

01

2013 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional¹

Ariel Ezrachi²
Jir' I' Kindl³

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Ambiente heterogêneo entre os regimes nacionais 3. O alcance extraterritorial das sanções penais nacionais 4. Diálogo e Cooperação Internacional 4.1. Cooperação bilateral 4.2. Cooperação Internacional 5. Os limites da cooperação — a procura do consenso 6. Conclusão

1. Introdução

A globalização da atividade econômica e empresarial cria novos desafios para aplicação da legislação antitruste. Como cada vez mais problemas concorrenciais transcendem as fronteiras nacionais, as autoridades de concorrência são levadas a cooperar mais na aplicação da lei da concorrência. Os esforços para promover a cooperação e harmonização do direito da concorrência têm tomado diversas formas, englobando desde amplos acordos de sociedade entre entes internacionais aos mais simples acordos bilaterais. Alguns têm disposições vinculativas, outros por estruturas voluntárias e de *soft law*.

O sucesso desses esforços tem variado ao longo dos anos, enfrentando mudanças políticas, econômicas e comerciais⁴. Eles também foram afetados pela inconstância de aspectos nacionais, industriais e econômicos. Embora os processos de globalização tenham mais homogeneidade em assuntos relacionados ao comércio, aprofundando a interdependência estrutural da economia mundial, não conduzem necessariamente a uma redução na soberania nacional e, no que concerne o direito da concorrência, a execução da lei respeitando a soberania ainda impera⁵.

¹Artigo originalmente produzido em inglês, a presente tradução realizada por Virgínia de Melo Dantas foi autorizada pelos autores.

²Diretor, Centro universitário de Oxford para política e direito concorrencial; Palestrante em Direito concorrencial da Universidade de Oxford; Professor convidado da faculdade Pembroke, Universidade de Oxford.

³Associado Sênior do escritório Weil, Gotshal & Manges (Praga); Professor de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade Charles, de Praga.

⁴Por exemplo, as mudanças de impacto para a economia mundial e da política tiveram esforços tais como a Conferência de Genebra, a Carta de Havana e a OMC. Para uma análise esclarecedora destas e de outras iniciativas, consulte DJ Gerber, *Concorrência Global: Direito, Mercados e Globalização* (Oxford, Oxford University Press, 2010), especialmente cap 2 e 101-107.

⁵ Ver, eg Gerber, *ibid*, 53, 56, 74.

Como efeito, a complexidade da arena internacional e a natureza de orientação doméstica da aplicação da legislação de concorrência reduziram as tentativas de avanço de uma legislação a nível global do direito da concorrência⁶. Em vez disso, a assimilação e a cooperação através do diálogo e da promoção de quadros voluntários tomaram a dianteira⁷. Estas estruturas trouxeram consenso mais amplo sobre a política, economia e direito, e deram uma contribuição valiosa para a fusões e aquisições transfronteiriças, para a execução das leis de concorrência e para muito mais⁸.

O sucesso desses esforços internacionais e regionais também tem sido notável na área de combate ao cartel. A Cooperação internacional e o diálogo levaram a um maior consenso sobre os efeitos nocivos da atividade de cartéis e as formas de enfrentá-los no mercado interno e internacional. Diálogos internacionais também apoiaram a proliferação e assimilação dos programas de clemência. Eles têm contribuído para maior coordenação das investigações e aplicação de medidas contrárias em tempo real, caso a caso⁹.

Curiosamente, o consenso quanto aos efeitos nocivos dos cartéis e da necessidade de enfrentá-los internacionalmente ainda não se estende à questão da criminalização. Sobre este ponto, o cenário internacional apresenta uma série de políticas (inconsistentes). Este artigo explora essas inconsistências e considera o papel, o uso e os efeitos da criminalização do cartel em todo o mundo, além de questionar a contribuição da extraterritorialidade unilateral e da cooperação internacional. Acerca do último, reflete na capacidade de diálogo internacional para promover o consenso, considerando a necessidade de sanções penais sobre a conduta chamada '*hard core*' cartel¹⁰, e a possibilidade de transferir a criminalização de cartel de uma

⁶Ver, eg Gerber, *ibid*, ch 3 and 101–11.

⁷Sobre os quadros voluntários ver, por exemplo DD Sokol, "O Futuro da Defesa da Concorrência Internacional e a melhora na capacidade das Agências Antitruste" (2009) 103, *Universidade Internacional de Northwestern, Revisão de Direito* 1081; Um Ezrachi, "O papel das redes voluntárias de cooperação internacional sobre o controle das corporações" (2004) 36 *George Washington International Law Review* 433; RW Damtoft e R Flanagan, "O desenvolvimento de redes internacionais Antitruste" (2009) 43 *Advogado Internacional* 137; eM Fox, 'Ligados: Defesa da Concorrência e as virtudes de uma rede virtual "(2009) 43 *Advogado Internacional* 151.

⁸B Sweeney, "Direito da Concorrência Internacional e Política: Uma Obra em Progresso" (2009) 10 *Melbourne Journal de Direito Internacional* 1; Um Pilola, "Avaliação Teorias da Governança Global: Um Estudo de Caso do Regulamento de Defesa da Concorrência Internacional" (2003) 39 *Stanford Journal de Direito Internacional* 207; em Fox, 'A Defesa da Concorrência Internacional e Doha "(2003) 43 *Virginia Journal of International Law* 911; DD Sokol, "monopolistas sem Fronteiras: o desafio institucional de Antitruste Internacional em uma Era Global de Ouro" (2007) 4 *Berkeley Direito Empresarial Journal* 37.

⁹SD Hammond, Vice-Procurador-Geral Adjunto de Execução Penal, DOJ EUA, Divisão Antitruste, "A Evolução de Execução Penal Antitruste nas duas últimas décadas", Trabalho apresentado no 24o Instituto Anual Nacional de Crime de Colarinho Branco (25 de Fevereiro de 2010) 15.

¹⁰A Recomendação da OCDE de 1998 define "*hard core*" cartel como: "um acordo anticoncorrencial, prática anticoncorrencial concertada, ou arranjo anticoncorrencial por concorrentes para fixar preços, fazer propostas concertadas (concorrer em conluio), estabelecer restrições ou quotas de produção, ou partes ou dividir mercados

jurisdição para outra. Ao fazer isso, destaca-se a natureza interna da criminalização, sua dependência às normas sociais nacionais e da forma como esses fatores podem dificultar o movimento em direção à criminalização internacional¹¹.

O artigo tem início na Parte I, descrevendo a paisagem heterogênea da execução penal de legislação nacional contra o cartel ao redor do mundo. As abordagens nacionais restam em um amplo espectro, desde a execução penal, através da retórica proativa de uma aplicação frouxa, à manutenção de um regime exclusivamente civil/ administrativo. Em um contexto internacional, essas assimetrias afetam a eficácia da aplicação da lei contra o cartel, assim como a efetivação de medidas unilaterais e de cooperação internacional.

Nesse sentido, na Parte II, a discussão se volta para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência e de sanções penais. Considera-se a forma como jurisdições têm se engajado na luta contra os cartéis internacionais de modo unilateral e do impacto que isso teve sobre indivíduos e cartéis. Exploram-se as características positivas e negativas de extraterritorialidade e a viabilidade e limitações de uma abordagem unilateral em um ambiente internacional.

Em sequência, na parte III, a discussão centra-se no papel da cooperação internacional e no diálogo para avançar no consenso sobre a análise de cartéis. Chama-se a atenção para os desafios práticos e conceituais de transferir um modelo de execução penal de uma jurisdição para outra.

A Parte IV considera estas deficiências, a nível nacional e internacional, e salienta o papel do consenso social na promoção de um regime eficaz contra a prática criminosa do cartel. Elucida-se como a pressão internacional a favor da criminalização não leva em conta as realidades nacionais, os riscos que podem gerar conflitos entre jurisdições de diferentes políticas e culturas e a criminalização sem combate. A falta de consenso e suas consequências podem comprometer em vez de promover o combate eficiente em favor da concorrência.

por alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio ": OCDE, a Recomendação do Conselho relativa a medidas eficazes contra cartéis (C (98) 35/FINAL, 25 de março de 1998) [2a].

¹¹Para uma discussão geral sobre a importância das normas de aplicação da legislação antitruste criminal, ver WE Kovacic, "Normas de Execução Criminal em Política de Concorrência: Descobertas da experiência dos EUA", cap 3 deste volume.

2. Ambiente heterogêneo entre os regimes nacionais

Os recentes desenvolvimentos em matéria de cartéis são caracterizados por um aumento na cooperação internacional¹² e pela introdução de políticas mais duras e mais específicas em relação às atividades antitrustes¹³. Estes desenvolvimentos, no entanto, só tiveram efeito limitado em relação à existência, disposição e execução de regimes de cartéis criminais por todo o mundo.

