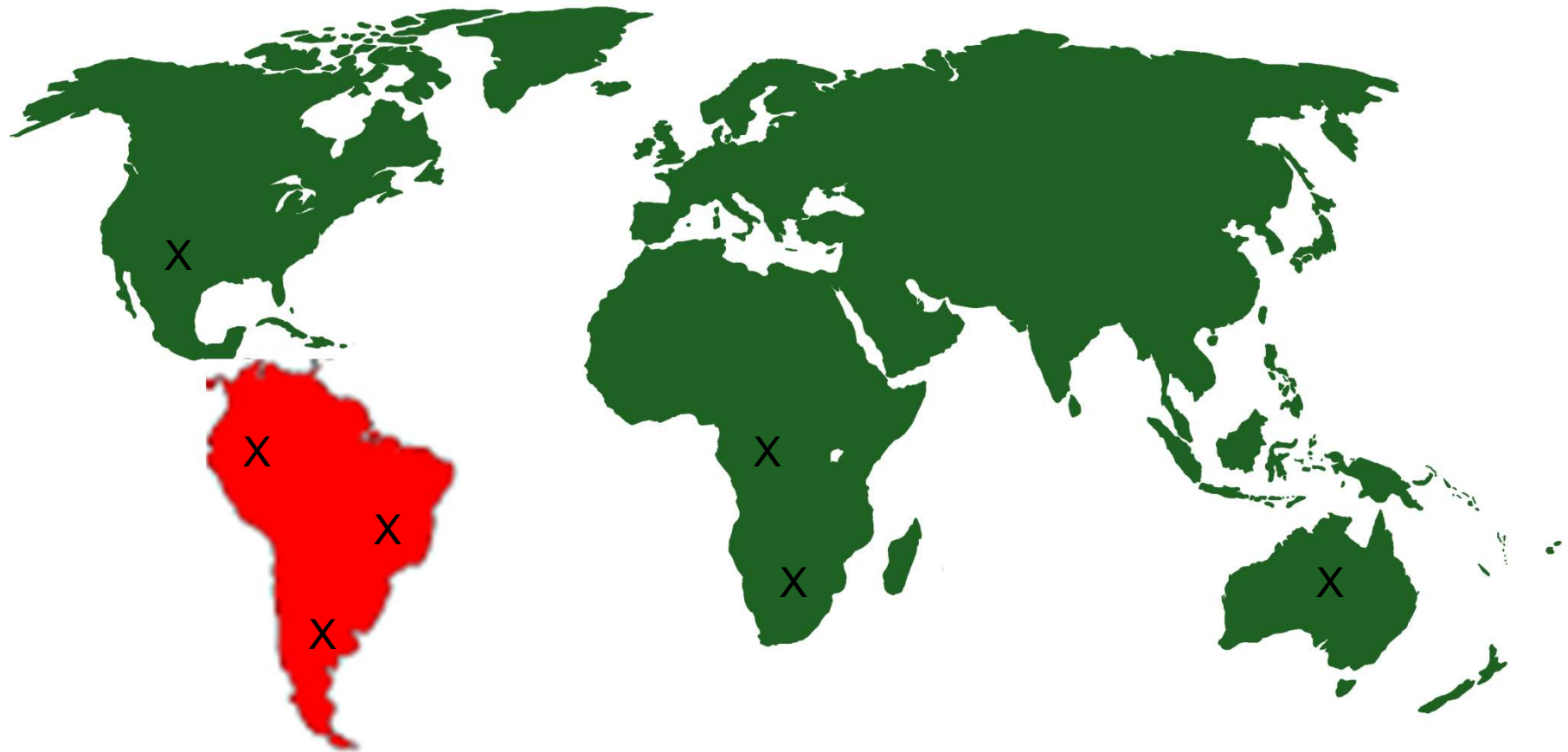
# Cartel Mundial sem Empresa Local



# Cartel Mundial com Empresa Local



# Cartel Regional

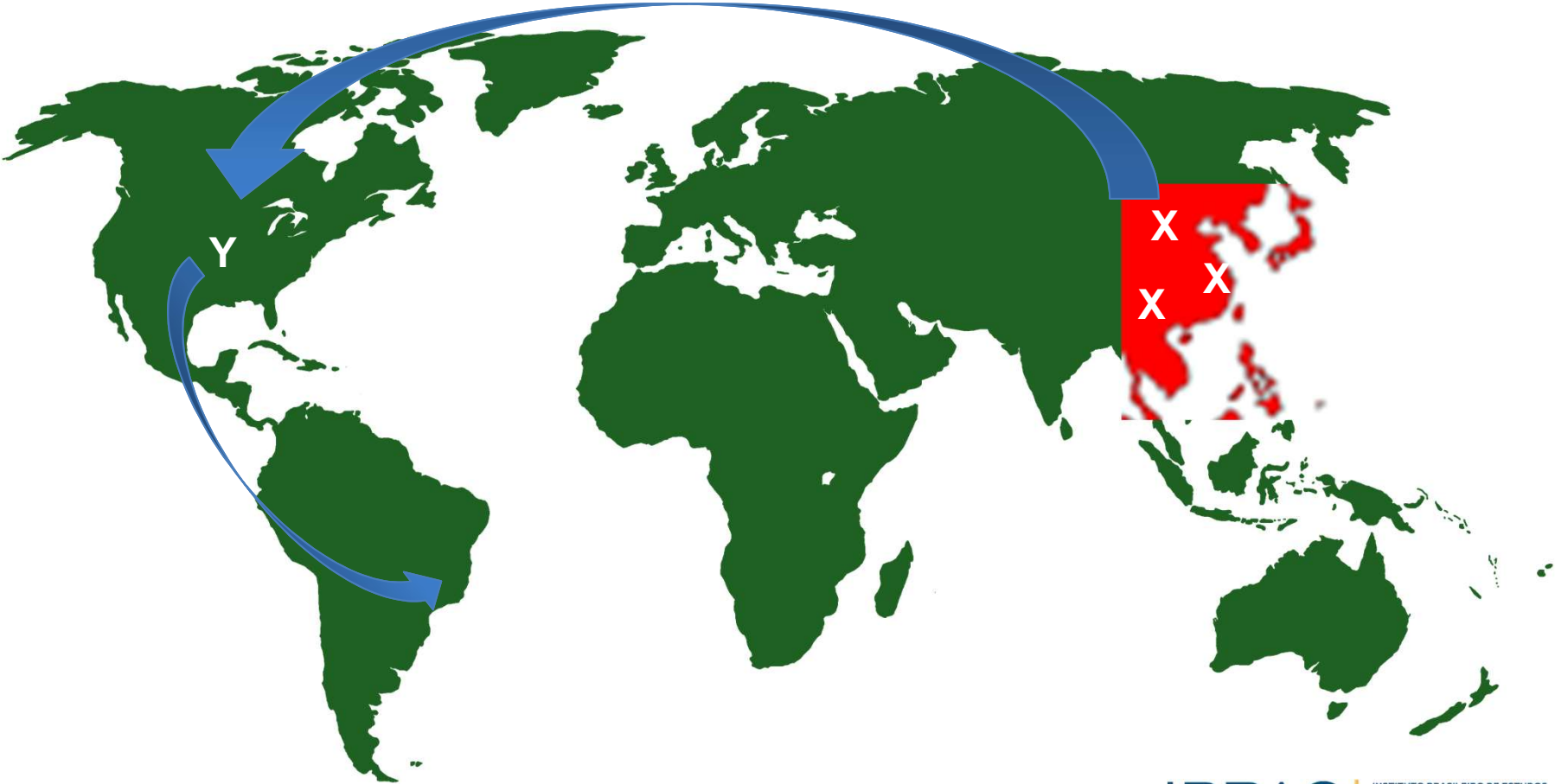


# Efeitos Indiretos 1 – Produto Embutido

- Produto cartelizado serve de insumo ou é componente de produto importado
- Difícil provar efeitos devido à absorção na cadeia mas, em geral, tende a gerar efeito quando:
  - Produto cartelizado representa % relevante dos custos do produto à jusante (25%?)
  - Mercado à jusante é bastante competitivo ( $HHI < 2500$ ?)
- Mas normalmente vem acompanhado de efeito direto, tornando-se uma questão de dosimetria
- **Obs.:** em tese, não precisa ser cartel internacional

