

# **Perspetivas do Direito Internacional da Concorrência: a necessidade de uma abordagem alternativa aos acordos de cooperação e à convergência de sistemas de direito da concorrência**

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES \*

## **1. Introdução**

Numa era de globalização, de liberalização do comércio e de desregulação de indústrias específicas, as autoridades da concorrência confrontam-se com novos desafios de forma a proteger a concorrência nacional assim como a concorrência internacional.

Com empresas a operar em vários países, esvanecendo-se as fronteiras e aumentado o comércio transfronteiras, novas estratégias devem ser desenvolvidas por forma a ultrapassar as ameaças aos mercados internos resultantes de comportamentos anti-concorrenciais ocorridas no estrangeiro.

Embora soluções como a "Doutrina dos Efeitos" ou acordos bilaterais permitam, embora imperfeitamente, os países protegerem o seu mercado interno, não existem leis salvaguardando a economia global e a concorrência internacional. Impõe-se então o estabelecimento de um regime de direito internacional da concorrência dos países, com o objetivo de dirimir os conflitos originados pelo comportamento anti-concorrencial através das fronteiras e ajudar os países em desenvolvimento a alcançar os padrões dos países Ocidentais.

---

JURISMAT, Portimão, n.º 2, 2013, pp. 71-97.

\* Professora Associada, ISMAT.

Entre várias abordagens institucionais existem duas que apresentam um interesse significativo. Por um lado a Organização Mundial do Comércio que pode comportar um organismo de supervisão de matérias de concorrência internacional incluindo eventualmente um código da concorrência harmonizado, enquanto por outro lado a Rede Internacional da Concorrência que foi estabelecida para lidar com as matérias da concorrência global através de uma política de coordenação.

Este trabalho é constituído por uma primeira parte em que se abordam as razões que justificam a necessidade de adoção de um regime internacional da concorrência e se apresenta uma panorâmica das duas instituições mais adequadas para contribuir para o surgimento do referido regime através de um sistema de cooperação que constitui uma via crucial.

Na segunda parte procede-se uma análise das abordagens contemporâneas relativas à existência de um acordo multilateral vinculativo funcional para a implementação de uma regulação global da concorrência. A tónica incide sobre a previsão nova de um de acordo multilateral, o caminho do compromisso, que originará um regime internacional da concorrência. Defendemos assim, o regime global vinculativo proposto por Gerber, apto a combater com eficácia as práticas restritivas nos mercados globais.

A análise crítica a que procedemos acerca da viabilidade da adoção de um acordo multilateral vinculativo consubstancia-se na abordagem dos fatores que sendo alguns ambivalentes, podem influenciar negativamente a implementação de um regime internacional da concorrência.

A análise destes fatores faz-nos concluir que estão reunidos a maior parte dos pressupostos necessários para a elaboração de um código multilateral vinculativo de direito da concorrência internacional a médio prazo.

## II. Prospetivas para uma Estratégia Reguladora Global

### 1. A necessidade de um direito internacional da concorrência

Tradicionalmente os problemas suscitados à política e ao direito da concorrência eram resolvidos com base numa aplicação do direito interno do país em que ocorria a prática restritiva da concorrência.

Com a globalização das atividades empresariais e na ausência de uma política e um direito internacional da concorrência, as autoridades da concorrência confrontaram-se com práticas que se relacionavam com muitas nações.

Esta situação originou a aplicação extraterritorial do direito interno da concorrência que apresenta deficiências evidentes porque não faculta uma base consistente para justificar a interferência de um direito da concorrência interno nas práticas restritivas regulado por outro direito da concorrência como o evidenciou o litígio Laker e Urânio.<sup>1</sup>

O número de atividades de empresas com dimensões internacionais torna imperativa a cooperação entre as autoridades da concorrência dos diversos países para que as medidas adotadas sejam efetivas.

Conforme as estratégias das empresas se tornam internacionais, os mesmos comportamentos ou transações tem repercussões em vários Estados e as decisões adotadas por cada autoridade da concorrência embora limitada ao território do respetivo Estado, pode ter repercussões significativas relativamente a outras jurisdições.

A vaga de fusões que ocorreu nos anos 90 fez relevar todos os problemas associados à fragmentação dos direitos da concorrência nacionais e convenceu as entidades relacionadas com a concorrência dos países mais desenvolvidos da necessidade de uma cooperação reforçada assim como de uma convergência mais consistente do direito substantivo e adjetivo relativamente ao controlo das fusões de empresas.

Em alguns casos, os países que cooperavam em matérias relativas a concorrência negociaram acordos bilaterais de cooperação.

Existe consenso no sentido de estes acordos serem um sucesso.

Os termos de muitos destes acordos de segunda geração evidenciam uma profunda interiorização relativamente à cooperação a nível internacional. O facto de certos

---

<sup>1</sup> Apresenta casos práticos relativamente a esta temática, MARTIN D. TAYLOR, *International Competition Law: a New Dimension for the WTO?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 56-59.

países terem centrado a sua atenção e encetado um número crescente de acordos bilaterais evidencia a importância associada a este tipo de cooperação, um facto que é consideravelmente reforçado ao longo dos anos pelos sucessivos guias publicados pela OCDE sobre o tópico publicados em 1967, 1979, 1986<sup>2</sup> e as Recomendações de 1995.<sup>3</sup>

Existem não obstante limitações, lacunas e críticas aos acordos bilaterais de cooperação.

Com efeito uma das lacunas dos acordos bilaterais de cooperação relaciona-se com a exclusão de cláusulas sobre troca de informação confidencial. As autoridades da concorrência não estão autorizadas a partilhar informações confidenciais relativamente a atividades comerciais. A ausência de possibilidade da parte das autoridades em trocar informação confidencial pode afetar os interesses das empresas investigadas por se poder tornar inviável um inquérito rigoroso.<sup>4</sup>

Os acordos bilaterais não atribuem competência às autoridades da concorrência para chegarem a acordo ou adotarem regras em matérias extremamente complexas como o conglomerado de fusões, restrições verticais em acordos celebrados entre não concorrentes e abuso de posição dominante. Assim é muito provável que as questões não sejam resolvidas na ausência de um mecanismo ou procedimento consagrado no acordo bilateral de cooperação.<sup>5</sup>

O rápido desenvolvimento das fusões globais suscita novos desafios aos responsáveis pela política da concorrência e à doutrina que se consciencializam que problemas concorrenciais globais impõem soluções globais por parte do direito da concorrência.

---

<sup>2</sup> Cfr. OECD, *Recommendation of the Council for Cooperation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies*, 1986. A Recomendação de 1986 reviu versões anteriores emitidas em 5 de outubro de 1967 e 25 de setembro de 1979.

<sup>3</sup> Cfr. OECD, *Revised Recommendation of the Council Concerning Cooperation between member Countries on Anti-Competitive Practices Affecting International Trade*, 1995.

<sup>4</sup> Cfr. para mais desenvolvimentos sobre as consequências negativas da ausência de partilha de informações confidenciais por parte das autoridades da concorrência, MAHER M. DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 517-520.

<sup>5</sup> Cumpre sublinhar que os mecanismos de cooperação são diversos, vide, relativamente aos cartéis, OECD, *Global Fórum on Competition, Improving International Co-Operation in Cartel Investigations*, Background Note, 2012, pp. 3-40. No que se refere às fusões em que se salienta a perda de soberania e do controlo sobre o mercado interno, vide ARIEL EZRACHI, *Merger Control and Cross Border Transactions: A Pragmatic View on Cooperation, Convergence and What's Between*, The University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 05, 2005.

No decurso do processo predominantemente pró competitivo da globalização, as práticas privadas restritivas também aumentam e suscitam problemas intensos de concorrência internacional. Entre eles, os cartéis internacionais *hard core* como o famoso cartel das Vitaminas (fixação de preços e partilha de mercados de vitaminas em 12 mercados no mundo entre 13 empresas da Europa e do Japão) aumenta o número e a gravidade das práticas restritivas gerando danos massivos para os consumidores em todo o mundo.<sup>6</sup> O número de fusões com efeitos transfronteiras aumentou durante a última vaga nos últimos anos da década de noventa e desde então a percentagem de fusões internacionais em relação ao total das fusões tem-se mantido elevada.<sup>7</sup> Adicionalmente, empresas com posições dominantes nos mercados mundiais foram acusadas de abusar do seu poder de mercado. O caso da Microsoft representa um processo exemplar.<sup>8</sup>

Não obstante as ações anticoncorrenciais terem uma dimensão global as políticas da concorrência permanecem numa focalização nacional. A ausência de um regime internacional origina um número significativo de problemas graves de que se dão aqui apenas alguns exemplos.