Embora haja sinais de uma tendência em favor da criminalização de cartel, essa tendência está desenvolvendo-se de forma assimétrica por todo o globo¹⁴. Este padrão inconsistente é interessante, se não surpreendente, dado o consenso entre os executores e os governos sobre os efeitos nocivos dos cartéis. Atividades de cartel foram consideradas "inequivocamente ruins"¹⁵, interferindo em mercados competitivos e no comércio internacional e prejudicando tanto os países desenvolvidos como os países em desenvolvimento¹⁶. Há quem considere cartéis como "uma forma leve de crime organizado"¹⁷. No entanto, enquanto a visão geral é de que atividade cartel atua como "câncer em uma economia de mercado aberta, moderna," cujos efeitos são inteiramente negativos¹⁸, a divergência surge em relação ao remédio mais apropriado e eficaz contra esta "doença".

De um lado estão os EUA, por sua conta e risco, a favor do compromisso puro e da defesa do combate ao cartel criminoso. Como Baker observa: "Bem mais de 99 por cento de

¹²T Calvani, 'Conflict, Cooperation, and Convergence in International Competition' (2005) 72 *Antitrust Law Journal* 1127.

¹³C Harding, 'Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels' (2006) 14 *Critical Criminology* 181.

¹⁴C Beaton-Wells, 'Australia's Criminalisation of Cartels: Will It Be Contagious?', in *More Common Ground for Competition Law?*, Academic Society for Competition Law Series (Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming); JP Terhechte, 'International Competition Enforcement Law between Cooperation and Convergence—Mapping a New Field for Global Administrative Law' (2009) The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper CCLP (L) 26; AB Lipsky Jr, 'Managing Antitrust Compliance Through the Continuing Surge in Global Enforcement' (2009) 75 *Antitrust Law Journal* 965, 967 where the author refers to 'the three global antitrust tidal waves', the third of which is described as 'a more recent proliferation of new and more powerful enforcement modes ... and the use of criminal remedies for serious antitrust violations'.

¹⁵OECD, *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead* (2003) 15.

¹⁶OECD, *Hard Core Cartels*, *ibid.* See also the 1998 OECD Recommendation, which considers hardcore cartels to be 'the most egregious violations of competition law [which] injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others': OECD, Recommendation of the Council, above n 7.

¹⁷G Spagnolo, 'Leniency and Whistleblowers in Antitrust' in Paolo Buccirossi (ed) *Handbook of Antitrust Economics* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2008) 259 (emphasis in original).

¹⁸M Monti, 'Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?', Speech at 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm (11–12 September 2000).

todo o tempo de prisão cumprido por infratores antitruste em todo o mundo foi servido em prisões norte-americanas em consequência ao Sherman Act, Seção 1, violações"¹⁹.

Ocupando o centro do espectro estão as jurisdições que preveem alguma forma de tratamento penal contra cartéis²⁰. Estas jurisdições diferem em sua capacidade e incentivo para examinar o processo penal. Entre eles estão jurisdições em que está prevista uma execução penal, mas em que o uso real da contraprestação é mínimo, como no caso da Estônia, Eslováquia e Rússia, por exemplo²¹. Depois, há jurisdições que possuem processos penais, mas que, pelo menos tradicionalmente, têm resistência à imposição de sentenças significativas (como no Canadá, Irlanda e Japão, por exemplo)²². Em outros países, as limitadas taxas de sucesso podem afetar o incentivo futuro e a capacidade para processar membros de cartéis²³.

¹⁹DI Baker, "O uso de remédios do Direito Penal para impedir e punir cartéis e licitações fraudulentas" (2001), 69 *George Washington Law Review*, 693 - 710. Um ponto semelhante é apresentado em T Calvani e Calvani TH, "Penas privativas de liberdade para cartel: uma sanção adequada na Austrália?" (2009), 17. *Jornal da Concorrência e do Direito do Consumidor*, 119, 125: "Só os Estados Unidos impõem significativas penas privativas de liberdade com regularidade".

²⁰Para nosso conhecimento, pelo menos 23 outras jurisdições preveem alguma forma de tratamento penal de cartéis. These include: Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, República Tcheca, Estônia, França, Alemanha (somente para manipulação de propostas: ver F-von Wagner Papp, "E se todos os licitantes foram para a prisão e ninguém reparou? Penal aplicação da Lei Antitruste na Alemanha ", cap 7 deste volume), Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Coreia, Noruega, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça e Reino Unido. Esta lista é parcialmente retirada do Grupo Jurídico Global, *O Guia Comparativo Internacional que: Cartéis e leniência 2010* (Grupo Jurídico Global, 2010), que abrange 44 jurisdições.

²¹Por exemplo, no caso da República Tcheca ou da Eslováquia a não execução criminal contra os indivíduos de cartel tem ocorrido até agora. Calvani e Calvani, acima n 16, 124 também apontam que a Estônia e a Rússia nunca impuseram uma pena de prisão contra cartelistas. MS Gal observa que "apesar do amplo alcance do direito [ou seja, a Lei Isreali Penal], casos criminais raramente são considerados em Israel: MS Gal," aplicação extraterritorial de Defesa da Concorrência, o caso de uma pequena economia (Israel) '(2009) *Lei NYU e Economia Working Papers* n ° 168, 8.

²²Calvani e Calvani mencionam que mesmo nos casos em sentenças de prisão que foram impostas em alguns países (Canadá, Japão e Coreia do Sul), elas tomaram a forma de penas suspensivas, serviços comunitários ou prisão domiciliar: acima de 16 n, 124. Harding menciona França, Irlanda, Japão, Coreia e Noruega, como outros exemplos de aplicação limitada, apesar do fato de que eles são a favor da criminalização dos cartéis: acima de n 10, 192-93. Calvani e Calvani também apontam para a França, Alemanha e Espanha como exemplos de jurisdições que geralmente não criminalizam a prática de cartel, apesar da possibilidade legal geral para o fazer: acima de 16 n, 125. Cf. F-von Wagner Papp, "E se todos os Riggers licitação foi para a prisão e ninguém reparou? Aplicação da Lei Penal Antitruste na Alemanha ", cap 7 deste volume, em relação à abordagem vigorosa para processar manipulação de propostas na Alemanha.

²³Mais notável a este respeito é o colapso da acusação UK OFT no julgamento contra a British Airways por fixação de preços. Para uma descrição detalhada ver J Josué, "DOA: Pode o Delito Cartel Reino Unido ser reanimado?", cap 6 deste volume. Por outro lado, um exemplo de sucesso de combate aos cartéis no contexto do Reino Unido é o caso do Cartel Marine Hose que é referido como "marco de cooperação" ou "um modelo de coordenação internacional e os resultados monumentais que pode alcançar ", ver SD Hammond, Vice-Procurador-Geral Adjunto de execução Penal, DOJ EUA, Divisão Antitruste, "Desenvolvimentos recentes, tendências e Marcos no Programa da Divisão Antitruste do execução Penal ", documento apresentado na Seção ABA da Lei Antitruste, Anual 56 Reunião de Primavera (26 de Março de 2008) 18-20. Veja também R v Whittle [2008] EWCA Crim 2560, [2009] UKCLR 247. Para uma breve descrição do caso e algumas de suas implicações sobre a condenação em casos de cartel no Reino Unido ver Brealey M e N Verde (eds) *Brick Tribunal Contencioso da Concorrência: UK Prática e Procedimentos* (Oxford, Oxford University Press, 2010) 633 -35.

Devido à natureza intrinsecamente nacional do Direito Penal, essas jurisdições não só apresentam diferenças em suas políticas de repressão, como também apresentam variabilidade significativa no projeto de seu esquema legislativo. As diferenças são particularmente visíveis no que diz respeito à definição do delito, a gama de práticas abrangidas, a gama de sanções e a aplicabilidade contra atores corporativos e individuais²⁴. Tais diferenças de regras substantivas são complementadas pelas abordagens processuais ou institucionais da execução penal, por exemplo, os órgãos envolvidos, os direitos de defesa, sistemas de negociação e provas²⁵. A natureza heterogênea que caracteriza o objetivo é aparente.