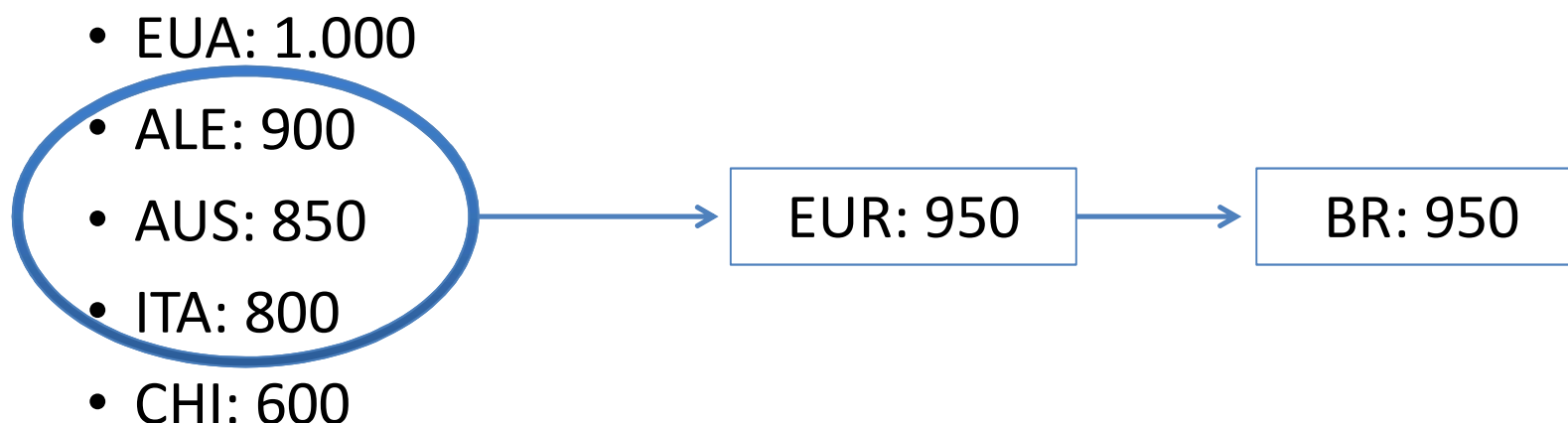


# Produto Embutido



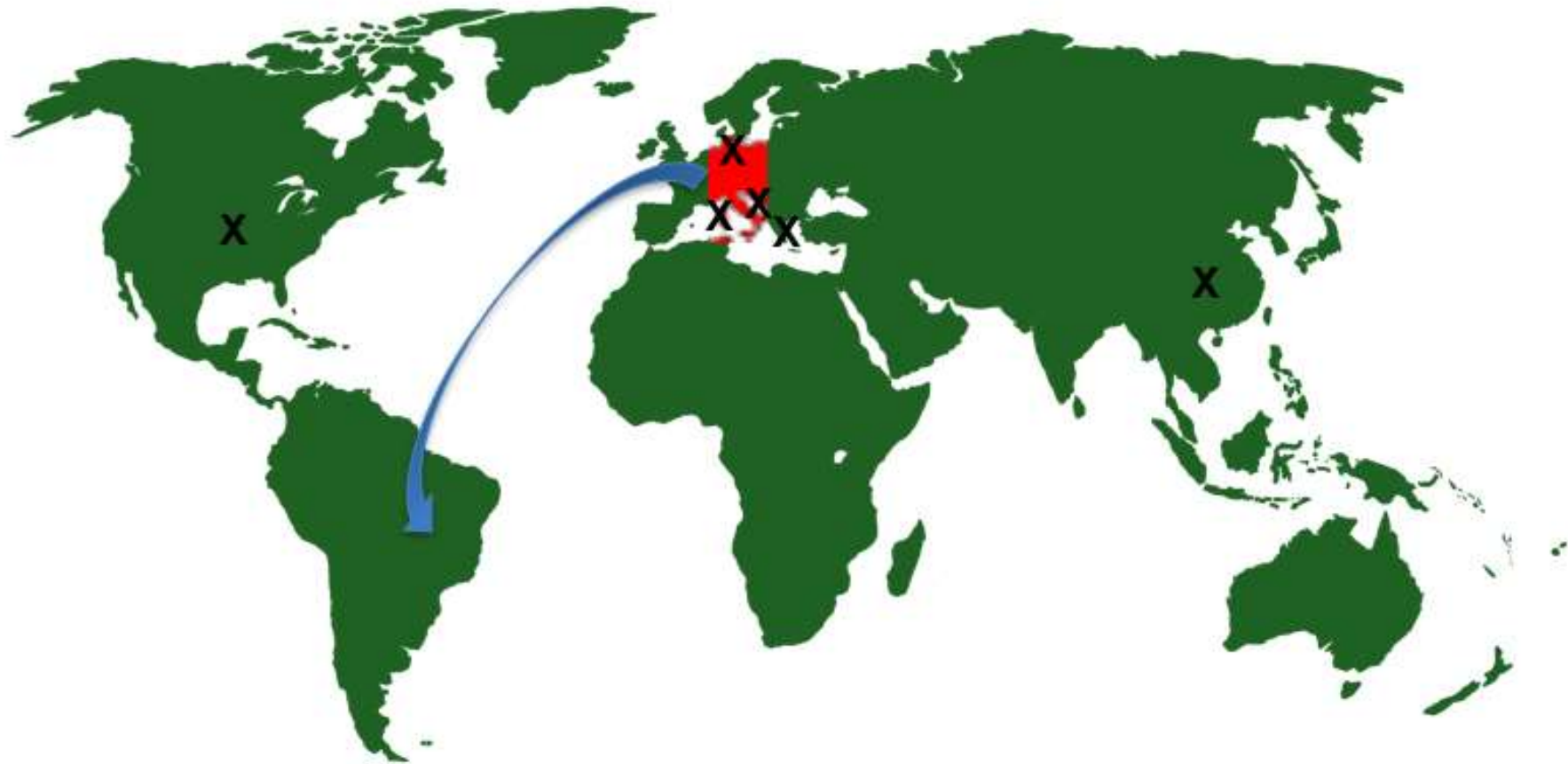
## Efeito Indireto 2 – Cartel Local com Preço de Referência

- Preço local usado como referência para exportação
- Exemplo:
  - Bem não homogêneo ou custo de frete relevante



- Precisaria demonstrar heterogeneidade e preço de importação

# Cartel Local com Preço de Referência



## **Efeito Indireto 3 – cartel mundial + monopólio nacional**

- Cartel regional com capacidade de afetar preços mundiais
- País não importa porque produz internamente
- No entanto, política do(s) produtor(es) locais é acompanhar preço internacional

# Produção Local com Cartel Mundial



# Efeitos e Dosimetria

- Para efeitos diretos, paridade internacional e cartel regional
  - valores importados (ou consumidos internamente) X sobrepreço (%) X duração da conduta.
- Para embutidos:
  - Quantidade embutida X sobrepreço (\$) X duração da conduta
- Individualização: faturamento virtual
  - Efeitos X participação mundial

# Cartéis internacionais: elementos exigidos para investigação

**Alden Caribé de Souza** | *CADE - Chefe de Gabinete  
Superintendência-Geral*



# Tipos de Efeitos de Ação Concertada no Estrangeiro

Tipo	Definição	Técnica de Julgamento
<i>Efeitos Diretos</i>	Cartel afeta operações de importação de bens por compradores brasileiros	Infração pelo objeto/ <i>per se</i>
Efeitos Indiretos	Cartel afeta transações no mercado de insumos estrangeiros usados em produtos importados	Infração pelos Efeitos/Regra da Razão  ?



