

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

Ana Paula Martinez

Sumário: 1. Introdução; 2. Cartéis Internacionais: conceito e evolução; 3. Aplicação Extraterritorial da Lei da Concorrência no combate aos cartéis internacionais, 3.1 Estados Unidos, 3.2 Comunidades Européias, 3.3 Brasil, 3.4 Mercosul e ALCA; 4. Tendências no combate aos cartéis internacionais, 4.1 Incremento dos acordos de cooperação, 4.2 Programa de Leniência, 4.3 Imposição de penas mais rigorosas; 5. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o combate aos cartéis internacionais; 6. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

“Dans la vie, il n’y a pas de solutions, il y a des forces en marche: il faut les créer et les solutions suivent”.

Saint Exupéry – Vol de Nuit

É inegável a transformação que a economia mundial vem passando desde a última década, decorrente dos avanços tecnológicos, da expansão da economia de mercado e da crescente liberalização do comércio mundial. Todas essas mudanças fazem com que as questões envolvendo concorrência tenham que ser encaradas em sua dimensão global.

Em decorrência disso, as autoridades antitruste têm, em um número crescente de casos, enfrentado acordos secretos entre empresas em prejuízo da concorrência que ultrapassam as fronteiras de um determinado país, tendo efeitos em múltiplas jurisdições.

Ocorre que a investigação e a punição de cartéis internacionais envolvem muitas dificuldades, ainda não superadas pelos órgãos antitruste mundiais. Tendo isso em vista, abordaremos a questão da aplicação extraterritorial da lei de defesa da concorrência no combate aos cartéis internacionais e as tendências no tratamento do tema, com ênfase para a situação brasileira.

2. Cartéis Internacionais: conceito e evolução

Os cartéis internacionais são acordos ou ajustes entre empresas, não necessariamente concorrentes⁵⁰, que objetivam, ao alterar artificialmente as condições de mercado com relação a certos bens ou serviços, restringir ou eliminar a concorrência em âmbito mundial⁵¹. Os cartéis operam essencialmente através da fixação de preços ou de condições de venda; limitação ou redução da capacidade produtiva ou distributiva; ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento⁵².

Esses acordos são punidos, por determinação legal, pela maioria dos países ou blocos industrializados, como Estados Unidos⁵³, Comunidades Europeias⁵⁴ e Brasil⁵⁵.

Spratling⁵⁶ identificou certas características típicas dos cartéis internacionais: (i) participação direta da alta direção; (ii) previsão de esquemas de

⁵⁰ Carlos Barbieri Filho em *Disciplina Jurídica da Concorrência*, São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 142, esclarece que o acordo ou o ajuste entre empresas não se limita às concorrentes entre si (formação igualitária), mas abrange também os acordos entre empresas fornecedoras e clientes entre si (formação hierárquica).

⁵¹ Depois de muitas discussões, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1997 determinou que, para efeitos de estatísticas, uma questão internacional, seja ela uma investigação de condutas ilícitas ou um ato de concentração, será assim considerada se envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno dos EUA ou nas suas relações de comércio exterior e se fosse preenchido pelo menos um dos seguintes critérios: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional dos EUA; (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada nos EUA; (iii) a conduta considerada ilegal pela lei americana ter sido praticada fora de seu território; e (iv) para análise do caso ou investigação ser necessária a cooperação com autoridades antitruste estrangeiras.

⁵² H. Hovenkamp em *Antitrust*, 2^a. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1997, p. 74 - 75, afirma que certas características fazem um mercado ser mais propenso à cartelização. São elas: número reduzido de empresas no mercado, as empresas terem o mesmo tamanho, o mesmo nível de eficiência e ofertarem produtos homogêneos. O cartel terá maior probabilidade de sucesso se contar com a participação de todas as empresas do mercado e se desenvolver elaborados mecanismos de controle das relações.

⁵³ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. parágrafos 1 - 7. Como lembra M. Guerrin e G.Kyriazis, *Cartels: Proofs and Procedural Issues*, in *Fordham International Law Journal*, New York: Transnational Publications Inc., 1993, p. 2, os cartéis são condutas anticoncorrenciais punidas per se nos Estados Unidos, por ter se provado, com a experiência, que são estruturas que não trazem qualquer benefício ao mercado.

⁵⁴ Versão compilada do Tratado que instituiu as Comunidades Europeias, de 25 de março de 1997, artigo 81 (ex artigo 85).

⁵⁵ Lei 8.884, de 11 de agosto de 1994, artigos 20 e 21, e Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, artigo 4º.

compensação: se uma firma vender mais ou a preço diferente do acordado, terá que compensar as empresas prejudicadas do cartel por sua postura oportunista; (iii) natureza arrogante dos seus participantes⁵⁷; e (iv) utilização de Associações de Classe para encobrir o cartel.

O primeiro caso notório de cartel internacional punido é o U.S. v. American Tobacco⁵⁸, de 1907. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos investigou na ocasião mais de 90 firmas e indivíduos. Uma das condutas imputadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas que estabelecia que cada uma não atuaria no país do outro e dividia o restante do mercado mundial entre as empresas.

Estudiosos estimam que, entre 1929 e 1937, os cartéis internacionais controlavam cerca de 40% do mercado mundial. Porém, foi somente a partir dos anos 40 e 50 que as autoridades antitruste, notadamente as norte-americanas, começaram a investigar sistematicamente cartéis de âmbito de atuação mundial, com presença nos mais diversos mercados: alumínio, lâmpadas incandescentes, nylon, titânio, equipamentos militares e instrumentos para aeronaves⁵⁹.

Entre os anos 50 e 90, houve uma redução no combate e punição aos cartéis internacionais por parte das autoridades de defesa da concorrência. Foi somente a partir dos anos 90, com a crescente globalização do comércio, que a persecução a cartéis internacionais voltou a fazer parte das prioridades dos órgãos antitruste mundiais.

A questão está em que, com o implemento tecnológico, os cartéis passaram a ser dotados de um nível de sofisticação muito elevado, geralmente com encontros em outras jurisdições que não a dos Estados Unidos e a das

⁵⁶ Gary R. Spratling, *Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999* in www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech_1999.htm, 33 pp., 1999.

⁵⁷ Por exemplo, em fita gravada em encontro dos dirigentes do cartel das lisinas, o presidente da ADM, empresa participante do cartel, chegou a afirmar que “(n)ossos competidores são nossos amigos; nossos clientes, nossos inimigos”.

⁵⁸ *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 184 (1911).

⁵⁹ O estudo *International Cartels as an obstacle to International Trade* elaborado por Corwin D. Edwards para o Departamento de Justiça norte-americano em 1944 mostra que antes da Segunda Guerra Mundial havia 179 cartéis internacionais, dos quais 109 contavam com a participação de empresas norte-americanas.