No outro extremo, estão as jurisdições que não consideram atividades anticompetitivas de cartel como crimes²⁶. Estes pontos de vista refletem dúvidas quanto à relação entre o Direito da Concorrência e o Direito Penal, a gravidade dos acordos de cartel e sua equivalência com as ofensas mais reconhecíveis (a analogia mais comum é o roubo), ou o mérito ao impor punições individuais²⁷. Tais visões podem ser resultado da realidade política nacional e refletem o papel que o direito da concorrência desempenha em algumas sociedades ou os poderes da agência nacional de proteção à concorrência. Além disso, em algumas jurisdições, os princípios profundamente enraizados que regem o processo penal (como o princípio da legalidade) podem representar obstáculos ao uso efetivo de técnicas de concorrência eficazes para a aplicação da lei (tais como os programas de clemência ou barganha) que de outra forma podem estar disponíveis no contexto de um processo administrativo²⁸. Nesse ponto, é perceptível o regime de concorrência na UE, que permanece inteiramente administrativo. Como tal, ele se esforça para alcançar a dissuasão através da

²⁴Harding, acima n 10, 189–92.

²⁵Beaton-Wells, acima n 11, 40-42; WE Kovacic, "Política de Concorrência e Cartéis: o design dos Remédios" em KJ Cseres, Schinkel MP e Vogelaar FOW (eds) *Criminalização da Aplicação da Lei da Concorrência* (Cheltenham, Edward Elgar, 2006) 41, 42-44; DI e Baker, 'Uma Divisão Duradoura Antitruste no outro lado do Atlântico sobre a possibilidade de Encarceramento conspiradores e Quando Contenha monopolistas abusivas' (2005) *uma Competição Europeia Jornal* 145, 156-58.

²⁶Como mencionado no 17, apenas cerca de metade das jurisdições abrangidas pelo guia comparativo Jurídico Internacional para: Cartéis e leniência 2010 prevê a criminalização dos cartéis (ou seja, para a possibilidade de impor penas privativas de liberdade aos indivíduos).

²⁷Na experiência austríaca interessante ver P Lewisch, "Aplicação da Lei Antitruste: O Caminho da punição individual Penal Semi-sanções penais na Áustria" em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima 22, 290, 301-303.

²⁸Veja, por exemplo, C Vollmer, 'Experiência com sanções penais para as infracções ao direito da concorrência na Alemanha' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 257 menciona que é o caso na Alemanha, onde o uso da política de clemência em relação a infracções penais é muito disputado, inclusive com base em requisitos constitucionais de igualdade e de julgamento justo: no 259. O mesmo pode ser verdade também com relação a outras jurisdições. Trata-se, por exemplo, o caso na República Checa. AP Reindl ", como forte é o caso de imposição de sanções penais em casos de cartel? 'Em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 110, 118-19, mencionado preocupações similares em relação às suecas ou britânicas sistemas jurídicos e' quase certamente 'também em relação a outras jurisdições europeias.

imposição de multas cada vez maiores contra as empresas envolvidas em atividades cartelistas²⁹.

Curiosamente, ao longo do espectro, há movimentos nacionais em direção tanto à criminalização quanto à descriminalização. Várias jurisdições que, no passado, eram inovadoras na aplicação da lei penal contra os cartéis *hard core*, mudaram em favor de um regime administrativo, muitas vezes, no contexto de um movimento para 'modernizar' a regulação da concorrência. Wils, por exemplo, menciona Áustria, França, Luxemburgo e Holanda para ilustrar "a tendência de descriminalizar a aplicação da legislação antitruste". A descriminalização foi completa na Holanda e em Luxemburgo, que agora operam regimes puramente administrativos. Na França, as sanções penais ainda são previstas, apesar de o foco da aplicação da legislação antitruste permanecer em multas administrativas contra empresas. Na Áustria, *bid rigging* ainda segue sujeito à persecução criminal³⁰.

Enquanto esta disparidade sobre a abordagem da criminalização é um subproduto natural da multiplicidade de regimes nacionais³¹ há um custo. Ela afeta a qualidade e a consistência do impedimento, cria incerteza quanto à exposição a sanções penais e, potencialmente, mina o sucesso dos programas de leniência. No que segue, há considerações sobre como os esforços unilaterais e internacionais procuram resolver estas limitações.

3. O alcance extraterritorial das sanções penais nacionais

A aplicação extraterritorial das leis tem sido reconhecida na área do Direito da Concorrência³², o que permite que Estados protejam seu mercado interno de atividades anti-concorrenciais que, embora ocorram em outros lugares, afetem adversamente a jurisdição de

²⁹Veja, por exemplo, por comentários antigo Comissário Europeu para a Política de Concorrência, N Kroes, «Reduzir Cartéis-A tarefa sem fim», fala em anti-cartel Execução: Sessão do Painel Penal e Administrativo Política (8 de Outubro de 2009); ou N Kroes, "Reforçar a luta contra os cartéis e Desenvolvimento de Ações Privadas danos antitruste: duas ferramentas para uma Europa mais competitiva", documento apresentado na Comissão / IBA Conferência Conjunta sobre a Política de Concorrência CE (8 de Março de 2007).

³⁰Ver WPJ Wils, 'Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n° 23, 74-75.

³¹Ver OCDE, Cartéis: Terceiro Relatório sobre a aplicação da Recomendação de 1998 (2005) 27, que destaca que, em última análise cada país deve adotar a sua própria mistura de "direito" de sanções em uma tentativa de alcançar a dissuasão ideal.

³²Para uma discussão sobre a aplicação extraterritorial em geral, e da aplicação extraterritorial de legislação antitruste dos EUA e direito comunitário da concorrência, em particular ver, por exemplo, MM Dabbah, a internalização de Política de Defesa da Concorrência (Cambridge, Cambridge University Press, 2003) 159-205; ou Elhauge E e D Geradin, Direito da Concorrência global e Economia (Oxford, Hart Publishing, 2007) 1015-1057; redes voluntárias Ezrachi, 'Limitações ao alcance extraterritorial do Regulamento das concentrações Europeu 'A Ezrachi (2001) 4 Revista de Direito Europeu da Concorrência 137', acima n 4; Gerber, acima n 1, 3 pc.

origem. No contexto da luta contra os cartéis, a aplicação extraterritorial das sanções penais pode compensar algumas das inconsistências discutidas no Título I acima e ajudar a nivelar a forma de aplicação da legislação em todo o mundo.

Em primeiro lugar, o esforço de estender a jurisdição pode levar a externalidades positivas ao agregar o efeito dissuasivo. A sobreposição de regimes de concorrência pode ser valiosa se as violações não forem impugnadas pela jurisdição de origem, devido à falta de normas de concorrência ou pela falta de poder de aplicação das leis³³. Tal ato também pode auxiliar na superação de disposições nacionais que isentam os cartéis de exportação ao sujeitar esses acordos ilegais aos regimes de concorrência estrangeira³⁴. Em alguns casos, a extraterritorialidade das sanções penais pode complementar os procedimentos administrativos em outras jurisdições. Ao se aceitar que a dissuasão em casos de cartel é primordial e que a super dissuasão não traz problemas³⁵, a aplicação de leis extraterritoriais (e às vezes, em paralelo) proporciona melhoria valiosa no combate aos cartéis.

Outro subproduto positivo de uma jurisdição mais extensa é a exportação de "valores da concorrência". Além de afetar a dissuasão, a extraterritorialidade também traz uma contribuição conceitual para a percepção pública dos cartéis. Jurisdições que não favorecem a criminalização são "alimentados à força", por meio da aplicação extraterritorial do direito da concorrência às empresas nacionais que operam no mercado global. Enquanto alguns veem isso como positivo, outros discordam.

Apesar de benéfico por aumentar o efeito dissuasivo³⁶, por vezes, a extraterritorialidade pode gerar externalidades negativas. No contexto das sanções penais, o

³³É desnecessário dizer que os cartéis puramente nacionais não estão expostos a um tal regime extraterritorial.

³⁴A aplicação da concorrência é predominantemente baseado na "doutrina efeitos" (em os EUA, ver, por exemplo *Hartford Fogo Insurance Co v Califórnia*, EUA 509 764 (1993)) e da doutrina de implementação (na UE, ver, por exemplo, *C-89/95 a Ahlstrom Oy contra Comissão das Comunidades Europeias* [1988] ECR 5193). Ver também Terhechte, acima n 11, 28, 41. Sobre o desenvolvimento do alcance extraterritorial do direito da concorrência ver Gerber, acima n 1, 60-78.

³⁵Veja, por exemplo, EM Fox, "Cartéis: Uma História de Estados Unidos, e um Programa de Pesquisa para o Mundo" em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 239, 242; MMK Block e JG Sidak, "The Cost of dissuasão antitruste: Por que não Pendure uma Fixer Preço Now and Then "(1980) 68 *Georgetown Law Journal* 1131, 1136-1139; BH Kobayashi, "Agência, antitruste e Anistia: ? uma Análise Econômica da execução Penal das leis antitruste contra Sociedades por Ações (2001) 69 *George Washington Law Review* 715, 733-35.