# Efeitos indiretos: regra da razão, insignificância ou discricionariedade motivada?

Regra da Razão (comparar)	Bagatela (medir)	Avaliação político-administrativa de custo-benefício
<p>Acepção clássica (<i>Addyson Pipe &amp; Steel Co.</i>; <i>ABAV</i>): restrição concorrencial é ancilar a finalidade compensatória lícita (balanço)</p>	<p><i>Ofensa a bem jurídico tutelado (higidez competitiva do mercado) é diminuta a ponto de poder ser desprezada.</i></p>	<p>Esforço administrativo de punição é manifestamente antieconômico em relação aos benefícios dos <i>enforcement</i></p>
<b>Encaminhamento</b>		
<p>Nos cartéis tradicionais não haverá eficiência compensatória</p>	<p>Ausência de persecução de <i>naked restraint</i> (conduta cujo objetivo <i>direto e imediato é restringir oferta</i>)</p>	<p>Futuras quebras tecnológicas poderiam justificar revisão de critérios</p>

## ***“Extraterritorialidade” da LDC***

*“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.**”*

## **Art. 36 da LDC**

***“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”***

# Quando SG investiga?

- i. Cartéis globais ou envolvendo regiões específicas, com inclusão do **Brasil no objeto** (ex. mangueiras marítimas, perborato);
- ii. Cartéis globais ou envolvendo regiões específicas nos quais há provas de que uma ou mais empresas tiveram comportamento guiado pelo cartel e **exportaram diretamente para Brasil**; obs.: representadas todas as que deram causa à diminuição da competição, ainda que sem vendas para Brasil (ex. Vitaminas, compressors);
- iii. Importação indireta, conforme *materialidade* e *substancialidade*;
  - ***materialidade***: há prova robusta de que item cartelizado foi insumo para bem ou serviço exportado para Mercado brasileiro?
  - ***substancialidade***: os efeitos do cartel foram de modo significativo repassados ao importador indireto com atividade no Mercado brasileiro?

# Exemplos de critérios para aferir materialidade

- Cartelista vendeu ou coordenadamente deixou de vender para fornecedor que comprovadamente tinha atuação no mercado brasileiro (vendas ou ofertas)?
- O Brasil é de fato um destino relevante para o produto final afetado pelo cartel?

# Exemplos de critérios para aferir substancialidade

- Efeitos de restrição de quantidade, variedade ou qualidade são contabilizáveis ou relevantes?
- As empresas cartelistas são origens relevantes da demanda brasileira?

# Ação de autoridade estrangeira

SG busca evitar sobre punição (*double counting vs. bis in idem*) ou omissão em casos de importação indireta elegíveis para investigação.

# Domestic prosecution of international cartel conduct in the U.S.A.

Rachel Brass | *Gibson Dunn*

GIBSON DUNN

IBRAC | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS  
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL



# Overview

- Primer on U.S. statutes and principles governing domestic prosecution of international cartel conduct.
- Comparison of U.S. and Brazilian standards for domestic enforcement.
- Review of significant enforcement decisions in the U.S. and Brazil.

# U.S. Statutes on Domestic Enforcement of International Cartel Conduct

- Foreign Trade Antitrust Improvements Act (“FTAIA”)
  - Passed specifically to answer the question of when U.S. antitrust law applies to foreign conduct.
  - Defines the extraterritorial reach of the Sherman Act.
- Requires
  - Direct;
  - Substantial, and;
  - Foreseeable effects in the U.S.
  - Effects must give rise to a claim cognizable under the Sherman Act.
- Well-developed body of caselaw interpreting the FTAIA
  - See, e.g. *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

# Principles Underlying U.S. Standards

- Fairness
  - Ensures defendants are not forced to defend in remote forum with no interest in alleged anticompetitive conduct.
- Comity
  - Mitigate conflict with laws or policy of foreign jurisdictions.
  - Relative effectiveness of foreign enforcement vs. U.S. enforcement.
- Prosecutorial Discretion
  - Effects-based approach ensures efficient use of U.S. prosecutorial and judicial resources.

# Benefits of U.S. Standards

- Predictability
  - Plaintiffs and defendants can anticipate what conduct will be subject to enforcement in the U.S.
  - Standard is objective.
- Transparency
  - Relevant facts and applicable standards are ascertainable.
- International relations
  - Better cooperation between U.S. and foreign antitrust agencies.
  - Reduced conflict in application of U.S. and foreign laws.

# Ambiguity in Brazilian Standards Harms Ability To Meaningfully Advise Investigation Targets

## United States Standards

- Governed by the Foreign Trade Antitrust Improvements Act.
- International conduct must cause effects felt within the United States to justify domestic enforcement.
  - Effects felt in U.S. must be:
    - Direct
    - Substantial
    - Foreseeable
  - Effect must support application of Sherman Act to conduct.

