



## **PLURALISMO JURÍDICO E ANTITRUSTE EM TEMPOS DE ECONOMIA GLOBAL**

### **Legal Pluralism and Antitrust in a Global Economy Era**

FERNANDA GARCIA MACHADO  
Doutoranda em Direito/Membro do CEDIS

#### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar como a transnacionalização dos mercados tem afetado a ordem jurídica até então fundada no conceito de Estado-nação e nos princípios de soberania e territorialidade, levando a uma crescente estruturação em rede das fontes do direito e, por consequência, dos sistemas jurídicos. Destaca-se que tais aspectos serão analisados sob a perspectiva da política de defesa da concorrência, no sentido de analisar como as novas configurações de relações jurídicas impostas pela economia global e digital e o surgimento de novos atores relevantes, como as organizações internacionais, resultaram em uma pluralidade de sistemas jurídicos e soft laws que se interconectam e apresentam reflexos na efetividade da atuação das diferentes jurisdições antitruste. Por fim, discutem-se formas de se lidar com esse pluralismo jurídico, especialmente por meio de

redes que promovam uma convergência que, embora respeitando as especificidades político-econômica e institucionais de cada jurisdição, possa resultar em um caminho congruente no sentido de prevenir e reprimir abusos do poder econômico.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Economia global. Antitruste. Defesa da concorrência. Pluralismo Jurídico. Cooperação.

## **ABSTRACT**

This essay aims to analyze in what extent the transnationalization of markets has affected the legal order hitherto based on the concept of nation-state and on the principles of sovereignty and territoriality, and how this process is leading to a growing network structure composed by different sources of law and, consequently, legal systems. This analysis will be based on the perspective of the competition policy and it will be explored the new businesses models and power configurations imposed by the global and digital economy. As part of this ecosystem it will be also examined the emergence of new relevant actors such as international organizations. This global scenario has resulted in a plurality of legal systems and soft laws, which are interconnected and may affect the effectiveness of different antitrust jurisdictions. Finally, dealing with this legal pluralism, it will be discussed the concept of networks as a means of promoting convergence through the consideration of political, economic and institutional specificities of each jurisdiction, but in a way of resulting in a consistent path towards preventing and repressing abuses of economic power.

## **KEYWORDS**

Global economy. Antitrust. Competition Policy. Legal Pluralism. Cooperation.

## Sumário

1. Considerações iniciais; 2. A globalização e a transnacionalização dos mercados; 3. O antitruste e sua rede de fontes e agentes; 4. Lidando com o pluralismo jurídico antitruste, de forma matricial e por meio de redes; 5. Considerações finais.

### 1. Considerações Iniciais

A expansão da economia digital tem impactado decisiva e diretamente a forma como instituições, corporações e indivíduos – e especialmente, como será discutido no presente artigo – como Estados se relacionam. Em tempos de empresas globais, metanacionais<sup>1</sup> e plataformas digitais, constituídas sob a forma de redes contratuais complexas, baseadas em instrumentos financeiros e criptomoedas, territórios tem sua função demarcatória de autoridade mitigada. Também o Estado, em seu sentido westphaliano, experimenta desafios ao lidar com corporações dotadas de inegável poder político e econômico, cujos faturamentos são comparáveis ao conjunto de riquezas produzidos por países. Como reflexo dessa sociedade, as normas passam a ser produzidas como que diretamente pela sociedade<sup>2</sup> e pelo mercado, já que o digital é tido como dinâmico, instantâneo e imprevisível, resultando, pois, em um pluralismo multifacetado de complexa e por vezes intempestiva apreensão.

---

<sup>1</sup> Empresas metanacionais (*metanational corporations*) tem como uma de suas principais características justamente o fato de não serem associadas a um território específico. A expressão foi descrita primeiramente pelos professores de gestão e estratégia Doz, Santos e Williamson (2001), e consistia em um novo paradigma, em que as empresas viam o mundo como uma tela de computador em que estavam dispostas e – dispersas – oportunidades, centros de tecnologia ou excelência em negócios, e, então, a vantagem competitiva das empresas metanacionais derivaria de conectar tais pontos, mobilizar esse conhecimento disperso e gerar valor a partir disso.

<sup>2</sup> Vale-se de expressão apontada por Hespanha (2015: 9): “Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação do Estado”.