Comunidades Européias.⁶⁰ Examinaremos, sinteticamente, as recentes condenações de cartéis internacionais.

O cartel da lisina⁶¹ era formado por empresas que acordaram os preços e o volume da oferta do produto em âmbito mundial entre julho de 1990 e junho de 1995. A Comissão Européia⁶² impôs multas superiores a 110 milhões de euros. Ressalte-se que todas as empresas participantes do cartel eram não comunitárias, mas atuantes no mercado comum europeu.

O cartel do ácido cítrico⁶³ era formado por empresas que, mediante um acordo, fixaram preços e o volume da oferta em todo o mundo, determinando inclusive a porcentagem de participação de mercado mundial que cada integrante teria, prática exercida entre os anos de 1991 e 1995. Em agosto de 1996, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano deu início à investigação, com o apoio do Federal Bureau of Investigation (FBI). Os dirigentes das empresas encontravam-se em lugares alternativos ao redor do mundo para acordar as linhas gerais de atuação, enquanto que aos executivos subordinados restava a missão de discutir os detalhes do acordo e sua implementação. Calcula-se que o preço do produto era artificialmente aumentado em 30%, resultando em milhares de milhões de dólares de lucro com a prática. A Comissão Européia⁶⁴ decidiu pela aplicação de multa no valor de 135,22 milhões de euros a cinco empresas fabricantes do produto.

O cartel dos eletrodos de grafite⁶⁵ era formado por empresas que acordaram o preço e o volume da oferta dos eletrodos de grafite em âmbito mundial entre os anos de 1992 e 1997. A Comissão Européia⁶⁶ aplicou multa às empresas em um total de 218,8 milhões de euros, depois de uma aprofundada investigação que teve início em 1997. O Departamento de Justiça norte-

⁶⁰ Isso se dá, basicamente, por duas razões claramente identificáveis: (i) essas jurisdições têm uma política agressiva de investigação e persecução desses cartéis e a sanção aplicada é muito severa; e (ii) no geral, as autoridades antitruste do terceiro mundo não dispõem de recursos para investigar de forma eficaz essas condutas e, ainda que elas sejam perseguidas, as potenciais sanções compensam os lucros obtidos em virtude da estrutura de cartel.

⁶¹ A lisina é um aminoácido usado em alimentos de animais para fins nutricionais.

⁶² JO L 152, de 7.6.2001. G. de Bronett, Commission fines ADM, Ajinomoto and others in lysine cartel in Competition Policy Newsletter n° 3/2000, pp. 39-40, in www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn.

⁶³ O ácido cítrico é um aditivo orgânico usado em bebidas, cosméticos, medicamentos, detergentes, produtos químicos e têxteis.

⁶⁴ Processo COMP/36.604; IP/01/1743, de 5 de dezembro de 2001.

⁶⁵ Os eletrodos de grafite são colunas de grafite moldadas em cerâmica utilizadas principalmente na produção de aço em fornos de aço elétrico.

⁶⁶ Processo COMP/36.490; IP/01/1010, de 18 de julho de 2001.

americano também aplicou multas e condenou penalmente indivíduos pela prática anticompetitiva, assim como o Competition Bureau's of Canadá⁶⁷, que ainda com a investigação em curso, condenou em 1999 uma firma americana participante deste cartel a pagar mais de CDN\$ 30 milhões, um recorde até então.

O cartel das vitaminas, que é considerado o maior cartel internacional já punido, dividiu o mundo em regiões de atuação para cada uma das empresas, fixando preços de uma série de vitaminas⁶⁸ em cada uma dessas áreas entre 1990 e 1999. O cartel contava com um sistema rigoroso de controle da aplicação de seus acordos, com reuniões regulares para o acerto das condutas. Foi numa dessas reuniões, no Havaí, que o Departamento de Justiça norte-americano, com o auxílio do FBI, conseguiu obter provas para punir o comportamento anticompetitivo das empresas em mais de US\$ 1 bilhão, tendo também condenado altos executivos à prisão. A Comissão Européia⁶⁹ igualmente puniu a conduta, com multa total de 855,23 milhões de euros, aplicada a oito empresas.

Finalmente, o cartel do gluconato de sódio⁷⁰ fixou os preços do produto e dividiu o mercado mundial entre seus participantes entre os anos de 1987 e 1995. A Comissão Européia⁷¹ deu início à investigação em 1997, tendo punido as empresas participantes em 57,53 milhões de euros.

3. Aplicação extraterritorial da lei da concorrência no combate aos cartéis internacionais

Muitas vezes, o alcance de uma determinada legislação nacional mostra-se insuficiente para punir as práticas anticompetitivas que afetam sua

⁶⁷ Record \$ 30 million fine and Restitution by UCAR Inc. for Price Fixing Affecting the Steel Industry in www.strategies.ic.gc.ca/SSG/CT01478E.html, 1999.

⁶⁸ As vitaminas eram: A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, beta-caroteno e carotenóides.

⁶⁹ Processo COMP/37.512; IP/01/1625, de 21 de novembro de 2001. De acordo com o XXXI Relatório sobre a Política da Concorrência da Comissão Européia (2001), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, p. 23, 2002, decidiu-se pela abertura de apenas um processo, a despeito de que para cada vitamina havia um cartel, uma vez que o modus operandi de todos eles era essencialmente o mesmo e que duas empresas – Hoffman-La Roche e BASF – lideraram praticamente todos os cartéis.

⁷⁰ O gluconato de sódio é um produto químico utilizado para a limpeza de metal e de vidro, com aplicação na lavagem de garrafas, na limpeza de utensílios e na remoção de tinta, sendo também utilizado como aditivo nos produtos alimentares e em diversas outras aplicações químicas.

⁷¹ Processo COMP/36.756; IP/01/1355, de 20 de outubro de 2001.

jurisdição. No que diz respeito aos cartéis internacionais, surge a questão de autoridades antitruste poderem exercer seus poderes de investigação, produzir provas fora de suas fronteiras e dar eficácia às penalidades impostas, mesmo em se tratando de indivíduos ou empresas estrangeiras.

Os ordenamentos jurídicos vêm recorrendo a sucessivas teorias para solucionar essa questão.