## Brazilian Standards

- No statute or reference case setting the standards on point.
- Enforcement is discretionary on the part of CADE.
- No stated policy as to what effect or conduct will support exercise of jurisdiction.

# International Enforcement in Practice in the United States

Hoffman-LaRoche v. Empagran SA  
(Vitamins)

- Facts did not support private domestic enforcement
  - Price-fixing affected both U.S. and non-U.S. customers.
  - Adverse foreign effect was divisible from adverse domestic effect because complained-of transactions occurred entirely outside U.S. commerce.
  - Application required more than showing that U.S. purchaser of same goods was also injured.

# International Enforcement in Practice in the United States

Motorola Mobility v. AU Optronics  
(LCD Panels)

- Facts did not support private domestic enforcement
  - Price-fixing also affected both U.S. and non-U.S. customers.
  - Foreign-foreign nature of transaction precluded private right of action.
- Facts did support potential criminal and injunctive enforcement
  - Component price-fixing could lead to identifiable upward effect on cellphone prices in U.S. justifying potential DOJ enforcement.

# International Enforcement in Brazil

## CADE Cathode Ray Tube Investigation

- CADE exercised jurisdiction over alleged international price-fixing cartel that included Toshiba and MT Picture Display based on evidence that:
  - Meetings were held in Brazil;
  - Foreign meetings referenced Brazilian consumers;
- Still no clear standard or policy as to the level of effect or type of conduct that supports exercise of jurisdiction by CADE
  - Possibility of presumption that Brazil was part of the agreement (even if it was not expressly excluded in the references to the world market or Latin America market)
  - Actual effect on Brazilian commerce was not shown.



# GIBSON DUNN

## Our Offices

### Beijing

Unit 1301, Tower 1  
China Central Place  
No. 81 Jianguo Road  
Chaoyang District  
Beijing 100025, P.R.C.  
+86 10 6502 8500

### Brussels

Avenue Louise 480  
1050 Brussels  
Belgium  
+32 (0)2 554 70 00

### Century City

2029 Century Park East  
Los Angeles, CA 90067-3026  
310.552.8500

### Dallas

2100 McKinney Avenue  
Suite 1100  
Dallas, TX 75201-6912  
214.698.3100

### Denver

1801 California Street  
Suite 4200  
Denver, CO 80202-2642  
303.298.5700

### Dubai

Building 5, Level 4  
Dubai International Finance Centre  
P.O. Box 506654  
Dubai, United Arab Emirates  
+971 (0)4 370 0311

### Hong Kong

32/F Gloucester Tower,  
The Landmark  
15 Queen's Road Central  
Hong Kong  
+852 2214 3700

### London

Telephone House  
2-4 Temple Avenue  
London EC4Y 0HB  
England  
+44 (0)20 7071 4000

### Los Angeles

333 South Grand Avenue  
Los Angeles, CA 90071-3197  
213.229.7000

### Munich

Marshallstraße 11  
D-80539 München  
Germany  
+49 89 189 33-0

### New York

200 Park Avenue  
New York, NY 10166-0193  
212.351.4000

### Orange County

3161 Michelson Drive  
Irvine, CA 92612-4412  
949.451.3800

### Palo Alto

1881 Page Mill Road  
Palo Alto, CA 94304-1125  
650.849.5300

### Paris

166, rue du faubourg Saint  
Honoré  
75008 Paris  
France  
+33 (0)1 56 43 13 00

### San Francisco

555 Mission Street  
San Francisco, CA 94105-0921  
+1 415.393.8200

### São Paulo

Rua Funchal, 418, 35° andar  
Sao Paulo 04551-060  
Brazil  
+55 (11)3521.7160

### Singapore

One Raffles Quay  
Level #37-01, North Tower  
Singapore 048583  
+65.6507.3600

### Washington, D.C.

1050 Connecticut Avenue NW  
Washington, D.C. 20036-5306  
202.955.8500

# Aplicação do princípio da territorialidade do direito criminal ao crime de cartel praticado no exterior

**Marina Franco Mendonça** | *Mendonça e Marujo Advogados*

# Lei Penal no Espaço

## Territorialidade

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

## Lugar do Crime

Art. 6º - 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.