A proposta central do presente artigo é analisar alguns aspectos relacionados a como a transnacionalização dos mercados tem afetado a ordem jurídica até então fundada no conceito de Estado-nação e nos princípios de soberania e territorialidade, levando a uma crescente estruturação em rede das fontes do direito e, por consequência, dos sistemas jurídicos. Tal análise será aqui referenciada sobretudo aos aspectos políticos e jurídicos da defesa da concorrência, no sentido de como o antitruste vem se adaptando a esse cenário de direito pós-moderno.

Para tanto, serão discutidos aspectos como a soberania e o papel do *rule of law* em um contexto de globalização econômica. Ademais, serão apresentados os atores centrais – dentre autoridades, corporações e organizações internacionais –, e as redes de poder que compõe esse cenário, as discussões referentes ao antitruste como instrumento de política pública e o pluralismo jurídico decorrente da criação do direito previsto em regulações e microssistemas diversos, trazendo conceitos e discussões referentes à convergência substancial e processual que em alguma medida se faz necessária ser discutida, já que as empresas e as transações hoje realizadas não olham às demarcações de territórios<sup>3</sup> e afetam simultaneamente uma pluralidade de países.

Entende-se que os Estados devem bem compreender tais novos cenários e novas relações, para aproveitar-lhes o que há de bom, e reprimir o que pode representar efeitos líquidos negativos aos mercados. Isso porque, sem arvorar-se a conhecer tal novo mundo imposto pela economia digital, arrisca-se a toma-lo pelo velho conhecido e a colocá-lo nas suas caixas já conhecidas, mesmo que às custas de uma complexa ginástica para empurrar-lhes as bordas.

Adaptando-se a metáfora proposta por Bauman (2010: 15-22), e explorada por Hespanha (2001), ao Estado não cabe mais o papel de “legislador”, e sim de “intérprete” diante de tais novas realidades do mercado para além de suas fronteiras. No primeiro papel, ele vale-se de “afirmações autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões

---

<sup>3</sup> Para utilizar-se a expressão de Marques Guedes (2002: 109), em que “todo um variado universo de entidades transnacionais (de corporações comerciais a instituições financeiras, passando por mafias e grupos terroristas) constitui um nível suplementar que não olha às fronteiras dos Estados e no qual a hegemonia está ainda mais repartida”.

e escolh[e] aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas” (Bauman, 2010: 19-20), ou seja, em que o certo assim o é porque foi a opção escolhida pelo “legislador” – no caso, o Estado, baseado em suas preconcepções. Já o papel do Estado como “intérprete” de legislações intra-fronteiras e extra-fronteiras consiste em traduzir afirmações feitas em contextos e bases de conhecimento diferentes, demandando “a necessidade de penetrar em profundidade o sistema estrangeiro de conhecimento do qual a tradução deve ser feita [...] e a necessidade de manter o delicado equilíbrio entre as duas tradições que interagem, indispensável tanto para a mensagem não ser distorcida (com relação ao significado investido pelo remetente) quanto para ela ser compreendida (pelo destinatário)” (Bauman, 2010: 20).

## **2. A GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS MERCADOS**

Para analisar o presente tema, entende-se ser inevitável traçar breves linhas sobre o papel do Estado no contexto da globalização. Nesse sentido, Marques Guedes (2002) apresenta uma lúcida visão sobre tal processo de globalização<sup>4</sup>, sendo que este consistiria em uma “*reconfiguração sistemática* das formas tradicionais de soberania dos Estados (mas sem que aquela, ou estes, se estejam realmente a desvanecer) e a *uma profunda reordenação*, concomitante, do sistema vigente de relações internacionais”, “na qual os Estados se apresentam como cada vez mais imbricados em teias regionais e globais de todo o tipo, que os atravessam e lhes são muitas vezes transversais” (2002: 104)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Para um panorama objetivo e bem fundamentado do processo de globalização, em uma robusta comparação entre os relacionamentos geopolíticos “clássicos” e a ordem mundial contemporânea, especialmente em seus impactos políticos e jurídicos, sugere-se a leitura de o artigo “O Funcionamento do Estado em Época de Globalização – O Transbordo e as Cascatas do Poder” (2002).

<sup>5</sup> No entender de Marques Guedes, não se está perante uma erosão, diminuição ou perda de poder pelo Estado (2002: 111). Há autores, porém, como Hespanha (2015: 8-9), que apontam para uma tendência par que conceitos que fundamentaram a teoria política e jurídica durante os séculos XIX e XX desapareçam e sejam substituídos quando se trata de questões centrais sobre o âmbito, a fonte e a força das normas que regulam a vida em sociedade.