3.1 Estados Unidos

O primeiro caso paradigmático nessa matéria foi o *American Banana Co. v. United Fruit Co.*⁷², julgado pela Suprema Corte norte-americana. O juiz do caso, Holmes, sentenciou que “(a) regra geral, quase universal, é de que o julgamento de um ato como legal ou ilegal deve ser determinado totalmente pela lei do país onde tal ato foi praticado”, opinião que foi acatada até 1945. Nesse ano, foi julgado o caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*⁷³, em que um grupo de empresas produtoras de alumínio era acusado de dividir o mercado mundial em áreas de atuação para cada uma das empresas. A conduta anti-concorrencial havia se concretizado inteiramente no exterior, faltando, assim, um elemento de conexão que permitisse a aplicação do direito antitruste americano. O juiz Learned Hand buscou a solução, sentenciando que “(q)ualquer Estado pode impor penalidades para condutas ocorridas fora de suas fronteiras que tenham conseqüências dentro de seu país”, criando o que foi chamado de teoria dos efeitos (*effects-doctrine*). Essa decisão foi duramente criticada, tendo em vista, principalmente, as normas de natureza penal do direito antitruste americano e o fato de que nos EUA são devidos, em ações antitruste privadas, três vezes o valor das perdas e danos (*treble damages*)⁷⁴.

⁷² 213 US 347 (1909).

⁷³ 148 F.2d 416 (2nd Circ. 1945).

⁷⁴ Muitos tribunais estrangeiros chegaram a negar a eficácia de decisões baseadas na *effects-doctrine*. No caso *United States v. Imperial Chemical Industries*, 100 F. Supp. 504 (S.D. N.Y. 1951), a Inglaterra negou-se a executar a sentença condenatória norte-americana. Nas palavras do juiz inglês, no julgamento a favor da empresa britânica *British Nylon Spinners*, afetada pela decisão americana: “(p)arece-me que se trata de aplicação de uma jurisdição extraterritorial em que não reconhecemos aos tribunais americanos a autoridade para dar ordens que destruiriam ou qualificariam aqueles direitos pertencentes a um nacional inglês, que não é sujeito à jurisdição dos tribunais americanos”. Como lembra Lior Pinsky, *Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste*, in RDM 115, São Paulo: RT, 1999, p. 134, as reações dos demais países podem ser classificadas como sendo de dois tipos: (i) recusa dos tribunais em dar assistência às cortes-americanas ou executar as suas sentenças e (ii) edições de leis contra essas decisões, tanto do tipo *clawback* (permitia aos condenados por *treble damages* recu-

Em 1995, o Federal Trade Commission e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos emitiram o Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, que fixa uma série de pontos para determinar se o órgão terá competência para investigar uma determinada conduta cometida fora de seu território, entre os quais a existência de propósitos explícitos de prejudicar ou afetar o comércio norte-americano, o grau de conflito com a lei ou política estrangeira e a efetividade de repressão no país estrangeiro.

A jurisprudência norte-americana tem evoluído no sentido de que se deve avaliar o impacto da conduta no seu âmbito interno para determinar se os Estados Unidos são competentes para investigar e punir um cartel internacional⁷⁵.

3.2 Comunidades Européias

O artigo 81, § 1º, do Tratado de Roma⁷⁶ determina que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas 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 comum. De forma gradual, as Cortes Européias foram aplicando essa determinação com base em diferentes doutrinas.

Na primeira oportunidade que a Corte de Justiça das Comunidades Européias teve de aplicar a legislação antitruste comunitária extraterritorialmente a cartéis internacionais, no caso *Dyestuffs*⁷⁷ em 1972, entendeu-se que

perar seus valores em seus países) quanto do tipo *bloching* (que tornavam ilegal ou dificultavam ser testemunha, obter documentos ou executar julgamentos por *treble damages* de outros países).

⁷⁵ Ver Decisão da 9th Circuit US Court of Appeals em *Metro Industries, Inc. v. Sammi Co.* 94-56180, de 1996.

⁷⁶ Tratado que instituiu as Comunidades Européias, de 25 de março de 1957, versão consolidada.

⁷⁷ Caso 48/69, *ICI v. Commission (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619. Este cartel iniciou-se quando fabricantes de tintas, em um encontro na Suíça, fixaram preços para uma série de produtos vendidos no Mercado Comum Europeu. A empresa inglesa *Imperial Chemical Industries* fazia parte do cartel, mas não atuava de forma direta no mercado comum europeu (lembre-se que, à época, o Reino Unido ainda não era membro das Comunidades Européias), mas por meio de suas subsidiárias. A Comissão Européia decidiu punir a empresa inglesa, que apelou para a Corte de Justiça argumentando que não poderia ser punida pela conduta de suas subsidiárias. A Corte rejeitou o argumento, sentenciando que “(t)he fact that a subsidiary has a separate legal person-

é atribuída ao grupo econômico situado fora das Comunidades Europeias a conduta de sua subsidiária localizada dentro das fronteiras comunitárias. Essa doutrina ficou conhecida como economic entity doctrine ou group economic unit doctrine.

Tal doutrina foi suavizada com o caso Viho⁷⁸, com a adoção da intra-enterprise doctrine. De acordo com esta, o referido artigo 81, § 1º, não se aplica aos acordos intra-empresa ou práticas envolvendo a matriz e suas subsidiárias se o grupo econômico é estruturado de tal forma que as subsidiárias não têm liberdade para determinar seu curso de ação no mercado. Uma economic entity, segundo essa doutrina, é formada se existir uma relação de controle entre as empresas integrantes do grupo econômico e a matriz dispuser da possibilidade de exercer o controle sobre as subsidiárias.

Em 1988 foi criada a implementation doctrine com a decisão dada no caso Woodpulp⁷⁹. A Corte sustentou que, de acordo com o artigo 81, § 1º, haverá jurisdição comunitária sobre empresas não comunitárias situadas fora das Comunidades Europeias se elas implementarem acordos para vender diretamente a compradores das Comunidades Europeias. Assim, haverá “implementação” toda vez que um fornecedor não situado nas Comunidades Europeias vender seus produtos, sem intermediários, para o mercado comunitário europeu. O conceito de “implementação” foi considerado difícil de ser posto em prática, principalmente nos casos em que a empresa não possuísse qualquer agência, filial ou subsidiária nas Comunidades Europeias, ficando os cartéis internacionais dependendo somente do fator de vendas para consumidores comunitários europeus para serem considerados suscetíveis à jurisdição comunitária.

Finalmente, a effects doctrine foi adotada pela Corte de Primeira Instância das Comunidades Europeias no caso Gencor⁸⁰, que sentenciou que o controle de concentrações das Comunidades Europeias justifica-se perante o direito internacional público toda vez que é previsível que um ato de concentração trará efeitos imediatos e substanciais nas Comunidades Europeias. Os critérios de “previsibilidade”, “efeitos imediatos” e “efeitos substanciais” devem ser verificados caso a caso. Deve-se, ainda, destacar que a própria

ality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conducts to the parent company.”

⁷⁸ Viho v. Commission, ECJ julgamento de 24 de outubro de 1996, ECR I – 5457.