## Teoria pura da ubiquidade:

“Lugar do crime tanto pode ser o da ação como o do resultado, ou ainda o lugar do bem jurídico atingido”

(Bitencourt, Tratado de Direito Penal – Parte Geral, p. 236)

# Lei Penal no Espaço

## **Extraterritorialidade:**

Exceção ao princípio da territorialidade e abarca as situações nas quais a lei brasileira é aplicada a crimes cometidos no exterior, ou seja, fora do território nacional (artigo 7º, do Código Penal)

## **Princípio Real, de Defesa ou de Proteção**

“Esse princípio permite a extensão da jurisdição penal do Estado titular do bem jurídico lesado, para além de seus limites territoriais, fundamentado na nacionalidade do bem jurídico lesado (art. 7º, I, do CP), independentemente do local em que o crime foi praticado ou da nacionalidade do agente infrator. Protege-se, assim, determinados bens jurídicos que o Estado considera fundamentais”. (Bitencourt, *op. cit.*)

Economia globalizada: necessidade cada vez maior do Estado proteger os seus interesses além-fronteiras.

# Crime de Cartel

## Previsão legal

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Crime instantâneo de efeitos permanentes;

Inciso I: crime de resultado;

Inciso II: crime de mera conduta;

Admite tentativa.

# Crime de Cartel

## Bem jurídico

Os bens jurídicos atribuem ao direito penal um aspecto restritivo, pois apenas os interesses mais relevantes ao homem, à sociedade e ao Estado são tutelados por essa área. Além disso, os bens jurídicos atribuem uma dimensão material aos delitos tipificados por nosso ordenamento.

O bem jurídico tutelado é a livre concorrência ou a liberdade de iniciativa econômica. Indiretamente tutelam-se os concorrentes e consumidores.

## Cartéis internacionais

Conduta no exterior e no território nacional;

Conduta apenas no exterior com efeitos – concretos ou potenciais – no Brasil.

Em regra, são processados na área criminal cartéis internacionais que tenham ações/conduas no território nacional.

# Crime de Cartel

## Cartel das Cargas Aéreas

- Em 2008, foi oferecida denúncia em face dos representantes da Lufthansa, VarigLog, Air France, KLM, American Airlines, ABSA, Alitalia e United Airlines.
- Apenas o representante da VarigLog não aceitou a proposta de suspensão condicional do processo formulada pelo Ministério Público;
- Ao final do processo, em 29.01.2014, o representante da VarigLog foi condenado pela Juíza de 1ª Instância à pena de 10 anos e 3 meses de reclusão e ao pagamento de multa no valor de R\$ 378,9 milhões pela prática dos crimes de cartel e formação de quadrilha;
- Apesar de se tratar de cartel internacional, teria havido atos praticados no Brasil para a suposta formação de cartel:
  - *“Os emitentes e destinatários das mensagens eletrônicas e os participantes das conversas, que aconteciam via telefone e informalmente, nos escritórios, em eventos e em encontros nos aeroportos, eram sempre os mesmos e em mais de três, e os diálogos perduraram por cerca de dois anos”.*
- Sobre os efeitos do cartel, a Juíza limitou-se a transcrever as conclusões da SDE e não os levou em conta para a condenação.

# Crimes Cometidos no Exterior com Efeitos no Brasil

## O Caso Sadia

- *Insider Trading*: executivos da Sadia teriam usado informação privilegiada acerca da oferta pública para a aquisição de ações da Perdigão S.A. pela Sadia para a compra de ADRs de emissão da Perdigão em Nova Iorque.
- Houve discussão sobre a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado no Brasil, uma vez que as ADRs teriam sido adquiridas nos Estados Unidos, que restou afastada:
  - “entendo que o bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos os investidores de operar no mercado de capitais. Ademais, o mercado de capitais é globalizado, ou seja, há influência de um mercado sobre o outro, conforme bem observado no parecer ministerial. Por isso, independe para o investidor se a aplicação financeira daquela pessoa que detinha a informação privilegiada ocorreu aqui no Brasil ou não, pois o que é crucial para o investidor é a presença da credibilidade para que ocorra o bom funcionamento do mercado de capitais”. (Decisão TRF3)