³⁶É preciso reconhecer as principais dúvidas levantadas por alguns, quanto ao valor acrescentado de criminalização em casos de cartel. Existe uma falta de evidência empírica sistemática sobre o efeito da criminalização e o benefício marginal provocada pela dissuasão aumentada. Veja, por exemplo, Reindl, acima n 25, 114-25; P Massey, "Criminalização e clemência seguinte: a combinação favoravelmente afetar a estabilidade do Cartel? "Em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 176, 184; OCDE, terceiro Relatório, acima n 28, 27; ME Stucke, "Moralidade e Antitruste" (2006) *Columbia Business Law Review* 443, especialmente 470-80. Veja também "A dissuasão comparativa entre execução privada e Execução Penal das leis antitruste dos EUA 'RH Lande e JP Davis, (5 de Março de 2010) abstratos www.ssrn.com/ = 1565693, onde os autores afirmam que há evidências de que o litígio antitruste dissuade comportamento anticoncorrencial mais de DOJ execução penal. Veja também ME Stucke, "Eu sou um fixador preço? Sanções Penais Cartel e Compliance; Uma Análise

risco mais notório é o de que enérgicas sanções penais de uma jurisdição podem prejudicar os procedimentos de leniência administrativas ou penais de outra, o que pode ocorrer quando uma leniência de "não ação" é inadequada ou pouco clara em uma das jurisdições. Além disso, a multiplicidade de regimes de concorrência pode levar a um problema de ação coletiva, a sub-regulação e a conflitos³⁷. Também pode surgir a complexidade se os regimes de execução paralela levarem a uma dupla punição³⁸. O princípio do *ne bis in idem* contra a dupla incriminação pode representar uma barreira à extradição em tais circunstâncias, se o indivíduo a ser extraditado já tenha sido condenado ou absolvido pelo mesmo crime no país requerido³⁹. Além da questão da extradição, pode-se questionar se a punição (ou absolvição) em uma jurisdição deve representar uma barreira à acusação em outra, de forma semelhante ao contexto interno⁴⁰. A complexidade da questão é evidente ao considerar-se a possibilidade de escolha de jurisdição⁴¹.

A visão útil para os possíveis efeitos do unilateralismo em um ambiente internacional é a criminalização da atividade do cartel segundo a lei antitruste dos EUA e sua aplicação extraterritorial.

A criminalização do cartel foi bem recebida por autoridades norte-americanas como instrumento decisivo que garante a aplicação da lei. Por exemplo, tem-se argumentado que "a dissuasão mais eficaz para a atividade de *hard core*, tais como fixação de preços, manipulação

Comportamental de Economia cartéis 'C Parker, 12 pc neste volume': O fosso entre a retórica ea realidade ", cap 11 neste volume.

³⁷Elhauge and Geradin, acima n 29, 1014.

³⁸As questões associadas ao 'horizontal transnacional *ne bis in idem*' são bem descritos na JL De La Cuesta, "Jurisdição Nacional e Internacional concomitante Penal eo Princípio" *ne bis in idem* ", Relatório Geral" (2002) 73 Revista Internacional de Direito Penal 707. Ver também a resolução da Seção IV do Internacional XVII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Beijing, 12-19 Setembro de 2004), Jurisdição Nacional e Internacional concomitante Penal eo Princípio "*ne bis in idem* " (2004) 75 Revista Internacional de Direito Penal 801.

³⁹Para o tratamento da dupla incriminação em processos de extradição do Reino Unido ver também M O'Kane, "Cartéis internacionais, concorrente processos criminais e Extradicação: Prática, Direito e Política", cap 18 deste volume.

⁴⁰A Resolução do XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, acima n 35, reconhece o princípio *ne bis in idem* a ser uma "demanda da justiça, da segurança jurídica, da proporcionalidade, bem como da autoridade das decisões judiciais» e um "direito humano no campo da cooperação internacional em matéria penal" e propõe princípios-chave para evitar transgressões de que o princípio de dimensão internacional. 41Este risco é também reconhecido na Resolução do XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, acima n 35, por exemplo, pontos II.1, 6 e 7. É interessante ver o efeito da aplicação da lei contra cartel dentro da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [2010] JO C83/389, depois tornou-se obrigatório. Este artigo prevê que: "Ninguém será sujeito a ser julgado ou punido penalmente por um delito pelo qual ele ou ela já foi finalmente absolvido ou condenado dentro do [Europeia] União, em conformidade com a lei". Assim condenação, ou absolvição de um Estado-Membro (por exemplo, Grécia) por um acordo a nível da UE (ou seja, violação da proibição de TFUE art 101) pode representar um bar na acusação em outro Estado-Membro (por exemplo, Reino Unido). A este respeito, será interessante acompanhar, por exemplo, processo de referência recente preliminar iniciada pelo Tribunal Regional de Brno (República Checa), no processo C-17/10 Toshiba Corporation v úrad pró ochranu hospodárské souteže (pendente) que lida com *ne bis in idem* na UE.

de propostas e contratos de alocação, são duras penas de prisão"⁴². Nesse sentido, afirmou-se que o uso 'de processos penais e de sanções contra os indivíduos têm sido os aspectos mais bem sucedidos e importantes da aplicação da legislação antitruste dos EUA'⁴³. Em linha com estas declarações, as estatísticas de sentença do Departamento de Justiça estadunidense – DOJ - refletem uma tendência firme de maiores multas corporativas e mais sentenças que envolvem convicções à prisão⁴⁴. Há também mais foco na responsabilidade individual e no aumento da frequência de persecução criminal⁴⁵.

A aplicação extraterritorial da lei antitruste nos EUA reflete essas tendências. Desde 1999, a Divisão Antitruste processou com sucesso mais de 40 estrangeiros por violações às leis antitruste dos EUA⁴⁶. Essa jurisdição mais abrangente atingiu indivíduos na França, Alemanha, Japão, Coreia, Suécia, Taiwan, Reino Unido e em outros lugares. A eficácia da execução penal extraterritorial nos EUA foi ampliada pelo uso dos avisos da INTERPOL⁴⁷. Há relatos de que o efeito desses avisos sobre a liberdade de membros do cartel, ligados a outras medidas de investigação (como a colocação dos temas de investigação na mira dos oficiais de fronteira dos EUA), tem convencido cartelistas a se entregarem às autoridades estadunidenses⁴⁸.

Em um contexto internacional, o regime penal dos EUA ilustra os possíveis benefícios que podem ser obtidos por meio da aplicação extraterritorial das leis. Sua aplicação a atividades que cruzam fronteiras complementa outros regimes administrativos e impulsiona a dissuasão⁴⁹. Em alguns casos, esteia regimes de concorrência avançados que têm as sanções penais, mas raramente as aplica. O caso de extradição do Ian Norris no Reino Unido serve

42BA Barnett, Senior Counsel to the Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, US DOJ, Antitrust Division, 'Criminalization of Cartel Conduct—The Changing Landscape', Speech at Joint Federal Court of Australia/Law Council of Australia (Business Law Section) Workshop (3 April 2009) 1.

43D Baker, um ex-Procurador-Geral Adjunto responsável pela Divisão Antitruste, EUA DOJ. Veja Baker, "O uso de remédios do Direito Penal", acima n 16, 713.

⁴⁴Baker, *ibid.* Veja também Hammond, "Desenvolvimentos Recentes", acima de 20 n.

⁴⁵Por exemplo, os valores para 2009 indicam que 80% dos acusados foram condenados à prisão, para um total de 25.396 dias. Veja BA Barnett, acima n 39, ou Hammond, 'Evolução de Execução Penal Antitruste ', acima n 6.

⁴⁶BA Barnett acima n 39.

⁴⁷EUA DOJ, Relatório de Status: Uma visão geral dos recentes desenvolvimentos no programa da Divisão Antitruste do Execução Penal (2004) 3; 'Atividade Cartel Criminalização: Lições da Experiência dos EUA "W Kolasky (2004) 12 Concorrência e Direito do Consumidor Jornal 207, 210; BA Barnett, *supra* n 39, 2.

⁴⁸A Barnett, "Execução global Antitruste", Trabalho apresentado no Georgetown Law Enforcement Simpósio Global de Defesa da Concorrência (26 de Setembro de 2007) 4; Note, no entanto casos em que os indivíduos se recusaram a submeter à jurisdição dos EUA. Veja 'Kane,' M cartéis internacionais, concorrente processos criminais e Extradicação: Direito, Prática e Política ", cap 18 deste volume.