⁷⁹ Casos conjuntos 89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, A. Ahlström Osakeyhtio and Others v. Comissão (Woodpulp I), 1988, ECR 5193. Esse cartel consistiu no acordo de fixação de preços por parte de fabricantes de celulose estabelecidos fora das Comunidades Europeias (Escandinávia).

⁸⁰ Caso T-102/96 Gencor Ltd v. Comissão, 1999, 4 CMLR 971.

sentença deixou claro que a adoção da effects doctrine não significa a anulação da implementation doctrine⁸¹.

Apesar de esse último julgamento lidar diretamente com questões de aplicação extraterritorial da lei da concorrência relacionadas a regras de atos de concentrações e ser uma decisão oriunda do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e não da Corte das Comunidades Europeias como nos outros casos, considera-se que a effects doctrine é igualmente aplicável a acordos e condutas qualificados como cartéis internacionais. Isso porque em ambas a hipótese e as questões relativas à jurisdição são idênticas, além da redação do referido artigo 81, § 1º, não deixar dúvidas quanto à aplicação do direito antitruste comunitário aos cartéis internacionais que produzem efeitos no mercado comunitário⁸².

3.3 Brasil

A Lei de defesa da concorrência nº 4.137, de 29 de setembro de 1962, não continha qualquer dispositivo que permitisse expressamente a sua aplicação às empresas ou aos indivíduos estrangeiros. Deve-se ter em mente, contudo, que as leis devem ser interpretadas de acordo com a Carta Magna. A Constituição Federal nacional de 1946, vigente à época, trazia em seu artigo 148 uma notada preocupação com a proteção dos mercados nacionais⁸³. A Lei nº 4.137 dispunha que era considerada forma de abuso do poder econômico “dominar mercados nacionais”, o que pode ser interpretado como uma preocupação do legislador pátrio de proteger os mercados brasileiros frente a eventuais condutas anticompetitivas de empresas estrangeiras. Contudo, referida lei não gozou de tal aplicação uma vez que esse diploma era considerado de natureza penal, regido pelo princípio do *lex loci delicti*, e somente poderia ser aplicado às empresas que estivessem sediadas no Brasil⁸⁴.

⁸¹ Caso T-102/96 *Gencor Ltd v. Commission*, cit. , parágrafo 87.

⁸² Nikpay Faull, *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 1999, ponto 2.117-2.118.

⁸³ “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

⁸⁴ Ver Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Processo de Averiguações Preliminares 55, de 29 de outubro de 1975, ementa 08 in Franceschini e Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 23 e ss. Destaque deve ser dado para o voto vencido neste processo: “(a) companhia estrangeira, pelo fato de não possuir sede no Brasil, não pode deixar de responder, no foro federal, pelos atos jurídicos aqui praticados”.

A atual Lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, prevê explicitamente sua aplicação extraterritorial. O seu artigo 2º determina, 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.

§ 1º. Reputa-se domiciliada⁸⁵ 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, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.”

Esse dispositivo, quando se tratar da aplicação extraterritorial da legislação antitruste a cartéis internacionais, deve ser lido conjugado com o artigo 20 do mesmo diploma legal, que reza em seu caput:

“Art. 20. Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos:”.

Vê-se, dessa forma, que o legislador pátrio, ao abraçar a teoria dos efeitos⁸⁶, previu a possibilidade de aplicação extraterritorial da legislação antitruste brasileira, criando mecanismos inclusive para facilitar o processo, prevenindo inconvenientes que poderiam surgir com uma notificação e intimação realizadas no exterior.

O fato é que, por enquanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ainda não puniu um cartel internacional que tenha trazido prejuí-

⁸⁵ A redação anterior à dada pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, usava o termo situada no lugar de domiciliada. A mudança deu-se para compatibilizar o determinado nesse artigo com o disposto no artigo 88, I, do Código de Processo Civil (“É competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”).

⁸⁶ Há muitos julgados de atos de concentração do CADE que tratam da aplicação da teoria dos efeitos. Por exemplo, o caso Kolynos-Colgate (AC 27/95, rel. Conselheira Lucia Helena Salgado, decisão de 18 de setembro de 1996) envolvia a venda pela empresa americana American Home Products de seus negócios de higiene bucal para a Colgate Company, numa operação realizada nos EUA. Tanto as empresas quanto o acordo eram estranhos ao Brasil. O caso foi analisado pelo CADE pelo fato da operação gerar efeitos no território nacional, com a concentração de mais de 75% do mercado de creme dental.

zos à economia nacional e não por falta deles. A atual situação brasileira de combate a cartéis internacionais será tratada em capítulo próprio.

3.4 Mercosul e ALCA⁸⁷

Faremos breve referência a como é tratada a questão da aplicação extraterritorial da lei antitruste no Mercosul, para efeitos de perseguição e punição de cartéis internacionais, e como a mesma será encarada na futura ALCA, por serem os blocos econômicos que afetam diretamente o Brasil.

Os países membros do Mercosul, representados no Conselho do Mercado Comum, por meio da decisão n° 18/96, de 16 de dezembro de 1996, aprovaram o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, conhecido como Protocolo de Fortaleza, que fixa as diretrizes para uma política comum de concorrência entre seus Estados-membros⁸⁸. O Protocolo, que se encontra em fase de ratificação pelos seus países membros, sem qualquer previsão de entrada em vigor⁸⁹, estabelece, em seu artigo 1°, que suas regras aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes. Por sua vez, o artigo 3°, numa redação próxima àquela do artigo 81, §1°, do Tratado de Roma, determina que são proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado para a produção, processamento, distribuição e comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte do Mercado Comum, que possam afetar o comércio entre os Estados Partes. Observa-se que, pela adoção da teoria dos efeitos, práticas anticompetitivas cometidas fora das fronteiras dos Países membros serão sujeitas à jurisdição destes.

⁸⁷ O Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, firmado pelos governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Seu artigo 1° estabelece como objetivo a integração entre seus países membros através da constituição de um mercado comum com livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. Atualmente, Chile e Bolívia são países associados. Por sua vez, a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) ainda encontra-se em fase de discussão entre seus futuros Estados-membros, entre os quais possivelmente o Brasil. Objetiva o livre comércio com a livre circulação de bens entre os seus membros.

⁸⁸ O Tratado de Assunção silenciou a respeito do regramento da liberdade de concorrência como um todo e quanto às práticas desleais que afetam a concorrência.

⁸⁹ O Protocolo de Fortaleza foi ratificado pelo Paraguai em 30 de outubro de 1997 e pelo Brasil em 9 de agosto de 2000, sendo promulgado pelo Decreto n° 3.6002, de 18 de setembro de 2000.