Conflitos entre diferentes países surgem conforme as autoridades nacionais da concorrência protegem principalmente os seus mercados internos sem tomarem em consideração os efeitos da execução da sua política nas economias estrangeiras. Os conflitos entre os Estados Unidos e a União Europeia nos casos Boeing/Mc Dinnel Douglas e GE/Honeywell constituem os exemplos mais evidentes de um amplo número de conflitos jurisdicionais.<sup>9</sup> Uma variante estratégia mais agressiva de polí-

<sup>6</sup> Cfr. SIMON EVENETT / MARGARET C. LEVENSTEIN / VALERIE Y. SUSLOW, *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s*, *The World Economy*, 24 (9), 2001, pp. 1221-1245, HARRY FIRST, *The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law*, *Antitrust Law Journal*, 68 (3), 2001, pp. 711-734, JOHN M. CONNOR, *Global Antitrust Prosecutions of Modern International Cartels*, *Journal of Industry, Competition, and Trade*, 4 3. 2004, pp. 239-267.

<sup>7</sup> Cfr. relativamente ao desenvolvimento das fusões internacionais FREDERIC L. PRYOR, *Dimensions of the Worldwide Merger Boom*. *Journal of Economic Issues*, 35 (4), 2001 pp. 825-840.

<sup>8</sup> Cfr. FRANKLIM FISHER M. / L. RUBINFELD, *U.S. v. Microsoft: An Economic Analysis*, *The Antitrust Bulletin*, 46 (1), 2001, pp. 1-69, RICHARD GILBERT / MICHAEL KATZ, *An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft*. *The Journal of Economic Perspectives*, 15 (2), 2001, pp. 25-44, WARREN GRIMES, *The Microsoft Litigation and Federalism in U.S. Antitrust Enforcement: Implications for International Competition Law*, in JOSEF DREXEL (Coord.), *The Future of Transnational Antitrust: From Comparative to Common Competition Law*, 2003, Berne, Staempfli & Kluwer, pp. 237-258, MIGUEL MOURA E SILVA, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 469 a 547.

<sup>9</sup> Cfr. relativamente ao caso GE/Honeywell, GOTZ DRAUZ, *Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers under EC Competition Law*, in BARRY E. HAWK, (Coord.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Conference on International Antitrust Law & Policy, Nova Iorque, Juris, 2002, pp. 183-201, WILLIAM J.

tica da concorrência é uma estratégia deliberada de "beggar -thy -neighbor" para aumentar o bem-estar nacional a expensas do bem-estar estrangeiro /internacional.<sup>10</sup> Os países em desenvolvimento enfrentam ameaças das empresas multinacionais que cartelizam ou monopolizam seus mercados. Com muita frequência até os que dispõem de um regime da concorrência implementável não dispõem de poder suficiente em termos de importância do mercado interno de forma a impor a obediência às multinacionais às suas leis.<sup>11</sup>

A proliferação de regimes supra citada amplia um outro aspeto da internacionalização, a (não) aplicação de regras de concorrência por parte de uma jurisdição pode produzir efeitos sobre outra jurisdição quer tenha ou não adotado um regime de concorrência. Essas externalidades podem ser significativas. Proibições de práticas restritivas da concorrência consagradas numa dada jurisdição podem afetar a possibilidade ou a motivação de empresas estrangeiras entrarem ou expandirem-se num mercado estrangeiro. Por exemplo, se um monopolista local integra acordos de distribuição exclusiva com distribuidores locais este acordo pode ser limitado pela habilidade de empresas estrangeiras participarem no mercado.

Adicionalmente a (não) aplicação de proibições de práticas restritivas da concorrência numa dada jurisdição pode também ter repercussões sobre o comportamento de

---

KOLASKY, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*, George Mason Law Review, 10 (3), 2002, pp. 533-550, ROBERT J. REYNOLDS / JANUSZ A. ORDOVER, *Archimedean Leveraging and the GE/Honeywell Transaction*. Antitrust Law Journal, 70 (1), 2002, pp. 171-198, e DAVID J. GERBER, *The European Commission's GE/Honeywell Decision: US responses and their implications*, Journal of Competition Law (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht), 1 (1), 2003, pp. 87-95. Cfr. no que concerne ao caso Boeing & MDD, ELEANOR M. FOX, *Antitrust Regulation Across National Borders: The United States of Boeing versus the European Union of Airbus*, The Brookings Review, 16 (1), 1998, pp. 30-32, e DANIEL J. GIFFORD / THOMAS SULLIVAN, *Can International Antitrust be Saved for the Post-Boeing-Merger World?*, The Antitrust Bulletin, 45 (1), 2000, pp. 55-118.

<sup>10</sup> Cfr. ELEANOR M. FOX, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, New York University Law Review, 75 (6), 2000 pp. 1781-1807, OLIVER BUDZINSKI, *Institutional Aspects of Complex International Competition Policy Arrangements*, in CLEMENS ESSER & MICHAEL H. STIERLE (Coord.), *Current Issues in Competition Theory and Policy*, Berlim, VWF, 2000, pp. 109-132, ANDRE T. GUZMAN, *The Case for International Antitrust*, in RICHARD A. EPSTEIN / M. MICHAEL GREVE (Coord.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington, D.C., The AEI Press, 2004, pp. 99-125.

<sup>11</sup> Cfr. ELEANOR M. FOX, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, New York University Law Review, 75 (6), 2000, pp. 1781-1807, ELEANOR M. FOX, *Can We Solve the Antitrust Problems by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy*, The Antitrust Bulletin, 48 (2), 2003, pp. 355-376, FREDERIC JENNY, *Competition Law and Policy: Global Governance Issues*, World Competition, 26 (4), 2003, pp. 609-624, FREDERIC JENNY, *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, The Antitrust Bulletin, 48 (4), 2003, pp. 973-1003.

empresas multinacionais em outros mercados em que operam. A externalidade pode ser positiva, Por exemplo a detecção de um cartel internacional por parte de uma jurisdição pode prevenir a sua atuação a nível mundial. Mesmo quando existem acordos sobre matérias substantivas, o número completo de requerimentos de fusões nacionais necessário para que seja autorizada uma fusão entre empresas internacionais cria ineficiências.

Efeitos negativos podem ser suscitados pela não aplicação das leis. Para dar apenas um exemplo, o nível limitado da atual implementação das proibições contra os cartéis internacionais na maior parte das jurisdições deve-se à ausência de um processo de dissuasão eficaz generalizado. Ultimamente, a descoberta e perseguição dos cartéis internacionais tem aumentado em paralelo com o número e a significância internacional das jurisdições que perfilham legislações que proíbem práticas restritivas da concorrência.<sup>12</sup>

Para além destas externalidades, abundam outros problemas criados pela internacionalização. Esses problemas incluem duplicação de implementação de recursos por jurisdições afetadas pela mesma medida restritiva da concorrência, elevados custos regulatórios suportados pelas empresas reguladas e dificuldades relacionadas com a informação acumulada quando a prática restritiva ocorre em qualquer outra parte.

Estes problemas criam aquilo que Gerber designa por paradoxo:<sup>13</sup> as mesmas forças da globalização que fazem aumentar a necessidade de leis que proíbam as práticas restritivas igualmente restringem o seu desenvolvimento e destroem sua eficácia.

Estes aspetos da internacionalização das regras da concorrência repercutem-se na forma de desenvolvimento e execução dos mecanismos legais para resolver efetivamente questões de concorrência com uma dimensão transnacional. Estes mecanismos inserem-se em três categorias principais: implementação unilateral com alcance extraterritorial, acordos bilaterais ou multilaterais baseados amplamente nos princípios da cortesia e uma cooperação internacional mais ampla (regras da concorrência internacionais). Esta última inclui uma ampla gama de soluções, partindo da harmonização voluntária e acordos baseados em *soft law*, a um acordo multilateral vinculativo aplicado por uma autoridade global. A emergência de uma nova realidade impõe uma abordagem alternativa. A análise de uma solução nova originou uma abundante abordagem teórica.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> MICHAL S. GAL, *New Perspectives on International Antitrust*, American Journal On International Law, April, 2012, p. 403.