⁴⁹Connor dados revisados quanto 516 dos cartéis duros processados entre 1.990-2.008 e cada um cartel participantes envolvidos com sede em 'duas ou mais nações': JM Connor, "Cartéis e Antitruste Interpretado: Privado cartéis internacionais 1990-2008" (9 de janeiro de 2009) AAI Working Paper n ° 09-06. Da mesma forma ammond menciona que "a actividade internacional cartel típico consiste de uma empresa dos EUA e três ou quatro de seus concorrentes que são líderes de mercado na Europa, Ásia e em todo o mundo": "Desenvolvimentos Recentes", acima n 20 de 17.

como um exemplo de tal benefício, como também destaca algumas de suas limitações. Neste caso, a falta de criminalidade em ambas as jurisdições prevê uma rota de fuga na medida em que a extradição tem por base a natureza criminosa do acordo de cartel em questão⁵⁰. De modo mais genérico, a aplicação extraterritorial das sanções criminais dos EUA, para ambos empresas e indivíduos, foi a força motriz e ajudou a moldar as políticas de outros organismos e a promover os valores da concorrência mundialmente⁵¹.

A política dos EUA tem afetado diretamente as operações de cartéis que cruzam fronteiras. Relata-se que, devido às duras sanções penais e as penas privativas de liberdade, os cartéis internacionais tem escolhido não estender a sua atividade para o mercado dos EUA, em uma tentativa de evitar a detecção e as sanções estadunidenses⁵². Enquanto tais atos ilustram a força do regime de execução e seu impacto sobre a concepção de atividade de cartel ilegal, ele também destaca as limitações da extraterritorialidade. Os membros do cartel podem reagir à aplicação unilateral dos EUA, evitando este regime agressivo, mas, na medida do possível, eles ainda vão atuar fora de sua jurisdição. Esta adaptação inteligente por membros do cartel mina a capacidade de outros regimes em beneficiar-se do regime duro dos EUA e demonstra os limites da abordagem unilateral de execução dos cartéis globais.

Estes limites decorrem de sobreposição imperfeita entre fronteiras dos estados e os efeitos anticoncorrenciais que a aplicação da legislação da concorrência inicia. Posteriormente, a aplicação de orientações domésticas sobre a extraterritorialidade raramente representa a totalidade dos efeitos anticoncorrenciais e resultará em dissuasão inferior⁵³. Cada vez mais, regimes nacionais diferenciam-se na sua motivação para regular certas atividades, uma vez que os efeitos de bem-estar social diferenciam-se de uma jurisdição para outra a depender das práticas anticoncorrenciais⁵⁴. Enquanto a atividade cartel pode ser prejudicial no

⁵⁰Norris v Estados Unidos da América [2008] UKHL 16, [2008] 920 AC.

⁵¹Harding, acima n 10, 194-97; Um Riley, "Editorial-Desenvolvimento de Direito Penal Cartel: Lidando com os problemas do crescimento" (2007) 4 Revista de Direito da Concorrência 1.

⁵²SD Hammond, "Dificuldades de um Programa de Leniência Eficaz", Trabalho apresentado no ICN Workshop sobre programas de leniência (22-23 novembro 2004) 8-9, SD Hammond, "Sanções ideal, Dissuasão ideal", documento apresentado na Conferência Anual da ICN (6 Junho de 2005) 9.

⁵³Sobre este ponto ver, por exemplo, JM Connor, 'extraterritorialidade da Lei Sherman e Dissuasão da Privadas cartéis internacionais' (Julho de 2004) Documento de 04-08, Departamento de Economia Agrícola, Universidade de Purdue, onde o autor mostra (com base em fatos em matéria de gestão e acompanhamento do cartel vitaminas global) que "mesmo sob ideais resultados do Ministério Público, na ausência de extraterritorialidade completo, o alcance global dos cartéis modernos assegura que os pagamentos monetários de culpados cartelists internacionais não pode ter sucesso em disgorging todos os lucros cartel ilegal": at 18; Fox, acima n 5. No ponto em que um 'precisa de uma multa global para impedir dano global', ver também Stucke, "Eu sou um fixador Preço?", Acima de 33 n.

⁵⁴MS Gal, 'antitruste em uma Economia Globalizada: Os Desafios de Execução únicos enfrentados pelo pequeno e pelo desenvolvimento de Jurisdições' (2009) 4-6 orks.bepress.com/michal_gal/3.

exterior, pode também, por vezes, ter efeitos positivos ou neutros internamente⁵⁵. Isso é válido principalmente para cartéis que exportam, nesses casos presume-se que há transferência do bem-estar dos clientes de uma jurisdição para os produtores de outra⁵⁶. Alguns podem ver isso como "uma alocação racional de autoridade à jurisdição que tem os melhores incentivos para punir conduta anticompetitiva"⁵⁷. Por outro lado, os estados pequenos e em desenvolvimento podem ser menos equipados ou mais limitados na aplicação da lei contra os cartéis internacionais que envolvem empresas internacionais⁵⁸. No último caso, essas empresas beneficiam-se da proteção do poderoso regime extraterritorial, desde que os seus interesses estejam alinhados⁵⁹.

Embora de forma geral seja benéfico, o papel da extraterritorialidade num ambiente internacional é limitado. Além disso, lembre-se de que, fora dos regimes dos EUA, muitos regimes têm uma aplicação inconsistente e esparsa de sanções penais. Isso enfraquece ainda mais o potencial papel desempenhado pela aplicação da extraterritorialidade das sanções penais contra as atividades de cartel. A matriz complexa de regimes criminosos unilaterais, cada uma sendo diferente na cobertura, na leniência, no procedimento, e na frequência de aplicação, destaca a fraqueza da abordagem unilateral e da necessidade de cooperação internacional⁶⁰.

4. Diálogo e Cooperação Internacional

A cooperação internacional no domínio da aplicação de lei contra cartel pode concentrar-se em coordenação de ações extraterritoriais, facilitação da coleta de provas e da extradição⁶¹, e do alinhamento de regimes unilaterais, de forma a minimizar as externalidades

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Ibid, 36.

⁵⁷Elhauge Geradin e, acima de n 29, 1012.

⁵⁸Gal, acima n 51, 21-26, 31. Ver também Gerber, acima n 1, 76-77.

⁵⁹Gal, acima n 51, 12-20, 24, 28-29, 34. Veja também o testemunho de EM Fox antes da ModernizationCommission Antitruste, audiência sobre questões internacionais (15 de Fevereiro de 2006) 12-13. Considerações domésticas podem fazer a confiança em jurisdições estrangeiras como a aplicação da política intragável. Ver geralmente J Fingleton, 'Agências de concorrência e dos mercados globais: Desafios Para o Futuro' (5 de Junho de 2009) www.of.gov.uk/shared_of/speeches/2009/spe0909paper.pdf.

⁶⁰Por exemplo, nem todas as jurisdições que proporcionam criminalização têm regimes de clemência individuais além da clemência aplicados a empresas. Sobre este ponto ver geralmente MJ Frese, 'A Interplay negativa entre nacionais penas privativas de liberdade e tolerância' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 196, 208-209. Veja também Gerber, acima n 1, 89-95, 116-17, 290-92, sobre vários problemas associados com a abordagem unilateral ou o que ele chama de "jurisdictionalism unilateral".

⁶¹Elhauge Geradin e, acima de n 29, 1012-1013.

negativas e a aumentar o poder de dissuasão⁶². Além disso, a cooperação pode promover a assimilação dos vários regimes unilaterais através da convergência de leis e políticas.

Por meio de acordos bilaterais, regionais e internacionais, a cooperação na área de direito da concorrência fornece uma ampla gama de plataformas vinculativas e voluntárias. O papel desempenhado por cada um desses quadros para avançar a cooperação tem sido analisado em detalhe em outro lugar e está fora do escopo deste capítulo⁶³. A discussão que segue considera o papel da cooperação internacional e do diálogo para o desenvolvimento de uma aplicação mais consistente de um regime penal mundial.

4.1. Cooperação bilateral

As ferramentas de cooperação bilateral abrangem um amplo espectro de arranjos que variam de acordos específicos de concorrência, incluindo acordos de cooperação formais entre governos⁶⁴ ou acordos menos formais entre agências, ou por meio de acordos⁶⁵ relacionados com o comércio ou por parcerias econômicas⁶⁶, até por acordos não específicos de concorrência como acordos de assistência mútua em matéria penal ou extradição⁶⁷. Uma variedade semelhante de acordos de cooperação parece estar associada aos esforços internacionais para combater a criminalidade transfronteiriça em geral e também em outras

⁶²Veja, por exemplo, a Seção de Direito Antitruste da ABA, leis de concorrência fora dos Estados Unidos (2001) 112 e seguintes; Terhechte, acima n 11; Lipsky, n 11, 971-80; EM Guzman, "The Case for Antitruste Internacional 'na AR Epstein e MS Greve (eds), Leis de Concorrência em Conflito: Jurisdição Antitruste na Economia Global (Washington, American Enterprise Institute Press, 2004) 99, 114-20; Um Ezrachi ", das concentrações e Transfronteiriço Transações-uma visão pragmática sobre a Cooperação , Convergência e que há entre 'em P Marsden (ed) Manual de Trans-Atlantic Antitruste (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007) 622-41.