A minuta de acordo da ALCA prevê um Capítulo sobre Defesa da Concorrência⁹⁰. Na redação da “Alternativa A” do ponto 1.5.1, é previsto que “As partes concordam em considerar como anticompetitivos os acordos, as práticas anticompetitivas e atos anticompetitivos entre atuais ou potenciais concorrentes que tenham por objeto ou como efeito o seguinte, entre outros”. A “Alternativa B” a esse ponto dispõe, in verbis: “Segue-se uma relação não excludente de tais práticas, desde que possa resultar em prejuízo ao interesse econômico coletivo:” Assim, práticas anticompetitivas cometidas alhures seriam alcançadas pelo disposto nesse acordo⁹¹.

4. Tendências no Combate aos Cartéis Internacionais

Como dito, o combate aos cartéis internacionais tem se tornado mais efetivo. Por exemplo, entre 1987 e 1990, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano não investigou ou puniu nenhum cartel internacional, enquanto que, atualmente, há mais de 35 investigações em curso envolvendo grandes cartéis internacionais⁹². O Relatório do ano 2000 do

⁹⁰ FTAA.TNC/w/133/Rev.1, de 3 de julho de 2001.

⁹¹ Deve-se destacar a grande heterogeneidade entre os potenciais integrantes da ALCA, principalmente quando se trata de defesa da concorrência. Como lembrou José Tavares de Araújo Júnior, Antidumping e Política da Concorrência na Alca e no Mercosul, in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, 2001, p. 137, em 1990 somente cinco países latino-americanos possuíam leis de defesa da concorrência: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México. Entre 1991 e 1996, foram incluídos nesse grupo Costa Rica, Jamaica, Panamá, Peru e Venezuela. Desde 1996, com exceção do Uruguai, que introduziu algumas leis de defesa da concorrência no primeiro semestre do ano 2001, nenhum outro país do hemisfério aprovou leis desse tipo. Bolívia, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, República Dominicana e Trinidad e Tobago possuem projetos de lei em distintos estágios de elaboração.

⁹² Números dados por Scott D. Hamond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice Antitrust Division, A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program, in www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf, 2002. Assumidamente, o governo norte-americano colocou como prioridade o combate aos cartéis internacionais em 1995 (ver discurso de Anne K. Bingaman, então Assistant Attorney General for Antitrust, U.S. Department of Justice, The Clinton Administration: Trends in Criminal Antitrust Enforcement, dirigido ao Corporate Counsel Institute em novembro de 1995 in www.usdoj.gov/atr/public/speeches). Nessa linha, Joel Klein, Assistant Attorney General for Antitrust, U.S. Department of Justice, em discurso proferido em 4 de maio de 1999 perante o Senate Judiciary Committee (disponível em www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm) afirmou: “Vigorous enforcement against international cartels continues to be a top priority because international cartels typically pose a greater threat to U.S. business and consumers than do domestic cartels

International Competition Policy Advisory Committee⁹³ chegou inclusive a afirmar que a Comunidade Européia apresenta números muito baixos quando se trata de investigar e punir cartéis que atuam fora de sua fronteira. Mas, o Relatório de Política da Concorrência de 2001 da Comissão Européia mostra que essa realidade está mudando⁹⁴. Em 2001, a Comissão Européia puniu 10 cartéis, dos quais 4 atuavam em âmbito mundial, totalizando multas superiores a 1,8 bilhão de euros.

Além da aplicação extraterritorial da lei antitruste, as autoridades estão desenvolvendo outros mecanismos para o combate aos cartéis internacionais, tendo em vista que aquela aplicação está sujeita a certos riscos legais, podendo tornar-se um fardo para o órgão governamental envolvido. Estes serão aqui tratados (as questões relacionadas ao Brasil serão abordadas em capítulo separado).

4.1 Incremento dos acordos de cooperação

Em se tratando de cartéis internacionais, uma das razões para celebrar acordos de cooperação é poder obter provas situadas em território alheio, as quais seriam difíceis ou legalmente impossíveis de serem obtidas de outra forma⁹⁵. As autoridades antitruste têm se empenhado na assinatura desses acordos.

Um dos fundamentos de grande parte desses acordos é o princípio da cortesia positiva (positive comity). A cortesia positiva se fará presente toda vez que dois países que assinaram um acordo de cooperação decidirem

since they tend to be highly sophisticated and extremely broad in their geographic reach and economy impact”.

⁹³ ICPAC Final Report 2000 in www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm, p. 89.

⁹⁴ XXI Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão Européia, Direção Geral da Concorrência, cit. No prefácio desse relatório (p. 4), Mário Monti, membro da Comissão Européia responsável pela política de concorrência, chega a afirmar que “2001 será considerado sem dúvida um ano significativo na história da luta da Comissão Européia contra os cartéis”. Em discurso proferido no dia 17 de setembro de 2002 (Dia Europeu da Concorrência), A Global Competition Policy, in www.europa.eu.int/comm/competition/index_pt.html, Mario Monti afirmou que uma das prioridades de seu mandato é a luta contra cartéis. Deve-se recordar que em 1998 foi criada a Unidade Cartéis da Comissão Européia, unidade especializada na luta contra cartéis.

⁹⁵ De acordo com o Handbook Dealing with the Commission, 1997, parte 3.1, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_em.pdf, “Under international law, the Commission is not empowered to conduct investigations outside the bounds of its territorial competence, if they would impinge upon the national sovereignty of the foreign country in whose territory it is purporting to act.”

aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em suas legislações. Esses acordos costumam ter o seguinte conteúdo: (i) mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, desde que afetem os interesses do outro signatário; (ii) possibilidade de visita no curso das investigações de funcionários de uma agência à outra agência; (iii) possibilidade de solicitação ao outro país signatário para que inicie uma investigação das condutas anticompetitivas que ocorrem em seu país, ainda que os efeitos desta somente sejam sentidas no país solicitante; (iv) previsão de assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território do outro signatário; e (v) previsão de encontros regulares das autoridades para discutir a evolução dessas políticas e permitir a troca de informações de interesse mútuo.

Os exemplos de acordos bilaterais mais bem sucedidos são os firmados entre o governo dos Estados Unidos e a Comissão Europeia em 23 de setembro de 1991⁹⁶ e entre o primeiro e as Comunidades Europeias em 4 de junho de 1998⁹⁷.

Contudo, quando se trata de combate aos cartéis internacionais, esses acordos não estão sendo de todo efetivos⁹⁸. Isso porque a maioria dos acordos de cooperação são os chamados acordos de primeira geração, que não permitem a troca de informação confidencial entre as agências (o que inclui aquelas obtidas através dos acordos de leniência), a não ser que haja consentimento expresso da fonte de informação. Isso acaba limitando muito o objeto da cooperação. Já os acordos de segunda geração, como o firmado entre EUA

⁹⁶ Agreement between the Government of the USA and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws (OJ L 95, 27.4.1995, pp. 45 e 46). O acordo, firmado pela Comissão das Comunidades Europeias, foi invalidado pelo Tribunal de 1ª Instância das Comunidades Europeias por considerar ser a Comissão incompetente para celebrá-lo. Mediante decisão conjunta do Conselho e da Comissão de 10 de abril de 1995, o acordo foi aprovado e declarado eficaz.