<sup>13</sup> J. DAVID GERBER, *Global Competition, Law, Markets and Globalization*, Oxford, Oxford University Press 2010, p. 95.

<sup>14</sup> Cfr. CHRIS NOONAN, *The Emerging Principles of International Competition Law*, International Economic Series, 2008, OLIVER BUDZINSKY, *The Governance of Competition, Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham UK & Northampton, MA, USA, Edward Elgar Pub., 2008, D. DANIEL SOKOL, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, Re-

Um consenso crescente sugere que o direito da concorrência internacional é o único mecanismo que oferece uma solução efetiva para todos os problemas de práticas restritivas internacionais. Contudo, de que forma e em que dimensão tais soluções poderão ser adotadas constituem ainda questões em aberto.

## **2. Duas abordagens diversas a um regime de direito da concorrência Internacional**

### **2. 1. A importância da Organização Mundial do Comércio (OMC)**

Na época atual as autoridades da concorrência europeias foram as primeiras a articular e a promover uma agenda do direito da concorrência a nível mundial. Um Comité de Peritos elaborou um modelo de direito da concorrência mundial que institucionalizou no seio da OMC<sup>15</sup>. O projeto formar-se-ia gradualmente, iniciando-se com blocos de cooperação entre as nações, autoridades da concorrência, princípios de transparência, não discriminação e processo justo e um programa para facultar assistência técnica aos países em desenvolvimento. O projeto tornaria multilaterais os já existentes acordos bilaterais de cooperação. O sistema avançaria para uma fase em que se adotariam princípios substantivos comuns contra o abuso de posição dominante e os cartéis, e se implementaria um mecanismo de resolução de diferendos enquadrado na OMC.

Entre as matérias mais importantes em análise surgem as que se referiam à `inter-relação entre comércio e política da concorrência, análise de procedimentos e

---

search Paper nr.1034, Law School, University of Wisconsin, 2007, ELEONOR M. FOX, *International Antitrust and the Doha Dome*, Virginia Journal International Law, 2003, 911, MICHAEL A. UTTON *International Competition Policy, Maintaining Open Markets in the Global Economy*, Cheltenham, UK & North Hampton, Ma, USA, Edward Elgar, 2006, CLIFFORD JONES / MITSUO MATSUSHITA, *Competition Policy in the Global Trading System*, Cheltenham, UK & North Hampton, Ma, USA, Edward Elgar, 2002, WOLFGANG KERKER, *An International Multi-level System of Competition Laws: Federalism in Antitrust*, in JOSEF DREXL (org.), *The Future of Transnational Antitrust-From Comparative to Common Competition Law*, Berna/Haia/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2003, FIJENTSCHIFIHER IKENENTSCHER / U. UMMENGA (orgs.), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos, 1995, F. M. SCHERER, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington, The Brookings Institution, 1994.

<sup>15</sup> Para uma análise dos esforços para inserir o direito da concorrência no seio da OMC e as matérias com ela relacionadas vide KEVIN C. KENNEDY, *Competition Law and the World Trade Organization: The Limits of Multilateralism*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, MARTYN TAYLOR, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, PHILIP MARSDEN, *A Competition Policy for the WTO*, Londres, Cameron May, 2003.

padrões, o impacto dos monopólios de Estado na política da concorrência e a contribuição da política da concorrência para o alcance dos objetivos da OMC.<sup>16</sup>

Alguns pontos cruciais foram adotados na Agenda de Desenvolvimento de Doha:<sup>17</sup> A OMC aceitou que o início das negociações sobre a política da concorrência estivesse dependente de um consenso explícito no que se referia às modalidades de negociação. A OMC implementaria programas de apoio à criação de competências na área da concorrência para os países em desenvolvimento. O Grupo de Trabalho continuaria a analisar a interação entre comércio e política da concorrência, especialmente nas áreas da transparência, não discriminação, justiça na execução das medidas e cooperação.

A Conferência Ministerial de Cancun de 2003 visava debater a abordagem de Doha.<sup>18</sup> As divergências de perspectivas face às modalidades das futuras organizações e a pressão por parte dos EUA e outros países em desenvolvimento especialmente no que se refere a subsídios e agricultura fizeram com que os participantes acordassem que seria finalmente na Conferência de Genebra de 2004 que seria decidida a futura negociação da política internacional da concorrência.

Na Conferência Ministerial de Genebra de 2004 ficou decidido que a política da concorrência, entre outras matérias de Singapura, não seria incluída no Programa das Conversações de Doha sobre o Comércio. Consequentemente, nenhuma negocia-

<sup>16</sup> As reações das jurisdições relativamente à internacionalização da concorrência diferiam amplamente. Os Estados Unidos manifestavam um forte ceticismo relativamente a esta iniciativa a nível mundial com receio que os objetivos protecionistas sobretudo dos países em desenvolvimento não fossem devidamente escrutinados, que os princípios adotados por consenso fossem reduzidos ao menor denominador comum, que os diferendos fossem resolvidos por burocratas desprovidos do conhecimento da realidade e de que as agências perdessem as suas prerrogativas de atuação. Cfr. JOEL I. KEIN, *Anticipating the Millennium: International Antitrust Enforcement at the End of the Twentieth Century*, in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 1998. A firme oposição dos Estados Unidos à existência de um direito internacional da concorrência é analisada por GEOFFREY A. MANNE / SETH WEINBERGER, *International Signals: The Political Dimension of International Competition Law Harmonization*, August 10, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1448223>, acesso em 2 de julho de 2012. Para uma perspectiva das abordagens alternativas quer dos Estados Unidos quer da União Europeia vide SPENCER WEBER WALLER *National Laws and International Markets: Strategies of Cooperation and Harmonization in the Enforcement of Competition Law*, *Cardozo Law Review*, Vol. 18, N. 3, 1996, pp. 1111-1128.

<sup>17</sup> Cfr. MITSUO MATSUSHITA / THOMAS J. SCHOENBAUM / PETROS C. MAVROIDIS, *The World Trade Organisation: Law, Practice and Policy*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2006, pp. 9-14.

<sup>18</sup> Cfr. Para uma análise mais pormenorizada, JOSEF DREXL, *International Competition Policy after Cancun, Placing a Singapore Issue on the WTO Agenda*, *World Competition*, 2004, 27 (3) pp. 419-457.

ções relacionadas com a política da concorrência no contexto da OMC estão previstas para um futuro próximo.

No final dos anos 90 a ênfase incidiu na averiguação do tipo de acordo multilateral que seria adequado para a prossecução de uma estratégia multilateral nesta área. Neste contexto, um consenso considerável gerou-se no sentido de que um acordo multilateral era, senão absolutamente necessário, pelo menos muitíssimo relevante. Os defensores desta via confirmavam a sua posição no sentido de a adoção de um acordo multilateral constituir o melhor caminho para viabilizar a possibilidade de comunidade do direito da concorrência global – particularmente as autoridades da concorrência e as empresas – operarem de uma forma mais eficaz e contribuir para o progresso da política e do direito da concorrência.

É igualmente crucial determinar a probabilidade de sucesso que esta estratégia terá no futuro quer seja a curto quer seja a longo prazo.

Qualquer perspectiva favorável à inserção do direito da concorrência na OMC deve ser clara relativamente ao que deve ser considerado em termos de regras e princípios nas futuras negociações. É necessário transparência quanto a saber se o conjunto de regras estende-se para além da proibição de cartéis e casos graves de abuso de posição dominante, a fenómenos como fusões e restrições verticais, se algumas dessas regras seria sujeita a procedimentos estabelecidos de discussão. Se as regras operariam num enquadramento de vários princípios da OMC, tais como os princípios da transparência, não discriminação e tratamento nacional, se uma abordagem especificamente contextualizada ao direito da concorrência deverá ser adotada nas obrigações dentro da OMC para remover barreiras no acesso ao mercado.