⁶³Note, por exemplo, a Rede Europeia da Concorrência, ECN programa de clemência Modelo: Relatório de Avaliação do Estado de Convergência (2009), que discute os desenvolvimentos com respeito à interação entre regimes de leniência na UE.

⁶⁴P Lowe, ex-diretor Geral da Concorrência da CE, menciona os acordos firmados pela CE com os EUA (1991), Canadá (1999) e no Japão (2003) como exemplos de tais acordos intergovernamentais. Veja P Lowe, "Cooperação Internacional entre as autoridades da concorrência: Conquistas e Desafios", Discurso no 4 ° Fórum competição Seoul International (5 de Setembro de 2006) 2. Veja também Paulis E, "Cooperação Internacional contra cartéis", documento apresentado na conferência sobre cartéis ACCC Cracking (24 Novembro 2004) 6. A partir da perspectiva dos EUA, ver, por exemplo, ABA, acima n 610, 113-16. Na competição específicos acordos de cooperação ver também ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre a cooperação entre as autoridades da concorrência em investigações de cartel (Maio de 2007) 17-19.

⁶⁵Lowe, refere-se, por exemplo, ao Memorando de Entendimento com a Coreia (2004) como um exemplo disto: *ibid.*, 2. Para assistência informal pelo DOJ e FTC EUA para estrangeiros autoridades antitruste ver ABA, acima n 610, 117.

⁶⁶Veja Lowe, acima n 61, 2-3; Paulis, acima n 61, 6.

⁶⁷Veja, por exemplo, P Gully-Hart, "cooperação entre autoridades centrais e autoridades policiais: A nova face da Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal" (2005) 76 *Revista Internacional de Direito Penal* 27; WC Gilmore (ed), *Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal e Assuntos Regulatórios de negócios* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995) xIX.

áreas, como na evasão fiscal, distribuição de informações privilegiadas, lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas⁶⁸.

Cooperação bilateral sobre concorrência é sem dúvida a forma mais eficaz de cooperação. Na verdade, “a maior parte da cooperação na aplicação da legislação antitruste internacional é bilateral, quer baseada formalmente em acordos bilaterais, ou informalmente em caso a caso”⁶⁹. Na área de combate ao cartel, a cooperação bilateral tem facilitado, significativamente, a descoberta, a investigação e a repressão dos cartéis internacionais⁷⁰. A coordenação de buscas surpresa, a troca de informações e a partilha de técnicas de investigação são apenas algumas das áreas que se beneficiaram da cooperação na luta contra os cartéis.

Embora a cooperação bilateral forneça uma ferramenta importante para o desenvolvimento de uma eficiente colaboração transfronteiriça, ela está limitada em sua capacidade de avançar a um consenso amplo⁷¹. A cooperação próxima pode, por vezes, facilitar a aproximação entre duas jurisdições, contudo não pode promover a harmonização internacional efetiva. Nesse sentido, o diálogo bilateral fornece um veículo inferior para o debate político internacional.

4.2. Cooperação Internacional

Estruturas internacionais não vinculativas contribuem muito para a aproximação e a harmonização entre as agências de concorrência. A superioridade de tais quadros sobre acordos internacionais mais vinculativos foi discutida em detalhes em outros trabalhos⁷². O benefício mais impressionante das estruturas voluntárias é o aspecto inclusivo. Iniciativas não vinculativas permitem que jurisdições façam parte do desenvolvimento de diretrizes, sem

⁶⁸Sobre a importância da assistência mútua em matéria penal tratados de execução competência criminosa ver, por exemplo, ABA, acima n 0, 116-17. Veja também ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61, 15-17. Sobre extradição ver, por exemplo M O'Kane, "Cartéis internacionais, concorrente processos criminais e extradição: Prática, Direito e Política", cap 18 deste volume. Outras formas de cooperação internacional em matéria penal pode envolver transferência de processos penais ou transferência de pessoas condenadas a cumprir pena no exterior, mas estes parecem ser de importância limitada na aplicação da competência contra os cartéis até agora. Dada a falta de aplicação da concorrência criminosa a nível da UE, não é surpreendente que nem Lowe, acima n 61, nem Paulis, acima n 61, acordo com os tratados sobre assistência mútua em matéria penal.

⁶⁹ABA, acima n 0, 112. Para uma visão geral do número de nota de acordos bilaterais, por exemplo, a DG Concorrência da CE lista de concorrência específicas relações bilaterais entre a UE e países terceiros no seu site: [ec.europa.eu / competição / internacional / bilateral / index.html](http://ec.europa.eu/competição/internacional/bilateral/index.html). Da mesma forma, uma lista de acordo de cooperação antitruste firmado entre os EUA podem ser encontrados no site do Departamento de Justiça dos EUA: [www.justice.gov / atr / public / internationalint_arrangements.htm](http://www.justice.gov/atr/public/internationalint_arrangements.htm).

⁷⁰Terceiro relatório da OCDE, Terceira, acima n 28, 30-32.

⁷¹Lowe, acima, n° 61, 3.

⁷²Ezrachi, "Redes voluntárias", acima n 4; Ezrachi, "Controle das concentrações", acima de 60 n.

comprometer a sua soberania. Como tal, as iniciativas voluntárias contornam as dificuldades tipicamente associadas a estruturas de ligação, permitindo que diferentes jurisdições ponderem em conjunto sobre a legislação e o processo de execução em torno dos cartéis nacionais e internacionais.

Três fóruns predominam no cenário multilateral, avançando em orientações não vinculativas e em novas estruturas para o Direito da concorrência. Estes são a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a OCDE e a ICN⁷³. Os trabalhos desses fóruns têm sido direcionados para temas diversos relacionados à concorrência, incluindo o desenvolvimento de formas de aplicação da lei da concorrência e de coordenação entre as agências de concorrência na luta contra cartéis⁷⁴.

Por exemplo, a OCDE publicou numerosas diretrizes e recomendações a fim de facilitar o compartilhamento de informações e a coordenação do trabalho de monitoramento⁷⁵. Tais trabalhos são complementados pelas atividades atuais com a finalidade de promover a cooperação em matéria de aplicação da legislação contra cartel e no monitoramento contínuo de programas antitruste⁷⁶. Adicionalmente, reuniões sob os auspícios do Comitê de Concorrência da OCDE e do Fórum global da concorrência desempenham um papel importante, uma vez que proporcionam um fórum para discutir questões relacionadas à luta internacional contra os cartéis⁷⁷.

A UNCTAD, por exemplo, publicou uma legislação modelo para concorrência⁷⁸ que é o conjunto de princípios sobre a concorrência das Nações Unidas⁷⁹. A Conferência tem

⁷³Terhechte, acima n 11, 66; Gerber, acima n 1, 112-16.

⁷⁴Além dessas iniciativas internacionais, fóruns regionais têm sido bem sucedidas na promoção de assimilação. Deixando de lado a UE, que tem o que é amplamente considerado como o mais bem sucedido regime de lei regional competição, destacam-se acordos como COMESA, CARICOM, MERCOSUL ou da UEMOA que aumentam a concorrência de execução em relação ao partido countries. See MS Gal 'acordos competição regional Direito: um passo importante para a aplicação Antitruste "(Novembro de 2009) NYU Centro de Direito, Economia e Organização, Relatórios de Pesquisa, Working Paper n ° 09-47. Ver também ABA, acima n 610, 123-29; Gerber, acima n 1, 109-11.

⁷⁵Especialmente OCDE, a Recomendação Revista do Conselho relativo à cooperação entre os países membros no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afectam Comércio Internacional (C (95) 130/FINAL, 27 de Julho de 1995); OCDE, a Recomendação do Conselho, acima n 7; OCDE, Melhores Práticas para o intercâmbio formal de informações entre as autoridades de concorrência em Investigações de Cartel Hard Core (Outubro de 2005).

⁷⁶Veja, por exemplo, várias mesas-redondas da OCDE Melhores Práticas de política, por exemplo, recentemente como experiência relação com assentamentos em casos de cartel, todos disponíveis em [www.oecd.org / competition / mesas redondas](http://www.oecd.org/competition/mesas-redondas) ou relatórios regulares da OCDE sobre a implementação da Recomendação de 1998 do Conselho, acima n 7. Sobre as atividades da OCDE, ver, por exemplo, Reindl, acima n 25, 111-13 ou Gerber, acima n 1, 112-13.