⁹⁷ Agreement between the European Communities and the Government of the USA on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws (OJ L 173, 18.6.1998, pp. 26-31).

⁹⁸ Com efeito, dispõe o Relatório da Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação dos acordos de Cooperação entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo do Canadá com relação à aplicação de suas leis de defesa da concorrência entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2000: “With regard to cartel investigations, inter-agency contacts are less frequent. This is explained by the fact that we are not, under our current cooperation arrangements, able to exchange confidential information in the absence of express waivers from the source of any information in the agencies’ possession.”

e Austrália em 1999⁹⁹, ao preverem a troca de informações confidenciais sem o prévio consentimento das partes, permitem que haja maior interação entre as autoridades antitruste.

Além disso, como afirmou Mario Monti¹⁰⁰, a cooperação bilateral tem-se mostrado insuficiente com o aumento do número de países que dispõem de legislação antitruste (aproximadamente 90).

Faz-se necessário, portanto, o implemento de acordos de cooperação multilaterais. Tem-se avançado nesse sentido. Na 4ª. Reunião Ministerial de Doha¹⁰¹, a OMC reconheceu pela primeira vez a importância da criação de um quadro multilateral de regras de concorrência, dando importância para o compromisso que os países devem assumir para declarar ilegais os cartéis graves. Espera-se que na 5ª. Reunião Ministerial da OMC, a ser realizada em Cancun em 2003, os países consigam chegar a um consenso relativo a essa matéria. Mario Monti¹⁰², da Comissão Européia, espera que esse Acordo de Cooperação Multilateral em matéria de concorrência seja posto em prática em 2005.

A OCDE cumpre um importante papel nesse processo, com a edição de Recommendations¹⁰³ e a promoção de mesas redondas de debates. Em outubro de 2001, a OCDE organizou o Primeiro Fórum Mundial da Concorrência, que reuniu representantes de mais de 50 países. Os temas abordados foram o papel da política de concorrência nas reformas econômicas, os instrumentos de cooperação, os hard core cartéis e a cooperação em matéria de atos de concentrações transfronteiriços.

Foi criada também a Rede Internacional da Concorrência¹⁰⁴, em outubro de 2001, que servirá como fórum de discussão e de trocas de experiências sobre questões antitruste globais, entre as quais encontra-se o tema dos cartéis internacionais, incentivando a cooperação internacional entre as agências.

⁹⁹ 1999 US/Austrália Agreement on mutual antitrust enforcement assistance in www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm.

¹⁰⁰ Monti, Mario. *A Global Competition Policy?*, cit.

¹⁰¹ Realizada em Doha (Qatar), de 9 a 14 de novembro de 2001.

¹⁰² Monti, Mario. *A Global Competition Policy?*, cit.

¹⁰³ Como por exemplo, a Recommendation of the Council concerning effective action against hard-core cartels, de 1998, in www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018135.pdf.

¹⁰⁴ International Competition Network (ICN), formada inicialmente por 14 agências de concorrência de todo o mundo. Depois de menos de um ano de sua criação, já conta com 70 membros. Sua primeira Conferência Anual foi em Nápoles, em fins de setembro de 2002. As próximas conferências serão no México (2003), Coréia (2004), Alemanha (2005), África do Sul (2006) e Rússia (2007).

Observa-se, assim, o grande interesse em promover a cooperação internacional, notadamente em vista das questões agravadas com o atual estágio de globalização da economia, como os cartéis internacionais.

4.2 Programas de Leniência

Os cartéis carregam dentro de si certa instabilidade, provocada não somente por fatores estruturais, mas pela falta de capacidade, na maior parte dos casos, de seus membros implementarem mecanismos de controle de delação e comportamentos oportunistas por parte de alguns de seus integrantes por um período razoável de tempo¹⁰⁵. Tendo isso em mente e considerando que com a sofisticação dos cartéis é cada vez mais difícil conseguir provas sólidas para uma condenação, algumas autoridades antitruste decidiram maximizar essa instabilidade oferecendo tratamento favorável àquelas empresas que optem por denunciar o cartel de que fazem parte ou cooperar com as investigações levadas a cabo pelas autoridades antitruste sobre esse cartel.

A partir de 1993, quando os EUA reformaram seu programa de leniência¹⁰⁶, um número cada vez maior de empresas passou a cooperar com as investigações. O programa, originalmente, possibilita: (i) isenção total e imediata das penalidades para aquelas empresas que cooperarem com a agência antes que esta desse início às suas investigações; (ii) isenções parciais para aquelas empresas que cooperarem com a agência depois que as investigações já estiverem em curso; e (iii) isenção total das penalidades para diretores, gerentes e outros empregados se esta tiver sido conferida à sua empresa.

Com a adoção desse novo programa, o número de requerimentos para participar do programa de leniência aumentou de aproximadamente um por ano para mais de um por mês. Esse número continua aumentando, com a participação de empresas atuantes em cartéis internacionais, como ocorreu no caso do cartel dos eletrodos de grafite e do cartel das vitaminas.

¹⁰⁵ O cartel é um típico exemplo do Dilema dos Prisioneiros – Teoria dos Jogos. Em 1950, John Nash, vencedor do prêmio Nobel de Economia, generalizou a teoria dos jogos em *The bargaining problem in Econometrica*, nº 18, p. 155, e *Equilibrium points in N-Person Games*, *Proceedings of the National Academy of Sciences (USA)*, nº 36, p. 48. Defende sua teoria que, numa situação de equilíbrio entre jogadores, a estratégia de cada um dos jogadores é a melhor resposta para a estratégia do outro. O cartel só alcançará estabilidade se o jogo for infinito. O programa de leniência consegue estabelecer um limite para o jogo, desestabilizando-o.

¹⁰⁶ U.S. Department of Justice Antitrust Division, *Corporate Leniency Policy*, de 10 de agosto de 1993.

No mesmo sentido, a Comissão Europeia também adotou em 1996¹⁰⁷ um programa de leniência com o intuito de aumentar a eficácia da detecção e das posteriores investigações dos cartéis. Até o fim de 2001¹⁰⁸, esse programa foi aplicado a 16 decisões finais da Comissão, entre as quais o cartel da lisina¹⁰⁹, o cartel das eletrodos de grafite¹¹⁰, o cartel do gluconato de sódio¹¹¹, o cartel das vitaminas¹¹² e o cartel do ácido cítrico¹¹³, todos cartéis internacionais.