A OMC beneficia de uma ampla base constituída por 154 participantes representando membros de Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Este suporte constituído pelos seus membros daria a qualquer acordo sobre direito da concorrência no âmbito da OMC uma inquestionável legitimidade: o acordo seria o resultado das negociações encetadas entre todos estes membros e só seria alcançado uma vez assegurado o consenso entre os países. Para além da vantagem da ampla base de apoio, a OMC opera de uma forma que é considerada como proporcionando uma importante flexibilidade aos países que pretendem cumprir as suas obrigações. A adoção dessas obrigações podem ser efetuadas pelos países desenvolvidos imediatamente para serem seguidos pelos países em desenvolvimento posteriormente. Esta situação poderia ser de um significado crucial relativamente ao acordo do direito da concorrência no contexto da OMC, ao facilitar a aproximação gradual dos países na execução das suas obrigações de acordo com um enquadramento temporal ajustado às suas circunstâncias e necessidades internas. Uma terceira vantagem relaciona-se com o mecanismo de resolução de diferendos da OMC, através deste mecanismo, a

OMC tem sido capaz de demonstrar uma grande credibilidade para resolver as disputas entre os países de uma forma extremamente eficiente.

Os outros argumentos em favor da inserção do direito da concorrência no âmbito da OMC relaciona-se com o importante conteúdo das matérias da OMC e com relevante perícia que a mesma de que beneficia.

Os conceitos e terminologia de direito da concorrência não estão totalmente ausentes dos acordos e protocolos da OMC. Exemplos notáveis de provisões que lidam com matéria de concorrência são o Artigo VIII do Acordo Geral sobre o Comércio e Serviços (GATS), Artigos 8 e 40 do Acordo do Comércio relacionado com os Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) e artigo 40 do Documento de Referência sobre Telecomunicações. Adicionalmente casos de concorrência foram resolvidos pela OMC pelo órgão de Recurso no caso Kodak /Fuji (1998) e considerações baseadas na concorrência foram aplicadas pelos órgãos da OMC muito especialmente no caso México – Telecomunicações (2004).<sup>19</sup> Ao adotar uma decisão favorável aos Estados Unidos, o Órgão de Resolução de Diferendos orientou-se pelo que pode ser perspectivada como uma abordagem baseada numa análise da concorrência que incluía a definição de mercado relevante.

Estas vantagens constituem indicadores importantes quando se considera a adequabilidade da OMC para prosseguir matéria de política da concorrência.<sup>20</sup>

## 2. 2. A relevância emergente da Rede Internacional da Concorrência (RIC)

Na sua primeira década de existência, a RIC tornou-se a instituição chave para o debate e implementação da política da concorrência internacional.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Neste último caso, os Estados Unidos recorreu à OMC contra as regras de longa distância internacional do México argumentando que eram incompatíveis com o Documento de Referência sobre Telecomunicações.

<sup>20</sup> Esta adequabilidade surge consolidada quando se considera a atitude positiva de órgãos internacionais importantes especialmente o Banco Mundial, a CNUCD e a RIC relativamente à OMC face ao seu envolvimento na área do direito da concorrência e o apoio muito sólido que essas instituições oferecem à OMC neste envolvimento. Cfr. MAHER M. DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, p. 553.

<sup>21</sup> Uma análise minuciosa da génese, evolução, funções e resultados alcançados pela Rede Internacional da Concorrência encontra-se em ELEANOR M. FOX, *Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network*, New York University School of Law, Law & Economics, Research Paper Series, Working Paper n. 09-27-2009, e HUGH M. HOLMMAN / WILLIAM E. KOVACIK, *The International Competition Network: its Past, Current, and Future Role*, 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1967705> (acesso em 2 de julho de 2012). Uma síntese rigorosa dos progressos alcançados pela RIC é apresentada por MARIA COPPOLA, *One network's effect: The rise and future of the ICN*, *Concurrences*, n.º 3, 2011, pp. 221-229.

Na década passada o trabalho da IRC sobre as notificações de fusões e processos de investigação auxiliou as agências de concorrência a reduzir o número de notificações e reduzir os custos através da eliminação de inspeções desnecessárias. Entre 2003 e 2006 a RIC adotou 13 práticas recomendadas nas áreas de procedimentos de fusões, análise substantiva de fusões, determinação de poder de mercado e determinação de posição dominante no mercado.

Apesar de as Práticas não serem vinculativas o fato de se ter alcançado um acordo relativamente às mesmas constitui um fator impressionante. Os membros da RIC adotaram as Práticas mesmo quando as suas práticas e legislações da concorrência não estavam em conformidade com as recomendações.<sup>22</sup>

A comparação dos seus sistemas com as Práticas Recomendadas permitiu às agências responsáveis pela concorrência avaliar e identificar áreas específicas do direito da concorrência.

Os membros da RIC também utilizaram as Práticas Recomendadas como base das suas reformas ao convencer os órgãos legislativos da necessidade da adoção das reformas propostas por estarem em conformidade com os padrões internacionais. A incidência na convergência é prosseguida na prática quotidiana da RIC sobretudo através da criação de *soft law* sob a forma de práticas recomendadas.

Já mais de dois terços das agências membros e até governos alteraram a sua legislação e políticas em concordância com as recomendações da ICN, particularmente as relacionadas com as notificações das fusões e processos de investigação.

O Grupo de Ação da RIC promoveu consultas individuais e a grupos a cerca de 120 membros da RIC de 106 jurisdições, assim como a muitos consultores não-governamentais (NGAs). As consultas visavam obter um *feedback* sobre as fraquezas e os pontos fortes relativamente à concorrência substantiva e adjetiva, tendo como objetivo preparar o futuro trabalho da rede a determinar os objetivos a longo prazo. O grupo também procedeu à análise da literatura académica sobre redes e avaliou a forma de operar por parte de redes similares. Como resultado destas consultas, a RIC reforçou a sua eficácia na adoção e promoção da melhor prática internacional, e focalizou a sua atividade no aumento do desempenho da promoção da concorrência.

---

<sup>22</sup> As Práticas Recomendadas foram elaboradas pelo Subgrupo da RIC sobre Notificações de Fusões e Procedimentos. Muitos dos membros principais do grupo, incluindo a Alemanha, Itália, Coreia e Espanha, tinham no momento em que as Práticas foram formuladas, leis ou procedimentos que não estavam em conformidade com as mesmas.

A julgar pelas suas próprias aspirações e em contraste com um amplo leque de críticos, a RIC tem obtido um enorme sucesso. A RIC evidencia estabilidade e solidez. Tem liderança. Constitui o único elemento de conexão das pessoas a nível mundial que estão relacionados com uma tarefa comum.

A atividade de RIC, gerou um processo de fusões e de procedimentos relativamente aos cartéis a nível mundial aperfeiçoados e a compreensão mútua dos regimes jurídicos, políticas e culturas entre a miríade de participantes alcançou um elevado nível. Pode-se também determinar a eficácia da RIC em relação com outras organizações. A RIC está atualmente a proceder a um trabalho que a OCDE, a CNUCD e a OMC não poderiam produzir com tanta qualidade, atenta a natureza, consistência e orientação desses organismos.<sup>23</sup>

Por definição e objetivos prosseguidos, a ICN não constitui um organismo com capacidade suficiente para uma governação global da concorrência. Não tem possibilidade de resolver os problemas mundiais da concorrência que são suscitados pela internacionalização dos mercados como a não conexão entre os regimes jurídicos anti-dumping e preços predatórios, hiatos jurisdicionais que permitem a existência de cartéis de exportação, e a ausência de uma perspetiva coerente da concorrência e comércio mundiais.

Mas promovendo a convergência de procedimentos e de princípios jurídicos a ICN pode contribuir decisivamente para um futuro sistema de direito da concorrência internacional.

### **2. 3. A necessidade de cooperação entre a OMC e a RIC**

É indubitável que o trabalho destas instituições tem um valor extremo e assim continua a ser ao prosseguirem a ideia da internacionalização do direito da concorrência. Não obstante, é óbvio que é necessário no presente expandir a sua agenda, capacidades institucionais e os mecanismos dessas organizações, se o processo de internacionalização deve receber o adequado tratamento e consideração que merece. Um caminho crucial para que esta situação possa ocorrer é através da institucionalização de uma maior cooperação entre as diferentes organizações e apoio recíproco das instituições.