Com efeito, em um sentido clássico ou westfaliano, questões como *o que é* o direito, *quem diz* o direito e *qual a fonte* das normas aplicáveis aos indivíduos, possuíam uma resposta mais clara e provinham do mesmo ponto: o Estado<sup>6</sup>. Assim, o direito era o conjunto de normas emitidas pelo Estado e, mesmo quando outras normas eram admitidas (e.g., usos e costumes, doutrina dos juristas), para que estas fossem normas jurídicas garantidas pela força do Estado, era preciso que este assim as reconhecessem (Hespanha, 2015: 8).

Ocorre que a transnacionalização dos mercados afetou inegavelmente as estruturas político-institucionais e a ordem jurídica fundada tradicionalmente em um conceito de Estado-nação e baseado nos princípios de soberania e territorialidade<sup>7</sup>. Aliás, tais princípios passaram a ser variáveis – e em última palavra, custos – a serem oportuna (ou oportunisticamente) calculados por empresas, seja em termos de certas normas serem cumpridas ou não, seja em termos de escolher como diluir as atividades produtivas em diferentes nações com legislações mais porosas ou adequadas aos seus propósitos, em um processo em que jurisdições são escolhidas como se fossem cerejas, algo como um estratégico *picking jurisdiction*.

Situações como essas, pois, em alguma – para não se dizer em larga – medida, acabam por levar a questionamentos acerca da efetividade dos instrumentos de regulação e controle das autoridades nacionais, em muitos casos acentuando crises de legitimidade do Estado perante uma população que vê as leis serem aplicadas em face de si, mas não das grandes empresas. Diante disso, é válida a pergunta: *como* lidar com essa transnacionalização dos mercados?

Para entender-se o *como*, deve-se analisar melhor de *o que* estamos falando. E, neste ponto, é válido esclarecer os recortes a serem feitos: primeiramente, tal processo de transnacionalização dos mercados relaciona-se intrinsecamente ao capitalismo, mas demanda algum esgarçamento de conceito, visto que a tríade de tal modo de produção,

<sup>6</sup> Segundo Cotterrell, “Law – in the sense of a state-monopolised, comprehensive, society-wide, dominant normative order – has provided the foundation and the instrument of the modern power of the state in Western societies” (1992: 139).

<sup>7</sup> Para além da transnacionalização dos mercados, é certo que vários outros relevantes fatores também afetaram tais estruturas jurídicas e político-institucionais, tais como mudanças sociais, de segurança, e relacionadas à identidade, os quais, porém, por delimitação do tema e do espaço, não será possível esmiuçar.

baseado na propriedade privada, na competição de mercado e a busca de lucros, não se encaixa muito bem, ainda que, como esperado, na essência, mantenha-se.

Para demonstrar tal ponto, tome-se o caso das plataformas digitais, modelo de negócio que bem representa o novo momento do capitalismo, tanto que já se cunhou a expressão *platform capitalism*<sup>8</sup>. Em síntese, conceitua-se plataforma como um modelo de negócio que se baseia em interconectar dois ou mais diferentes grupos de usuários e facilitar a troca de produtos e serviços entre eles, permitindo a geração de valor para seus participantes (Parker, Alstyne e Choudary, 2016), sendo exemplos de plataformas Facebook, Youtube, Google, Uber e Airbnb.

Tal modelo é significativo não só pelos resultados que têm apresentado em relação aos tradicionais expoentes capitalistas no estilo *brick-and-mortar companies*<sup>9</sup>, mas também para demonstrar, em relação ao primeiro ponto acima, que atualmente o poder não deriva da detenção tão somente de propriedade privada e não está expresso apenas nos bens e balanços das empresas, mas também no poder de agregar, gerenciar e conectar os mais variados atores e extrair valor a partir da exploração de dados e informações de consumidores, concorrentes e mídias sociais. A título de exemplo, o Airbnb atua em cento e dezenove países e lista mais de quinhentas mil propriedades entre apartamentos e castelos e já atendeu mais de dez milhões de clientes, tendo sido avaliada em 2014 em mais de U\$ 10 bilhões de dólares, sendo que não detém a propriedade de sequer um quarto de hotel (Parker, Alstyne e Choudary, 2016). Sua habilidade e diferencial, pois, consiste em unir os dois grupos de pessoas: quem possui um imóvel e quer aluga-lo e quem quer alugar

<sup>8</sup> Várias são as teorias e visões sobre o capitalismo em dias atuais. Por oportuno ao presente tema, cf. Srnicek, Nick (2017). *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, em que apresenta uma visão histórica do capitalismo contextualizando a economia digital e as tensões competitivas inerentes à economia contemporânea.