Em 13 de fevereiro de 2002, a Comissão Europeia anunciou seu novo programa de leniência¹¹⁴, mais próximo ao modelo norte-americano do que o anterior. Permite-se agora que uma empresa goze de isenção total da pena mesmo que comece a colaborar depois de já iniciadas as investigações, desde que a mesma forneça provas sólidas da existência do cartel, coopere de forma plena e irrestrita, abandone imediatamente as condutas ilícitas que praticava e não tenha coagido qualquer empresa a participar do cartel. Outra mudança importante foi o compromisso assumido pela Comissão Europeia de atestar por escrito prontamente se uma empresa cumpre os requisitos para a isenção total da pena, o que garante maior transparência na relação Comissão-

¹⁰⁷ Programa de não aplicação ou redução de coimas, JO C 207 de 18 de julho de 1996, p. 4.

¹⁰⁸ Segundo o XXXI Relatório sobre a Política de Concorrência de 2001 cit., p. 21.

¹⁰⁹ Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão aplicou redução de 50% à empresa Ajinomoto. Não foi possível uma redução maior porque referida empresa era uma das líderes do cartel e pelo fato de a mesma ter ocultado um cartel anterior do qual formava parte.

¹¹⁰ Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão aplicou redução de 70% da pena imposta à empresa Showa Denko, por esta ter sido a empresa pioneira do cartel a cooperar com o órgão, fornecendo elementos de prova decisivos sobre a existência do cartel.

¹¹¹ Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão concedeu redução de 80% da pena imposta à empresa Fujisawa por ter sido a primeira empresa a fornecer elementos de prova decisivos da existência do cartel. A isenção não foi de 100% porque a empresa só se dirigiu à Comissão após receber pedido de informações.

¹¹² A Comissão concedeu pela primeira vez a isenção total das penalidades. A empresa beneficiada foi a Aventis, que informou sobre a existência dos cartéis de vitaminas A e E antes que a Comissão tivesse notícia de sua existência. Contudo, apesar de ter conseguido isenção total nos cartéis de vitamina A e E, a empresa acabou pagando uma multa por sua participação no cartel da vitamina D3.

¹¹³ Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão concedeu uma redução da pena em 90% à empresa Cerestar, que forneceu elementos de prova sólidos à Comissão depois de ter recebido uma solicitação formal de informação.

¹¹⁴ Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, OJ C 45 3.

empresa. As mudanças foram muito bem recebidas pelas demais autoridades antitruste, com a expectativa do aumento do número dos casos de cooperação envolvendo cartéis internacionais.¹¹⁵

Outros países também adotaram programas de leniência, como o Brasil, o Canadá, a República Tcheca, o Reino Unido, a França, a Irlanda e a Coreia.

4.3 Imposição de penas mais rigorosas

As autoridades antitruste têm aplicado penas mais rigorosas para os casos de cartéis internacionais, no intuito de fazer valer o papel repressivo e o papel educativo da pena.

Em 1990, o Congresso norte-americano aprovou um aumento para o teto máximo fixado para as penas de US\$1 milhão para US\$ 10 milhões para as empresas e de US\$ 100 mil para US\$ 350 mil para os indivíduos. Em seguida, em 1991, por meio de uma reforma da Federal Sentencing Guidelines, permitiu-se que as multas por violação à Seção Um do Sherman Act pudessem ser calculadas em valor superior a US\$ 10 milhões, em virtude do volume do comércio afetado. Enquanto que até 1992, a multa máxima que havia sido aplicada a uma empresa por acordo para fixação de preços era de US\$ 2 milhões, esse valor alcançou recentemente US\$ 500 milhões, com a multa aplicada à empresa F. Hoffmann-La Roche pela participação no cartel das vitaminas.

A tendência é aumentar também a pena de prisão aplicada às pessoas físicas. O tempo médio de condenação pelas autoridades norte-americanas aumentou 15 meses em 2001 se comparado com a média do ano anterior¹¹⁶

Por sua vez, a Comissão Européia, que aplica somente penas de caráter administrativo e não penal, também vem aumentando o valor de suas multas. Em 2001, as multas aplicadas a cartéis foram superiores a 1,8 bilhão de euros, dos quais aproximadamente a metade provém da condenação dos cartéis das vitaminas. Esse valor é superior à soma de todas as outras multas aplicadas até o ano 2000.

¹¹⁵ Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice – Antitrust Department, *A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program*, cit., p. 16, afirmou “I have no doubt that EC’s revised leniency program will lead to a substantial increase in the number of firms reporting international cartel activity.”

¹¹⁶ Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice – Antitrust Department, *Review of Recent Cases and Developments...*,cit., p. 3.

5. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹¹⁷ e o combate aos cartéis internacionais

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) ainda se encontra em um estágio embrionário no tocante ao combate aos cartéis internacionais. Isso se deve principalmente à falta de estrutura e à falta de pessoal suficiente para realizar a investigação.

Apesar da falta de recursos, o Brasil tem se esforçado na implementação de instrumentos no combate aos cartéis. Firmou dois tratados de cooperação para a aplicação de sua lei de concorrência: um com os Estados Unidos¹¹⁸, em 1999, e outro com a Rússia¹¹⁹, em 2001, para o compartilhamento de informações, desde que legal, e a assistência técnica no combate a práticas anticompetitivas, entre as quais os cartéis internacionais.

Também foi implementado um programa de leniência, com a Lei nº10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este permite que a União celebre, por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, conforme for o caso.¹²⁰

Outra novidade é a previsão da criação de uma delegacia da Polícia Federal especializada no combate a crimes contra a ordem econômica e formação de cartéis, que desenvolverá um trabalho em conjunto com a Secretaria de Direito Econômico (SDE). Essa parceria irá permitir a troca de informações nas investigações de cartel, ajudando na produção das provas necessárias para a condenação das empresas.

A verdade é que, apesar dos esforços das autoridades do SBDC, o combate aos cartéis internacionais ainda não é efetivo. O programa de leniência, tão utilizado pelas empresas no exterior, ainda não foi usado sequer uma vez no nosso ordenamento, nem mesmo pelas empresas alvo dos processos de

¹¹⁷ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia do Ministério da Justiça com função judicante, a Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), perito jurídico, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), perito econômico.

¹¹⁸ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência para aplicação de suas leis de concorrência, de 26 de outubro de 1999.

¹¹⁹ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre cooperação na área de Política da Concorrência, firmado em 12 de dezembro de 2001 e publicado no DOU 21 Seção I de 30.1.2002.