A colaboração neste caso seria particularmente importante para o objetivo de aumento da eficiência na forma como as organizações conduzem o seu trabalho nesta área. Ela pode ser alcançada através de consultas adequadas que poderiam originar a partilha de responsabilidades, atribuindo a cada organização a tarefa mais adequada à sua

<sup>23</sup> Cfr. ELEONOR M. FOX, *Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network*, p. 166.

especialização, composição e recursos. Esta colaboração e partilha de responsabilidades não se têm verificado. É verdade que algumas organizações têm oferecido a sua colaboração a outras organizações.<sup>24</sup> A RIC adotou uma filosofia de cooperação com a OMC, a OCDE e a CNUCD. Contudo questiona-se se os esforços de todas essas organizações foram organizados de forma rigorosa e se não tem havido muita sobreposição nas atividades que têm efetuado, sobretudo nas relacionadas com a criação de capacidade, assistência técnica e promoção da concorrência.

A rivalidade institucional pode constituir um fator a não negligenciar e é compreensível que cada uma destas instituições, OMC e RIC tenham interesse em desenvolver o seu envolvimento e assegurar a sua posição na área. Mas ao alcançar este reconhecimento estas instituições correm o risco de não alcançar o melhor resultado da forma mais eficiente para cada uma das atividades. As organizações não estão em posição de construir uma agenda global na área do direito da concorrência atuando individualmente. E estão atualmente colocadas numa posição em que estão cada vez mais longe de alcançar o referido objetivo quando ocorre uma sobreposição significativa nas suas atividades e tarefas, para não mencionar a utilização não eficiente dos recursos escassos que proximamente surgirão.

A coordenação entre a OMC e a TIC e a divisão de responsabilidades são vitais para aumentam as perspectivas de sucesso.

Cada organização beneficia de forças e qualidade que são únicas e que não são partilhadas pela outra organização. Essas forças garantirão à organização em causa maior impacto na área do direito da concorrência quando optar por um envolvimento de coordenação.<sup>25</sup>

### **3. O Direito Internacional da Concorrência: Um longo percurso a percorrer**

#### **3.1. Os acordos multilaterais vinculativos**

Existem duas abordagens básicas para combater as práticas anticoncorrenciais a um nível global. Uma é baseada na convergência que aceita a existência de um mecanismo jurisdicional e espera que os sistemas de direito da concorrência nacionais

<sup>24</sup> Por exemplo a CNUCD tem trabalhado em íntima colaboração com a OCDE e RIC e em menor extensão como a OMC, a seguir à Cimeira de Doha de 2001 e existem perspectivas de um maior envolvimento da OMC na área da concorrência.

<sup>25</sup> Cfr. no sentido de a coexistência da OMC e da RIC suscitar a questão de se tal concorrência de meios é benéfica, MARIANA BODE / OLIVER BUZINSKY, *Competing ways towards international antitrust: the WTO versus the ICN*, Marburger volkswirtschaftliche Beiträge, no. 03-2005. Os autores consideram que a concorrência não deve ser considerada benéfica por razões de eficiência de recursos. p. 24.

alinhem com o outro nos meios para o aperfeiçoar. A análise da convergência sugere que esta estratégia pode produzir alguns benefícios mas não pode de forma adequada resolver muitas das questões essenciais do direito da concorrência nos mercados globais. Os acordos não vinculativos que permitem alcançar algum nível de coordenação e harmonização da implementação das leis da concorrência através de mecanismos voluntários são as principais ferramentas contra as práticas restritivas utilizadas atualmente.<sup>26</sup> Esses esforços centram-se normalmente na criação de orientações e melhores práticas para criar um sistema de implementação unilateral. São reconhecidos os benefícios desta convergência: eles reduzem os problemas de contradição de soluções, cria maior confiança entre as autoridades da concorrência e a natureza pragmática e involuntária dos acordos não vinculativos aumenta o estímulo para a participação.<sup>27</sup>

Contudo estes esforços internacionais não têm gerado o sucesso pretendido na resolução de muitos problemas suscitados por práticas restritivas da concorrência porque as suas soluções são baseadas em soluções unilaterais ou estão sedimentadas em interações bilaterais flexíveis limitadas.

A análise crítica dos argumentos a favor da convergência num futuro próximo leva a concluir que os mesmos não são convincentes. Não existem fatos que sedimentem a esperança de que uma discussão racional originará um elevado grau de convergência, ou que a socialização entre os decisores não se limitará a uma mera identificação de situações similares, ou que a persuasão eliminará as divergências.

Os resultados limitados desta abordagem têm suscitado um debate aceso acerca da necessidade e viabilidade de alcançar um acordo internacional sobre um regime da concorrência.<sup>28</sup>

Quando se considera o estabelecimento de um direito internacional da concorrência podem distinguir-se várias abordagens.

1. A implementação de leis anticoncorrenciais vinculativas com carácter global controlada por uma autoridade de uma forma centralizada. Este regime de concorrência uniforme representa a solução mais rigorosa mas negligencia os problemas da inefi-

<sup>26</sup> Uma abordagem da génese, evolução, vantagens e lacunas destes acordos pode encontrar-se em LARRY FULLERTON / CAMELIA C. MAZARD, *International Antitrust Co-operation Agreements*, World Competition, no. 24, 2001, pp. 405-423, BRUNO ZANETTIN, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2000, FREDERIC JENNY, *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, The Antitrust Bulletin, 48, 2003, pp. 973-1003.

<sup>27</sup> Cfr. MAHER M. DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, pp. 517-522.

<sup>28</sup> DAVID J. GERBER, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2010, pp. 282-292.

ciência gerada pela burocracia e preferências locais /regionais. E; sobretudo devido à transferência de soberania para um organismo internacional, o consenso em relação a uma tal solução entre as nações é improvável. Existem custos, contudo, associados com esta abordagem. Ela pode requerer uma execução e adjudicação amplamente complexas e originar uma crescente burocracia. Mais, a abordagem sedimenta-se na tese de que existe um conjunto de regras da concorrência perfeitas para todas as empresas e nações do mundo, e que as nações podem identificar e podem alcançar um acordo com base nessas regras através de negociação. Mas regras ótimas estão inseridas num contexto e podem ser culturalmente específicas, as negociações podem implicar poder de negociação e conflitos e pode gerar regras formadas mais baseadas na política do que em princípios. Finalmente se o acordo for alcançado com base num conjunto de regras mundiais, a inflexibilidade será inevitável.

2. Uma harmonização gradual dos direitos da concorrência nacionais através de uma primeira determinação de um conjunto de padrões mínimos. Esses padrões podem inicialmente ser limitados a matérias consensuais (v.g. proibição e penalização dos carteis *hard core*) e serem incrementalmente ampliados. O objetivo final contudo mantém um regime centralizado global e uniforme.

3. O estabelecimento de um sistema com vários níveis, em que uma autoridade anti-concorrencial supranacional tem competência para decidir as restrições da concorrência com efeitos transfronteiras suficiente, enquanto as agências nacionais da concorrência mantém a sua competência para aplicar as leis internas da concorrência em todos os outros casos. Um sistema como este requer uma bem definida alocação e delimitação das competências, em particular uma delimitação vertical (isto é um critério claro para definir e identificar efeitos transfronteiras "suficientes").

4. Um acordo multilateral de cooperação para alcançar as vantagens da cooperação sem estar limitado ao contexto bilateral. Neste caso o "regime virtual" internacional é baseado numa rede de governação mais como uma abordagem informal para organizar relações internacionais. A questão que se suscita é a de saber se a vontade de cooperar é suficientemente sólida para proteger efetivamente a concorrência internacional

5. Uma estratégia em que os Estados comprometem-se a percorrer um caminho partilhado, constituído por objetivos a curto e longo prazo, em conjunto coma implementação de estratégias e planos.

Gerber analisa o acordo multilateral como uma estratégia para o desenvolvimento do direito da concorrência a um nível global. A análise sugere que as formas tradicionais de acordo não são propriamente adequadas ao desafio. Gerber elabora uma espécie particular de acordo adaptado às necessidades do desenvolvimento de um direito da concorrência a longo prazo.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> DAVID J. GERBER, *Global Competition, Law, Markets and Globalization*, p. 10.

A análise enfatiza a necessidade de adaptar qualquer acordo multilateral às necessidades de desenvolvimento do direito da concorrência mais do que seguir formas pré-existentes ou submetê-lo a procedimentos institucionais pré-existentes. Tempo e flexibilidade são ambos fatores críticos na elaboração desta estratégia por que eles permitam que as obrigações dos Estados e as relações entre os mesmos sejam adaptados ao processo de desenvolvimento económico.