⁷⁷Veja Paulis, acima n 61, 2. Por exemplo, o mais recente foi o 9 ° Fórum Global da Concorrência, que teve lugar em 18-19 de Fevereiro de 2010, em Paris. Um dos seus temas principais foi convivência e corrupção em compras públicas, incluindo experiências na luta contra a fraudes as licitações.

⁷⁸UNCTAD, a Lei Modelo sobre a Concorrência: substantivos e possíveis elementos para uma lei da concorrência, comentários e abordagens alternativas as Legislações existentes (Nova York e Genebra, Nações Unidas, 2007).

anualmente a reunião do Grupo Intergovernamental de peritos em direito e política de concorrência. Suas atividades se relacionam de forma significativa com o direito da concorrência e as peculiaridades da política associada com jurisdições em desenvolvimento, incluindo assistência técnica aos países em desenvolvimento, com elaboração e aplicação de suas primeiras leis de concorrência e discussões sobre cooperação entre as agências (quando as agências menos experientes de países em desenvolvimento estão envolvidas) em investigações contra cartéis⁸⁰.

A ICN tem prestado uma relevante contribuição na área de cooperação em matéria de aplicação da legislação concorrencial por meio do desenvolvimento de instrumentos de *soft law* (diretrizes, manuais e relatórios) sobre formas de abordar instituições, troca de informações, renúncias, penalidades e cooperação regional⁸¹. Tem também contribuído para a compreensão dos obstáculos à cooperação⁸². O principal ponto positivo deste órgão é que ele envolve diretamente executores da defesa da concorrência de praticamente todas as autoridades de concorrência no mundo⁸³. No que concerne a aplicação da legislação antitruste, é particularmente notável o manual sobre legislação antitruste da ICN, composto de capítulos que tratam de questões de aplicação diversos, tais como buscas, apreensões e inspeções, elaboração e implementação de programas de leniência e coleta de evidências digitais, dentre outros tópicos⁸⁴. A ICN também tem contribuído para o desenvolvimento de relações transfronteiriças entre as agências de concorrência e a coordenação de investigações de cartéis e leniência em tempo real⁸⁵. Embora estes esforços internacionais harmonizam um fórum útil para avançar na convergência da aplicação e da política, é interessante considerar o seu papel na promoção do consenso quanto a criminalização de cartéis.

Não é surpresa que os EUA, que tem estado na vanguarda da luta contra os cartéis criminosos, forneçam a base para o debate da criminalização em nível internacional e levaram ou "orquestraram" a campanha para que cartéis fossem considerados e tratados como um

⁷⁹UNCTAD, Conjunto de Princípios e Regras sobre concorrência das Nações Unidas: o conjunto de princípios equitativos acordados multilateralmente e regras para o controle de práticas comerciais restritivas (Genebra, das Nações Unidas, 2000).

⁸⁰Gal, acima 51, 32; Terhechte, acima n 11, 67; Paulis, acima n 61, 2; Gerber, acima n 1, 113-15.

⁸¹Veja, por exemplo, Gal, acima 51, 33; Terhechte, acima n 11, 66; Paulis, n acima de 61 anos, 2. Veja também ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61; ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre Assentamentos Cartel (Abril de 2008); ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre "Definição Conduta Cartel Hard Core, instituições eficazes, sanções eficazes", blocos de construção para Regime Anti-Cartel eficaz (6-8 Junho de 2005) vol 1.

⁸²Veja, por exemplo, ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61, 23-24.

⁸³Para uma descrição mais detalhada da função e das discussões dentro ICN ver, por exemplo, Gal, n acima 51 33 e seguintes; Gerber, acima n 1, 115-16.

⁸⁴Disponível em www.internationalcompetitionnetwork.org/trabalho-grupos/corrente/cartel/manual.aspx.

⁸⁵Consulte Para Barnett, acima n 45, 2-5.

crime⁸⁶. Desde a acusação de alto perfil do Cartel de Lisina⁸⁷, passando pelo Cartel das vitaminas⁸⁸, a propaganda dos EUA em favor da criminalização vem ganhando força e afetando percepções domésticas (nos EUA) e internacionais sobre cartéis⁸⁹. O debate internacional ecoou essas normas internas dos EUA. Por exemplo, a recomendação da OCDE de 1998 sobre os cartéis *hard core* exige “sanções eficazes, em um nível e de natureza adequados para impedir que empresas e pessoas físicas participem de cartéis [hard core]”⁹⁰, foi patrocinada pelos EUA⁹¹. Destaca-se também as atividades recentes na ICN, onde o Grupo de Trabalho sobre Cartel voltou sua atenção de forma significativa para os problemas associados com a criminalização dos cartéis. Por exemplo, os temas de discussão propostos no âmbito do seu Plano de Trabalho 2009-2010 incluem, entre outras coisas: "Considerações na elaboração de legislação sobre criminalização de cartel... leniência para os indivíduos ... construção de relacionamentos com os promotores criminais para garantir um compromisso com a aplicação eficaz da legislação... Explicando a importância de sanções penais como um impedimento para o judiciário, no âmbito de processos criminais antitruste”⁹².

Em que extensão estes esforços levaram a proliferação de aplicação legislação penal contra cartel ainda é desconhecida, assim como a eficácia desses futuros regimes. Será que eles se reunirão aos EUA como regimes proativos ou ocuparão a outra extremidade com sanções penais não aplicadas? Esta questão expõe o limite do diálogo internacional e muda o foco para o papel do consenso em um país.

5. Os limites da cooperação — a procura do consenso

A criminalização está acima da esfera do direito da concorrência. Alimenta-se da percepção social interna de ambas a atividade de cartel e da conduta criminoso. A percepção (moral) da "ilicitude" da conduta em questão é de suma importância para o que a reforma

⁸⁶Harding, acima n 10, 194 et seq; Beaton-Wells, supra n 11, 2.

⁸⁷As circunstâncias do Cartel Lisina e sua investigação são bem descritos em K Eichenwald, O Desinformante. A True Story (Nova York, Livros Portobello, 2000) ou JB Lieber, Rats in the Grain: Os truques sujos e provações da Archer Daniels Midland (Nova Iorque, quatro paredes oito janelas, 2000).

⁸⁸Para um exame detalhado do Cartel de Vitaminas ver JM Connor, 'Os Grandes Conspirações globais vitaminas, 1985-1999' (Abril de 2008) www.ssrn.com/abstract=1120936

⁸⁹Harding, acima n 10, 194-97.

⁹⁰OCDE, a Recomendação do Conselho, acima n 7, Seção IA, ponto 1 (um).

⁹¹Harding, acima n 10, 196.

⁹²Cartel Plano de Trabalho Grupo de Trabalho 2009-2010 ", apresentado na Conferência Anual da ICN 8 (03-05 junho 2009)

tenha um avanço relevante⁹³. Isso é assim desde que sanções penais mais efetivas são reservadas às condutas verdadeiramente e inequivocamente censuráveis⁹⁴.

A Ilícitude de determinada conduta não pode ser equiparada a sua nocividade, mesmo que haja, obviamente, certas interconexões⁹⁵. Assim, o fato de os cartéis *hard core* serem tratados como extremamente prejudiciais não é por si só suficiente para a sua criminalização⁹⁶. Da mesma forma, o fato de as sentenças de prisão contribuírem para o efeito dissuasivo em um sistema de aplicação da legislação antitruste contra os cartéis, por si só não justifica a imposição de sentenças penais⁹⁷.

É certo que, "através da determinação e da punição de determinada conduta como 'criminosa', o sistema legal envia uma mensagem de que tal conduta é digna de censura"⁹⁸. No entanto, ausentes outras crenças morais nacionais correspondentes, a rotulagem rendeira poucos, se algum benefício. Como observado por Green:

O conflito e a ambiguidade moral serão o resultado da existência de uma lacuna entre o que a lei e um segmento significativo da sociedade considera moralmente questionável⁹⁹.

Por conseguinte, o sucesso do diálogo internacional não pode ser medido pelo número de jurisdições que utilizam a criminalização para cartéis *hard core*. Em vez disso, deve ser medido pela a eficácia de tais regimes. Essa efetividade só pode ser alcançada por meio da aceitação social de cartéis como crimes.

Nesse contexto, a diferença entre os EUA e a UE a respeito do tratamento de cartéis como crimes é impressionante. Nos EUA é socialmente aceitável que os cartéis sejam

⁹³Isto não é surpresa se levarmos em conta as conexões intrínsecas entre moralidade e direito penal. A este respeito ver, por exemplo JC café Jr: 'Será que "ilegal" Mean "Criminal": Reflexões sobre a Distinção Tort / Crime Disappearing em Direito norte-americano?' "(1991) 71 Boston University Law Review 193, 233-38; Stucke 'moralidade ", acima n 33, 531-34; ou mais geralmente um Duff," Teorias do Direito Penal ", na EN Zalta (ed) The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edição Outono de 2008) (2008) lato.stanford.edu / archives / fall2008/entries/criminal-law /; HLA Hart, Castigo e Responsabilidade (Oxford, Clarendon Press, 1968), por exemplo ch 1.