¹²⁰ Lei 10.149, artigo 2º.

investigação de cartéis internacionais¹²¹ que tramitam no momento perante o SBDC. Mesmo em se tratando de cartéis nacionais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica condenou somente três deles¹²². Atualmente, há mais de 260 investigações em curso contra práticas de cartéis¹²³, mas, por uma instrução deficiente, muito possivelmente, poucos deles serão condenados.

6. Conclusão

Detectar, instaurar investigações e condenar cartéis internacionais constitui um desafio permanente para as autoridades de defesa da concorrência. Tudo indica que a globalização continuará em ritmo acelerado, o que aumentará, conforme analisado, a possibilidade de empresas concertarem suas condutas em âmbito mundial. Por outro lado, é inegável que o combate aos cartéis internacionais tornou-se mais efetivo, com o desenvolvimento de ferramentas hábeis a sua persecução e condenação, como acordos de cooperação, programas de leniência e uma política de imposição de penas mais rigorosas.

Porém, apesar de já se ter chegado a um consenso de que a conduta de cartel internacional deve ser severamente punida, poucos são os países ou os blocos que contam com uma estrutura ideal ou, ao menos, funcional para tanto, como os Estados Unidos, as Comunidades Européias e o Canadá. Países como o Brasil, apesar de contarem com um aparato legislativo elogiável, enfrentam grandes dificuldades para levar a cabo tais investigações e efetivamente punir os cartéis que atuam em seu território, em razão do alto custo e da demanda de pessoal que o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não dispõe.

Para lidar com essas questões, as autoridades antitruste devem empenhar-se em firmar acordos de cooperação bilaterais, incluindo acordos entre países com maior desenvolvimento na política de combate às infrações à ordem econômica e aqueles menos desenvolvidos, e criar instrumentos de combate a cartéis internacionais em acordos multilaterais, principalmente face ao grande número de países que dispõem de leis de concorrência.

¹²¹ Cartel da Lisina (P.A. n° 08012.004897/00-23) e Cartel das Vitaminas (P.A. n° 08012.004599/99-18).

¹²² Cartel do Aço (acordo entre as empresas Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, COSIPA e USIMINAS para fixação de preço – P.A. n° 0800. 015337/94-48) e cartéis formados por empresas de postos de gasolina em Santa Catarina e em Goiânia (P.A. n° 08012.002299/2000-18 e P.A. n° 08012.004712/2000-89, respectivamente). Em todos os casos, as empresas recorreram à Justiça, obtendo liminares suspensivas da decisão do CADE.

¹²³ SDE investiga 260 denúncias sobre cartéis in *Gazeta Mercantil*, 19 de setembro de 2002, p. A-8.

Bibliografia

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro in Revista do IBRAC v. 8, n° 3, São Paulo: Ed. Revista do IBRAC, pp. 67-87, 2001.

ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. Antidumping e Política de Concorrência na Alca e no Mercosul in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 133 – 142, 2001.

BARBIERI FILHO, Carlos. Disciplina jurídica da concorrência, São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BINGAMAN, Anne K. The Clinton Administration: Trends in Criminal Antitrust Enforcement, speech to the Corporate Counsel Institute on November, 1995 in www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech.n30.txt, 1995.

BRONETT, G. de . Commission fines ADM, Ajinomoto and others in lysine cartel in Competition Policy Newsletter n° 3/2000, pp. 39-40, in www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn., 2000.

EDWARDS. Corwin D. International Cartels as an obstacle to International Trade in www.usdoj.gov/atr, 1944

FAULL, Nickpay, The EC Law of Competition, Oxford: Oxford University Press, 1999.

FRANCESCHINI, João Ignácio Gonzaga e FRANCESCHINI, J. L. Vicente de Azevedo. Poder Econômico – exercício e abuso – Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985.

GUERRIN, Maurice et KYRIAZIS, Georgios. Cartels: Proofs and Procedural Issues in Fordham International Law Journal, New York: Transnational Publications Inc., 1993.

HAMOND, Scott D. A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program presented at The 2002 Antitrust Conference, Waldorf Astoria, on March 7, 2002 in www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust, 2^a. ed, St. Paul: West Publishing Co., 1997.

KLEIN, Joel. Statement before The Senate Judiciary Committee on May 4, 1999 in www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm, 1999.

MONTI, Mario. The International Dimension of Competition Enforcement in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 11, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, pp. 79 – 81, 2000.

_____. 1st OECD Global Forum on Competition, OECD, Paris, Opening Speech in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, pp. 142 – 144, 2001.

_____. A Global Competition Policy? in www.europa.eu.int/comm/competition/index_pt.html, 2002.

PINSKY, Lior. Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n° 115, São Paulo: RT, pp. 130 – 141, 1999.

SPRATLING, Gary R. Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999 in www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech_1999.htm, 33 pp., 1999.

FONTES PRIMÁRIAS

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the applications of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws – 1st January 2000 to 31 December 2000 in www.europa.eu.int/comm/competition, 21 pp., 2002.

_____. Handbook Dealing with the Commission, year 1997, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_em.pdf, parte 3.1, 1997.

_____. Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, OJ C 45 3, de 13 de fevereiro de 2002..

_____. Acordo entre as Comunidades Européias e o Governo do Canadá relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência, JO L 175, de 10.07.1999.

_____. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América en lo que respecta a la aplicación de sus Normas de Competencia, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1999.

_____. XXX Relatório sobre a Política da Concorrência (2000), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 55 – 65, 2001.

_____. XXXI Relatório sobre a Política da Concorrência (2001), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 3 – 5, 81 - 83 e 127 - 141, 2002.

THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations issued by The US Department of Justice and The Federal Trade Commission in www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.txt , 35 pp., 1995.

_____. Revised Recommendation of The Council concerning cooperation between Member Countries in Anticompetitive Practices Affecting International Trade in www.usdoj.gov/atr, 9 pp., 1995.

_____. International Competition Policy Advisory Committee – Hearings – Washington D.C., November 2, 1998 in www.usdoj.gov/atr, 111 pp., 1998.

_____. International Competition Policy Advisory Committee Final Report 2000 in www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm, p. 89, 2000.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities regarding the Application of their Competition Laws in www.usdoj.gov/atr, 11 pp., 1991.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities in the Application of Positive Comity Principles in the enforcement of their Competition Laws in www.usdoj.gov/atr, 7 pp., 1998.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Canada regarding the Application and Deceptive Marketing Practice Laws in www.usdoj.gov/atr, 14 pp., 1995.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Australia relating to cooperation on antitrust matters in www.usdoj.gov/atr, 1982.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of The Federal Republic of Brazil concerning cooperation on antitrust matters in www.usdoj.gov/atr, 4 pp., 1999.

THE US FEDERAL TRADE COMMISSION e THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, in www.ftc.gov/bc/guidelin.htm, 1995.