# Crimes Cometidos no Exterior com Efeitos no Brasil

## Conclusões:

- O caso Sadia pode ser usado como paradigma para a definição de efeitos – concretos ou potenciais – no Brasil de crimes cometidos no exterior para fins de punição no território nacional;
- A definição dos efeitos no caso Sadia levou em conta conceitos muito amplos, como a globalização do mercado de capitais, a necessidade de confiança do investidor no mercado como um todo e a influência do mercado americano sobre o brasileiro e vice versa. Nos casos de cartéis internacionais, os conceitos de economia global e influência de um mercado sobre o outro podem ser facilmente aplicados para a aplicação da legislação brasileira.
- Não há definição doutrinária ou jurisprudencial, até o momento, sobre quais efeitos dos cartéis internacionais no Brasil ensejariam a aplicação da legislação brasileira e a consequente punição dos agentes. Assim, são raras as denúncias criminais para a apuração de cartéis internacionais que tenham apenas efeitos – e não condutas – no Brasil.

# Questões para debate e votação

Site: [menti.com](https://www.menti.com)

PIN: 31 09 78

**1) O que poderia configurar os “efeitos” a que se refere o art. 2º da Lei 12.529/2011?**

- a) Efeitos mensuráveis - impacto em preços e/ou quantidades disponibilizados ao mercado brasileiro
- b) Quaisquer outros, como “arrefecimento da concorrência”

**2) Nossa lei autoriza iniciar investigação e, posteriormente, impor condenação pela produção de efeitos indiretos (apenas indiretos) no Brasil?**

a) Sim

a) Não

**Hipótese: mercado no qual as cotações de preço dos produtos sejam sempre apresentadas para projetos específicos (produto customizado, especificações técnicas e preços diferentes para cada pedido de cotação). Os acordos entre concorrentes ocorreram em relação a pedidos de cotação específicos.**

3.1) A análise de efeitos no Brasil deveria considerar, em relação a cada representado, apenas os pedidos de cotação em relação aos quais tenha firmado acordo com concorrente? Ou seja, a demonstração do nexo de causalidade entre a participação na conduta e efeitos no Brasil deve ser considerada de forma individualizada em relação a cada representado?

a) Sim

a) Não

**Hipótese: mercado no qual as cotações de preço dos produtos sejam sempre apresentadas para projetos específicos (produto customizado, especificações técnicas e preços diferentes para cada pedido de cotação). Os acordos entre concorrentes sempre ocorreram em relação a pedidos de cotação específicos.**

3.2) Caso o pedido de cotação especifique o território no qual o produto deverá ser entregue, a responsabilidade do representado restringe-se ao que está delimitado no pedido, ou poderia ser ele responsabilizado caso, posteriormente (após já selecionado como fornecedor do produto), e de forma unilateral, o cliente decida exportar o produto para outros territórios, e aí então incluir o Brasil?

- a) Sim, pode ser responsabilizados caso haja alteração do escopo do pedido posteriormente.
- b) Não, pois ao praticar a conduta, inexistia potencialidade de efeitos ao Brasil.

**4) A mera referência esporádica ao Brasil (em poucas atas de reunião dos membros do cartel, por ex.), em trechos que tratem de estudos/dados de mercado, mas não nos trechos envolvendo informações concorrencialmente sensíveis ou acordo propriamente – discussão para fixação de preço, divisão de mercado – , seria suficiente para considerar o Brasil incluído no escopo do cartel internacional e configurar potencialidade de efeitos no Brasil?**

a) Sim

a) Não

**Hipótese: há um cartel internacional do qual todas as representadas participam. Apenas as representadas que possuem fábrica no Brasil mantêm, paralelamente, reuniões e acordos específicos para o Brasil.**

**5) O critério para considerar a possibilidade de efeitos no Brasil em relação às representadas que participaram apenas do cartel internacional deveria ser diferente do cenário em que houvesse apenas um cartel internacional?**

- a) Sim. Nesta hipótese, indicações de que o Brasil estava incluído no escopo da conduta ocorrida no exterior deveriam ser mais explícitas
  
- a) Não