⁹⁴SP Green, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime* (Oxford, Oxford University Press, 2006) 1.

⁹⁵Ibid, 39-47.

⁹⁶Veja a discussão em R Williams, "Cartéis na Paisagem Direito Penal", cap 13 neste volume.

⁹⁷Duff, acima n 90, seção 5. Veja também Stucke, "moralidade" acima n 33, 538-39. Em qualquer caso, lembre-se que o argumento de dissuasão aumentado tem sido questionado por alguns: ver acima n 33.

⁹⁸Green, acima n 91, 46 (citações omitidas).

⁹⁹Green, supra n 91, 46 (citações omitidas). Um ponto semelhante é feita, a partir de uma perspectiva sociológica, em DJ Galligan, *Direito na Sociedade Moderna* (Oxford, Oxford University Press, 2007) 228: "Um dos pressupostos em que idéias sobre direito penal se baseiam, essencialmente, é a relação harmoniosa entre sociais relações e normas, por um lado, e as definições legais de crime, por outro lado. Nesta hipótese, a lei penal tem suas origens nas relações sociais, e é então tomado e apoiado por lei estadual e suas agências. Direito assume tanto a definição do crime e sua aplicação, mas o faz de uma maneira destinada a manter estreitas ligações com as relações sociais a partir do qual se origina. Sem congruência estreita entre os dois, a legitimidade do direito penal e da capacidade do Estado de executar seria severamente limitada. "

processados criminalmente e que os infratores sejam presos¹⁰⁰. Por outro lado, na UE, apesar da recente discussão sobre a criminalização, não há consenso social e político semelhante¹⁰¹. Surpreendentemente, isso também ocorre nos Estados-Membros que preveem sanções penais. Por exemplo, foi relatado que apenas 10 por cento dos britânicos entrevistados eram favoráveis à prisão dos indivíduos responsáveis pela operação de cartéis¹⁰². Apenas sete por cento dos entrevistados achavam que fixação de preços fosse comparável ao roubo, enquanto a maioria significativa (65 por cento) simplesmente não sabia a que outra prática criminosa podia ser comparada¹⁰³. Em outros grandes países da UE, esses números podem ser ainda menores.

Pode-se questionar o que favorece os EUA em relação à criminalização que não há em outras jurisdições. Indiscutivelmente, o tratamento persistente e público dado pelas autoridades norte-americanas às violações como cartel como crimes extremamente graves ajudou a desenvolver uma 'norma interna' que considera certas violações contra a economia dignas de condenação¹⁰⁴. Tal norma convence e afeta círculos eleitorais, como legisladores, tribunais, servidores de negócios e a sociedade mais amplamente no sentido de que "malfeitores merecem condenação e punição forte"¹⁰⁵. Uma acusação criminal bem sucedida por um longo período de tempo, embasada em apoio político comprometido¹⁰⁶ e na cobertura favorável da mídia ajudou a consolidar a aptidão dos EUA¹⁰⁷.

As condições que caracterizam o aumento da criminalização cartel nos EUA são únicas e não são facilmente reproduzidos¹⁰⁸. Ademais, mesmo se alguém for bem sucedido em promover as condições sociais necessárias à aceitação da criminalização, dificuldades jurídicas e práticas associadas ao projeto de um regime penal ainda permanecem. Essas são principalmente afetadas pela realidade legal, social e política internamente. Cada jurisdição tem de lidar com decisões complexas, da definição do crime de cartel, passando por questões institucionais, a questão da aplicação de leniência, a discricção da agência, até uma condenação

¹⁰⁰Stucke, "moralidade" acima n 33, 500-503; Baker, "o uso de remédios Direito Penal" acima n 16, 714.

¹⁰¹KJ Cseres, MP Schinkel, FOW Vogelaar, 'Direito e Economia de Execução Penal Antitruste: Uma Introdução' no Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 1, 5.

¹⁰²Um Stephan, "Levantamento de Atitudes Públicas de fixação de preços e Execução Cartel na Grã-Bretanha" (2008) 5 Concorrência Law Review 123, 133.

¹⁰³Ibid, 136-37.

¹⁰⁴Kovacic, acima n 22, 50. A internalização de natureza penal de cartéis duros, é reconhecida também pelo café, acima n 90, 237.

¹⁰⁵Kovacic, acima n 22, 50.

¹⁰⁶A importância do apoio político para a criminalização dos cartéis é sublinhado por exemplo, Beaton-Wells, acima n 11, 42.

¹⁰⁷Kovacic, acima n 22, 50-53, Baker, "O uso de remédios Direito Penal", acima n 16, 694-96, 705-13, Hammond, "Desenvolvimentos Recentes", acima n 20, Barnett BA, acima de 39 n.

¹⁰⁸Veja DI Baker, 'Punição para participantes de cartel nos Estados Unidos: um modelo especial?', Cap 2 neste volume. Ver também Gerber, acima n 1, viii, 158.

adequada e a interação entre a capacidade de execução penal e administrativa¹⁰⁹. A capacidade de aplicação da legislação precisa ser estendida, de forma a incluir capacidade suficiente para que a acusação penal contra cartéis seja bem sucedida¹¹⁰.

Os desafios sociais e práticos demonstram a complexidade da introdução de sanções penais no combate a cartel e do debate de várias camadas que tal movimento implica. Tais desafios destacam a maneira em que a criminalização ideal não é facilmente transferível entre jurisdições¹¹¹. Pode-se importar com êxito as ‘sementes da criminalização’, ainda assim, se não houver terreno fértil, elas renderiam colheitas modestas, se houver.

Refletir sobre esses desafios ajuda a posicionar o diálogo internacional no contexto. Embora possa apoiar novas iniciativas e ecoar a lógica no centro da criminalização de cartel, há capacidade limitada na proliferação eficaz e proativa dos regimes penais.

6. Conclusão

O cenário internacional é dominado por um claro consenso político e jurídico sobre os efeitos nocivos da atividade de cartel. Esse consenso, no entanto, não se estende aos meios nos quais os cartéis podem ser combatidos. A agenda da criminalização enfrenta resistência nacional e internacionalmente, levando a uma discrepância entre a retórica dominante e aplicação prática. Esta discrepância reflete realidades nacionais predominantemente inconsistentes, abordagens políticas e sociais diferentes para a atividade cartel e a ausência de um debate aprofundado sobre a justificativa para a execução penal, por outros motivos que o argumento da maior dissuasão.

A aplicação extraterritorial de sanções penais pode reduzir essa lacuna ao desafiar cartéis transfronteiriços. Contudo, tal abordagem, embora benéfica para algumas jurisdições, não proporciona uma solução abrangente. Esforços internacionais tem um papel relevante na promoção da discussão e formação de percepções públicas e políticas. Eles também provaram ser importantes para a construção de capacidade de execução e de coordenação. No entanto, sua capacidade atual para estimular a mudança efetiva é limitada.

Embora enraizado no direito da concorrência, o debate alcança a esfera geral da criminalização. Como tal, ele é afetado e prejudicado pelas abordagens heterogêneas sobre

¹⁰⁹Beaton-Wells, acima n 11, 38–42.

¹¹⁰ICN, Definição de Conduta Cartel Hard Core, acima n 78 de 29.

¹¹¹Reindl, acima n 25, 125. Veja também Beaton-Wells, acima n 11, especialmente 38-42; Kovacic, acima n 22, 41, 44, 50, 54; Baker, 'Divide An Enduring Antitrust' acima n 22, 155-58.

cartéis, crimes de colarinho branco e o papel do direito penal na sociedade em geral. O diálogo internacional pode ajudar a mudar a percepção quanto à ilicitude (moral) da atividade do cartel. No entanto, isto deve ser considerado um objetivo de longo prazo, sujeito a uma lenta assimilação. Uma tentativa de implantar um regime de criminalização em um ambiente receptivo, arrisca uma possível criminalização a não ser cumprida, o custo social disso pode ser maior do que a mera falta de criminalização.

De modo mais geral, o reconhecimento de que o consenso social e cultural nacional sobre criminalidade é a base sobre a qual um regime penal deve ser concebido e executado também deve afetar o diálogo internacional. O que sugere a necessidade de ampliar a discussão atual sobre a criminalização de cartel a discussão sobre questões morais e sociais.