Esta estratégia vai para além do regime jurisdicional e cria obrigações para os Estados no sentido de combater a conduta anticoncorrencial nos mercados globais. Ela responde às pressões e incentivos da globalização através da entrada num novo território.

Gerber sugere que o desenvolvimento de um regime global vinculativo capaz de combater com eficácia as práticas restritivas nos mercados globais não só é necessário para enfrentar os desafios centrais do século vinte e um como é igualmente factível.

E este regime é necessário porque recentemente ocorreu um dramático aumento na concorrência global - o que Gerber designa por globalização profunda que aumenta o potencial de conflitos transfronteiras ou transnacionais e ele aponta para um futuro (que muito provavelmente incluirá muitos mais casos de práticas anticoncorrenciais privadas) no qual ocorrerão muitos mais conflitos.<sup>30</sup> Ele procede a uma análise dos métodos utilizados para a resolução dos conflitos e considera-os inadequados.

Considera que o que existe é um regime de jurisdição unilateral em que a autoridade soberana dos estados líderes, especialmente os Estados Unidos faculta os principais meios de resolução do conflito.

A profunda globalização amplia as limitações do sistema jurisdicional unilateral de três formas: Primeiro limita a possibilidade de os regimes detetarem o comportamento anti concorrencial. Segundo existe um maior potencial para conflitos e inexistência de mecanismos de resolução dos mesmos.

Gerber propõe um sistema global de direito da concorrência que pode efetivamente resolver os conflitos jurisdicionais, uma base geral sustentável para a adoção de decisões internas empresariais, alocar a implementação das responsabilidades entre atores internacionais e internos de uma forma eficiente e viabilizar o desenvolvimento das capacidades internas das autoridades da concorrência no que concerne ao direito da concorrência.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, pp. 275-281.

<sup>31</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, pp. 304-315.

O que é necessário é um novo projeto transnacional. Duas abordagens têm sido analisadas: convergência voluntária e coordenação através de acordo. A segunda via não provou ainda ser implementável. Atualmente, a focalização incide na convergência voluntária que é mais ativamente prosseguida pela RIC e sua abordagem das "Boas Práticas". A convergência assume que o unilateralismo continuará a constituir o enquadramento básico.

Gerber analisa criticamente os argumentos a favor da convergência num futuro próximo e conclui que eles não são convincentes. Existe pouca evidência para justificar a esperança de que a discussão racional levará a um grau mais elevado de convergência, ou que a socialização entre os decisores produzirá efeitos para além da identificação de semelhanças, ou que a persuasão elimine as diferenças.<sup>32</sup> Simultaneamente identifica e não subestima os vários obstáculos que se opõem ao alcance de acordos vinculativos.

Para ultrapassar alguns dos obstáculos, Gerber propõe uma abordagem flexível, sensível às diversidades existentes entre os regimes da concorrência que designa por "caminho do compromisso".<sup>33</sup>

Este conceito é elaborado com base em três pressupostos.<sup>34</sup>

Um pressuposto é constituído pelo reconhecimento do amplo valor potencial do combate à conduta anticoncorrencial.

A maior parte dos Estados e analistas estão de acordo que o direito da concorrência tem valor para obviar a adoção de condutas que reduzem os benefícios da concorrência nos mercados globais. Um segundo elemento reside no reconhecimento de que há diferenças significativas nas perspetivas acerca dos conteúdos e funções do direito da concorrência e que os esforços que requerem uma mudança rápida e radical não terão muito provavelmente sucesso. A preocupação com a necessidade de mudanças muito rápidas pode explicar muitos dos insucessos dos Estados em gerar consenso relativamente à adoção de um regime da concorrência global no passado.

O terceiro pressuposto traduz-se na verificação de que nestas circunstâncias, o alinhamento de interesses necessário para assegurar um direito da concorrência global efetivo só pode ser desenvolvido com o tempo.<sup>35</sup>

Com estes dados Gerber delinea uma estratégia em que os Estados comprometem-se a percorrer um caminho partilhado, isto é, em conjunto, constituído por objetivos a

<sup>32</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, pp. 283-291.

<sup>33</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, p. 304.

<sup>34</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, p. 10.

<sup>35</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, p. 304.

curto e longo prazo, em conjunto, com a implementação de estratégias e planos. Esta abordagem constitui uma tentativa de ultrapassar as diferenças de objetivos, capacidades institucionais e proibições normativas entre as diferentes instituições criando um processo que não pressupõe harmonização como ponto de partida mas pretende alcançá-la a longo prazo.<sup>36</sup> Este caminho exige um acordo por parte dos países rumo a um compromisso que não contém os pormenores do regime legal final que se pretende instituir. Uma estratégia baseada num acordo que tem o potencial para fazer face às fraquezas de um regime baseado na jurisdição e que apresenta um potencial muito mais elevado para desenvolver um regime da concorrência global e efetivo. Gerber baseia-se parcialmente na sugestão de um novo mecanismo, o caminho do compromisso, para um regime internacional da concorrência.

Trata-se de um processo rumo a objetivos acordados com obrigações para sustentar o movimento rumo a esses objetivos. Espera-se que os elementos do caminho adotem uma forma mais densa conforme os Estados interagem ao moverem-se ao longo do percurso. A estratégia estabeleceria compromissos partilhados para criar e manter um regime efetivo para uma concorrência global.<sup>37</sup>

O objetivo de tal estratégia não será estabelecer um conjunto de normas ou instituições às quais todos os participantes devem aderir num dado tempo específico e com as mesmas condições, mas coordenar compromissos de forma a conduzir todos os participantes ao longo de um caminho rumo a um regime de direito da concorrência global efetivo.<sup>38</sup>

Esta constitui a única abordagem realista porque tem subjacente as diferenças de culturas, a diversidade de regimes de direito da concorrência e diferentes estádios de desenvolvimento dos países.

Talvez um processo de negociação de acordo constitua a melhor via a prosseguir mas uma abordagem similar não provou ainda ser possível no Médio Oriente e são algumas dúvidas aonde ele nos levará no processo de globalização.

Sugere-se que a necessidade de um complexo processo de harmonização, originado pela dificuldade em alcançar regras que sejam aceites por mais de uma centena de países soberanos, seja ultrapassado por um processo em que o início da harmonização se efetue por grupos regionais como acontece já com a União Europeia. Posteriormente a tarefa estaria simplificada porque se trataria de harmonizar o direito de um pequeno número de regiões.

<sup>36</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, pp. 306-307.

<sup>37</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, pp. 304-310.

<sup>38</sup> DAVID J. GERBER, *ibidem*, p. 310.

Considera-se ainda que um início sólido rumo a um sistema transnacional seria dado pelos Estados Unidos e pela União Europeia em tentarem acordar por tratado ou por uma série de tratados um direito da concorrência comum, começando talvez por matérias que geram maior consenso como a legislação sobre os carteis.

#### **4. Os fatores determinantes para a adoção de um direito da concorrência internacional**

São cinco os fatores, alguns ambivalentes e que, conseqüentemente, geram dúvidas quanto à viabilidade de alcance de uma solução baseada na adoção de direito da concorrência internacional e alcançar resultados positivos não constitui tarefa fácil. A alteração ideológica de regulação subjacente às atividades empresariais em conexão com a concorrência constitui um fator importante que poderá influenciar a adoção de uma solução multilateral.

Tentativas passadas de desenvolver um direito multilateral da concorrência não obtiveram sucesso porque eram prematuras, no sentido que só uma relativa minoria de nações no mundo tinham sistemas económicos de mercado e um reduzido número tinha estabelecido sistemas de concorrência: A extensa implementação de economias de mercado nos países e a criação de leis de concorrência em cerca de 120 países representa uma importante alteração na reunião de condições para um sistema global de concorrência.<sup>39</sup>

Enquanto há 60 anos atrás a maior parte das jurisdições não era baseada – ou era apenas parcialmente baseada – em economias de mercado, a situação atual apresenta-se qualitativamente diversa. A queda do Comunismo na Europa Oriental e adoção de uma economia mais orientada para o mercado por parte da China, em simultâneo com a crença diminuída relativamente à possibilidade de os governos controlarem eficientemente os parâmetros das atividades negociais, mudou drasticamente os instrumentos reguladores utilizados pela maioria das jurisdições. A concorrência tornou-se um instrumento regulatório fundamental para muitas jurisdições. Esta mudança aumenta o potencial para a adoção de uma solução global na medida em que mais negociadores adotam um enquadramento ideológico similar. Mas suscita igualmente alguns obstáculos. Diferentes perspetivas das economias de mercado originam diferenças de importância do sistema da concorrência e outros instrumentos regulatórios (vg. compare-se o modelo de mercado socialista da China com o capitalismo do Estados Unidos). Outra situação adversa resulta da existência de

<sup>39</sup> Cfr. DIANE P. WOOD, *Cooperation and Convergence in International Antitrust: Why the Light Is Still Yellow*, in RICHARD A. EPSTEIN / MICHAEL S. GREEVE (coord.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Jackson, TE, AEI Press, 2004, pp. 177-188.

objetivos divergentes entre os diversos direitos da concorrência. Os efeitos distributivos intra jurisdicionais podem ser mais importantes para umas jurisdições do que para outras.<sup>40</sup> Os países podem opor-se a mecanismos de regulação quando a distribuição dos benefícios enfraqueçam os grupos desfavorecidos na sociedade, especialmente aqueles que foram sistematicamente excluídos no passado.

As questões de distribuição mesmo quando não tenham grande relevo a nível nacional adquirem um cariz de muito maior importância a nível inter jurisdicional.<sup>41</sup>

Em consonância, os países podem estar menos determinados em conceder os seus poderes a uma instituição central se aperceberem que a mesma não toma como um dos critérios de decisão as questões relacionadas com a distribuição inter jurisdicional.

O segundo fator reside no número de jurisdições que adotaram um regime de direito da concorrência como resultado da mudança política para uma ideologia de mercado.<sup>42</sup> As experiências de direito da concorrência a nível interno têm um papel relevante na determinação da dimensão da convergência rumo a um regime normativo para uma concorrência global, dado que a interseção entre os domínios nacional e internacional constituem um fator chave para a compreensão da dinâmica do direito da concorrência global. Suscita-se a questão de saber se esta mudança aumentou ou diminuiu a viabilidade de se alcançar soluções de direito da concorrência internacionais.

Por um lado, a experiência obtida com a implementação das leis da concorrência cria uma base para uma compreensão comum dos seus benefícios e limitações. Por outro lado, limitações de escolha pública podem surgir quando os reguladores nacionais são chamados a renunciar a alguns dos seus poderes de forma a poder ser aplicado um verdadeiro regime de concorrência a nível internacional, como uma autoridade internacional anti cartel.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Cfr. ELEANOR M. FOX, *Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries*, New York University School of Law, Law & Economic Research Paper Series 11-04, 2011, pp. 1-21, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1761619> (acesso em 4 de julho de 2012), in JOSEF DREXL / MOR BAKHOUN / ELEANOR M. FOX / MICHAL S. GAL / DAVID J. BERGER (Coord.), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Cheltenham, UK & North Hampton, Ma, USA, Edward Elgar, 2012.

<sup>41</sup> Cfr. MICHAL S. GAL, *Restrictive Agreements and Unilateral Restraints*, in JOSEF DREXL / LAURENCE IDOT / JOEL MONÉGER (coord.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, UK & North Hampton, Ma, USA, Edward Elgar, 2009, p. 247.

<sup>42</sup> Cfr. BRENDON SWEENEY, *International Competition Law and Policy: A Work In Progress*, Melbourne Journal, International Law, 58, 2009, pp. 3-4.

<sup>43</sup> Cfr. MICHAL S. GAL, *New Perspectives on International Antitrust*, American Journal of International Law, vol. 106, no. 2, April 2011, p. 405.

Mas o que é mais relevante, as diferenças entre as leis da concorrência pode gerar obstáculos a um regime internacional de direito da concorrência

Com efeito, uma análise profunda permite salientar as diferenças assim como as similitudes entre as culturas de concorrência.

Gerber analisa minuciosamente as experiências dos Estados Unidos e da União Europeia e providencia também uma análise do que ele designa “outros países”: Austrália, Canada, China, Japão, América Latina, Coreia do Sul e África Subsaariana. Estes países constituem a chave do futuro desenvolvimento de uma estratégia de direito da concorrência global. A análise comparativa que vai para além da *law in books* analisando o direito na prática faculta uma imagem esclarecedora acerca das pontes que tem de ser construídas para ultrapassar as diferenças.<sup>44</sup>

Um terceiro fator central nesta análise é constituído pelo aumento dos níveis do comércio e da interconexão dos mercados. Suscita-se a questão de saber como este fator afeta a motivação dos países para alcançar soluções globais. É óbvio que esta situação amplia o âmbito dos casos com efeitos extraterritoriais e, conseqüentemente, regra geral origina uma maior tendência para alcançar uma solução global. Também como foi sublinhado supra, a receptividade dos países à adoção de uma solução global é potenciada pelo elevado número de jurisdições que adotaram regimes de concorrência o que aumenta as externalidades impostas a uma jurisdição pela implementação das regras da concorrência noutro país.<sup>45</sup>

Em particular a adoção por parte da China e da Índia de regimes de concorrência reforça a motivação para alcançar um consenso relativamente a adoção de uma solução global dado que devido à sua importância económica ambos têm de facto um poder de veto sobre as decisões que tem efeitos externos. Por exemplo, uma decisão de um destes países no sentido de proibir uma fusão internacional originará muito provavelmente um abandono do projeto de fusão mesmo que a mesma possa potencialmente criar efeitos competitivos em qualquer outra parte do mundo.

Um quarto fator é constituído pelas experiências de jurisdições com soluções alternativas. Uma motivação relevante para a receptividade ao sistema de concorrência internacional é a verificação de que a implementação unilateral extraterritorial do direito da concorrência e dos acordos bilaterais de cooperação facultam apenas uma solução parcial ao problema das práticas restritivas.

<sup>44</sup> DAVID J. GERBER *Global Competition: Laws, Markets and Globalization*, pp. 269-272.

<sup>45</sup> Cfr. MICHAL S. GAL, *New Perspectives on International Antitrust*, p. 405.

Assim e mencionando apenas algumas preocupações suscitadas pela aplicação extraterritorial do direito da concorrência, as pequenas jurisdições só muito raramente podem criar uma ameaça credível quando aplicam as suas leis para proibir o comportamento de grandes empresas internacionais.

Mesmo jurisdições de grande dimensão confrontam-se com obstáculos significativos à aplicação extraterritorial das suas leis, tais como obstáculos à obtenção de informações,<sup>46</sup> colisão de sanções impostas por outras jurisdições e resistência à aplicação extraterritorial da aplicação das suas leis.

As insuficiências evidenciadas por um sistema de implementação unilateral paralelo têm sido o principal catalisador para a adoção de mecanismos reguladores mais cooperativos.

Em conformidade com esta constatação, alguns países encetaram a via das soluções bilaterais embora os acordos sejam frequentemente bastante restritivos relativamente à extensão da cooperação que originam. A maior parte dos acordos incluem cláusulas de notificação e troca de informação e princípios de cortesia positiva que requerem que as jurisdições apliquem as suas leis de uma forma não discriminatória quando tal for requerido pela outra parte. Embora os benefícios potenciais de tais acordos sejam reconhecidos (v.g os acordos não colidem com a soberania dos países, tem potencialidades para reduzir os conflitos entre os países e limitam os problemas suscitados pela partilha de informação), não viabilizam ferramentas para resolver a maior parte dos desafios suscitados pelas práticas anticoncorrenciais, como a colisão de soluções adotadas pelas autoridades da concorrência, e duplicação de implementação de medidas. Esta preocupação surge por que o modelo em que estes acordos se baseiam são de aplicação unilateral: cada jurisdição continua a aplicar a sua própria lei no seu território.

Uma solução alternativa que pode influenciar a motivação para adotar uma solução global são os acordos regionais de direito da concorrência que são baseados numa implementação conjunta das referidas regras.<sup>47</sup>

Estes acordos permitem às jurisdições escaparem ao dilema da escolha entre a extrema descentralização (implementação unilateral) e a centralização (implementa-

<sup>46</sup> No Relatório da OCDE de 2012 a temática da troca de informação confidencial é abordada como um dos desafios a uma cooperação eficaz nas investigações relativamente aos cartéis. Não só as leis nacionais não permitem a partilha de informação confidencial como a maioria dos instrumentos e acordos celebrados entre as autoridades nacionais adotam a mesma posição. OECD Global Forum On Competition, *Improving International Cooperation In Cartel Investigations*, 2012 págs 30-32.

<sup>47</sup> Cfr. MICHAL S. GAL, *Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Anti-trust Enforcement*, 60 *University Toronto Law Journal*, 2010, pp. 239, 258-261.

ção global) através da criação de uma governação cooperativa sobre matérias de concorrência que se estende para além das suas fronteiras.<sup>48</sup>

Uma experiência positiva num acordo regional de direito da concorrência pode sedimentar a motivação dos países para adotarem soluções globais como é evidenciado pela União Europeia que tem sido uma forte adepta da adoção de um direito internacional da concorrência. Mas para seguir este rumo é necessário que a cooperação seja implementada a uma escala com maior dimensão. Os acordos podem facultar aos seus membros uma maior força devido à agregação das forças dos seus membros na comunidade internacional.<sup>49</sup>

A dinâmica do poder internacional tem um papel importante na determinação da possibilidade de determinar a possibilidade de alcançar soluções globais para o direito da concorrência.

O medo da perda de soberania e do poder de veto pelos países mais importantes ao nível do direito da concorrência diminui os incentivos para a adoção de uma solução internacional. A recente adoção de um regime da concorrência por parte da China e da Índia alterou a dinâmica existente. O poder comercial dos dois países limita a possibilidade dos Estados Unidos e da União Europeia para dirimir a maior parte dos seus diferendos relativos a práticas restritivas entre si e aumenta a possibilidade de uma coordenação de implementação de regimes.

### Conclusão

O rápido desenvolvimento das fusões globais suscitou novos desafios aos responsáveis pela política da concorrência e à doutrina que se consciencializam que problemas concorrenciais globais impõem soluções globais por parte do direito da concorrência.

O número de fusões com efeitos transfronteiras aumentou durante a última vaga nos últimos anos da década de noventa e desde então a percentagem de fusões internacionais em relação ao total das fusões tem-se mantido elevada. Adicionalmente, empresas com posições dominantes nos mercados mundiais foram acusadas de abusar do seu poder de mercado. O caso da Microsoft representa um processo exemplar. Não obstante as ações anti concorrenciais terem uma dimensão global as políticas da concorrência permanecem numa focalização nacional. A ausência de qualquer espé-

<sup>48</sup> Uma interessante e rigorosa análise destes acordos é efetuada por MAHER DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, capítulo 7.

<sup>49</sup> Cfr. *Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement*.

cie de regime internacional origina um número significativo de problemas graves de que se dão aqui apenas alguns exemplos.

Conflitos entre diferentes países surgem conforme as autoridades nacionais da concorrência protegem principalmente os seus mercados internos sem tomarem em consideração os efeitos da execução da sua política nas economias estrangeiras. Os conflitos entre os Estados Unidos e a União Europeia nos casos Boeing/Mc Donnell Douglas e GE/Honeywell constituem exemplos mais evidentes de um amplo número de conflitos jurisdicionais

A proliferação de regimes supra citada amplia um outro aspeto da internacionalização a (não) aplicação de regras de concorrência por parte de uma jurisdição pode produzir efeitos sobre outra jurisdição quer tenha ou não adotado um regime de concorrência. Essas externalidades podem ser significativas. Proibições de práticas restritivas da concorrência em vigor numa dada jurisdição podem afetar a possibilidade ou a motivação de empresas estrangeiras entrarem ou expandirem-se num mercado estrangeiro. Adicionalmente a (não) aplicação de proibições de práticas restritivas da concorrência numa dada jurisdição pode também repercutir-se no comportamento de empresas multinacionais em outros mercados em que operam. A externalidade pode ser positiva, Efeitos negativos podem ser suscitados pela não aplicação das leis.

Para além destas externalidades, abundam outros problemas criados pela internacionalização. Esses problemas incluem a duplicação de implementação de recursos por jurisdições afetadas pela mesma medida restritiva da concorrência, elevados custos regulatórios suportados pelas empresas reguladas, e dificuldades relacionadas com a informação acumulada quando a prática restritiva ocorre em qualquer outra parte. Estes aspetos da internacionalização das regras da concorrência produzem efeitos sobre a forma de desenvolvimento e execução dos mecanismos legais para resolver efetivamente questões de concorrência com uma dimensão transnacional.

Um consenso crescente sugere que o direito da concorrência internacional é o único mecanismo que oferece uma solução efetiva para todos os problemas de práticas restritivas internacionais. Contudo, de que forma e em que dimensão tais soluções poderão ser adotadas é ainda uma questão em aberto.

Após a análise das atividades da OMC e da RIC concluímos que o trabalho destas instituições tem um valor extremo e assim continua a ser ao prosseguirem a ideia da internacionalização do direito da concorrência. Não obstante, é óbvio que é necessário no presente expandir a agenda dessas organizações, as capacidades institucionais e os mecanismos para que o processo de internacionalização seja eficaz. Um caminho crucial para que esta situação possa ocorrer é através da institucionalização de

uma maior cooperação entre as diferentes organizações e apoio recíproco das instituições.

Na análise das várias abordagens do direito internacional da concorrência sublinha-se a estratégia de instituição de um direito da concorrência global proposta por Gerber.

Gerber delinea uma estratégia em que os Estados comprometem-se a percorrer um caminho partilhado constituído por objetivos a curto e longo prazo, em conjunto com a implementação de estratégias e planos. Esta abordagem constitui uma tentativa de ultrapassar as diferenças de objetivos, capacidades institucionais e proibições normativas entre as diferentes instituições criando um processo que não pressupõe harmonização como ponto de partida mas pretende alcançá-la a longo prazo.

Este acordo será o único acordo funcional se determinados fatores determinantes evoluírem num sentido favorável à implementação de um direito da concorrência internacional.

Sugere-se que o início da harmonização se efetue por grupos regionais como acontece já com a União Europeia. Posteriormente a tarefa estaria simplificada porque se trataria de harmonizar o direito de um pequeno número de regiões.

Considera-se ainda que um início sólido rumo a um sistema transnacional seria dado pelos Estados Unidos e pela União Europeia em tentarem acordar por tratado ou por uma série de tratados um direito da concorrência comum, começando por matérias que geram maior consenso como a legislação sobre cartéis.

São cinco os fatores, alguns deles ambivalentes, e que, conseqüentemente, suscitam dúvidas quanto à viabilidade de alcance de uma solução baseada na adoção de direito da concorrência internacional

A alteração ideológica de regulação subjacente às atividades empresariais em conexão com a concorrência constitui um fator importante que poderá influenciar a adoção de uma solução multilateral.

A proliferação das jurisdições que adotaram um regime de concorrência constitui igualmente um fator que poderá influenciar a emergência do direito internacional da concorrência

Um terceiro elemento central nesta análise é constituído pelo aumento dos níveis do comércio e da interconexão dos mercados. Esta situação amplia o âmbito dos casos com efeitos extraterritoriais e, conseqüentemente, regra geral origina uma maior tendência para alcançar uma solução global.

Um quarto fator é constituído pelas experiências de jurisdições com soluções alternativas. Uma motivação relevante para a receptividade ao sistema de concorrência internacional é a verificação de que a implementação unilateral extraterritorial do direito da concorrência e os acordos bilaterais de cooperação facultam apenas uma solução parcial aos problemas suscitados pelas práticas restritivas.

A dinâmica do poder internacional tem um papel importante na determinação da possibilidade de determinar a possibilidade de alcançar soluções globais para o direito da concorrência.

O medo da perda de soberania e do poder de veto pelos países mais importantes ao nível do direito da concorrência diminui os incentivos para a adoção de uma solução internacional.

Concluimos ser necessária a adoção de um direito da concorrência internacional como abordagem alternativa à aplicação extraterritorial do direito nacional, dos acordos bilaterais e da convergência das normas da concorrência.

Apenas os fatores ambivalentes que descrevemos podem obstar à adoção de um direito internacional da concorrência.

Contudo um balanço da análise efetuada, aliada à adoção do conceito de acordo multilateral de Gerber leva-nos a concluir que estão reunidas as condições para a implementação a longo prazo de um direito internacional da concorrência.