<sup>9</sup> Em síntese, conceitua-se plataforma como um modelo de negócio que se baseia em interconectar dois ou mais diferentes grupos de usuários e facilitar a troca de produtos e serviços entre eles, permitindo a geração de valor para seus participantes, sendo exemplo de plataformas (Parker, Alstyne e Choudary, 2016, livro eletrônico). Segundo Evans e Schmalensee (2016, livro eletrônico), três das cinco empresas mais valiosas no mundo em 2015 – Apple, Google e Microsoft – adotam esse modelo de negócio, assim como sete das dez start-ups com maior valor de mercado, incluindo Uber e Airbnb.

um imóvel, não ficando restrito às opções de quartos de hotéis tradicionais. O poder em tal cadeia de produção deslocou-se para o intermediário.

Quanto ao segundo aspecto do capitalismo, relacionado à livre competição de mercado, isso se mantém por óbvio relevante, e será a seguir aprofundado em termos da política antitruste, como importante instrumento para se assegurar tal princípio. Demandam atenção, porém, os desafios relacionados tanto para (i) regular a concorrência e delinear os contornos do que são abusos de poder econômico no cenário atual de transnacionalização dos mercados, quanto para, na verdade, (ii) compreender as novas formas de competição e cooperação que subsistem no cenário econômico atual, no sentido de conhecer profundamente a realidade sobre a qual espera-se que o Estado atue de forma eficaz.

Aliás, quanto ao ponto (i) acima, referente à regulação em um cenário de transnacionalização dos mercados, remete-se à lição de David Held (2007: 134), que bem aponta os contornos do que se chamou de “organized capitalism”<sup>10</sup>, em que a concentração e a centralização do capital no final do século XIX permitia às grandes empresas um relativo grau de controle sobre os mercados, o que, em contrapartida foi acompanhada por uma expansão de uma gestão burocrática racionalizada do Estado-nação em regular tais atividades – ainda que de forma naturalmente limitada. Ocorre que, com a intensificação do processo de globalização, tal capacidade de regulação torna-se ainda mais limitada, tecendo um contraponto com o “desorganized capitalism”, embora que o autor considere o termo com ressalvas<sup>11</sup>. Destaca-se:

[I]t is also important to recognize that any enhanced regulatory capacity established within the boundaries of leading nation-states, and within their

<sup>10</sup> Segundo Held (2007: 134), quanto a essa visão de “organized capitalism”, em expressão cunhada por Hilferding (1981): “[T]he concentration and centralization of capital from the late nineteenth century allowed large firms a significant degree of control over their markets while capital itself became more integrated with the state; the growth of large-scale enterprises was accompanied by the expansion of a rationalized bureaucratic form of management, with links across the private phenomena hitherto subject to direct market regulation, including innovation, output and prices as well as aspects of social welfare”.

<sup>11</sup> Held (2007: 134) ressalva que, “[v]iewed historically, the characterization of the contemporary period as disorganized capitalism does not seem wholly accurate, since the regulatory power of the nation-state has always been limited in relation to the dynamics and development of the world economy”.



territories overseas, was not easily extended to many of the transnational economic networks already in place. Furthermore, the intensification of economic globalization after the Second World War promoted the internationalization of capital on a scale which reduced such economic power as the nation-state possessed. [...]

[U]nquestionably, the demise of the European empires, the erosion of the US's economic position in recent times and the increase in the internationalization of productive capital and of finance, particularly in the last twenty years, have left even powerful nation-states with fewer options (and illusions) than heretofore about the range of economic policy at their disposal (cf. Keohane, 1984a; Kennedy, 1988). While this alone does not amount to a direct erosion of an individual state's entitlement to rule its roost – sovereignty – it leaves nation-states exposed and vulnerable to the networks of economic forces and relations which range in and through them, reconstituting their very form and capacities" (Held, 2007: 134).

Tendo em conta que redes (ou *networks*) é de fato a palavra de ordem desse novo contexto, passa-se ao ponto (ii), para, na verdade, analisar que o pressuposto da livre competição ganha novos ares, sendo que o cenário econômico apresenta novas formas de competição e cooperação entre os agentes econômicos que não estão claras e devem ser compreendidas pelo Estado para que este exerça seu papel de regulador de o que é ou não abuso de poder econômico. Essa nova dinâmica vai desde situações como *interlocking directorate*<sup>12</sup>, em que se formam redes de controles societários complexos entre empresas – inclusive empresas concorrentes – até a situação retratada por Ezrahi e Stucke (2016) como *frenemies*, ou seja, firmas que transitam entre os papéis de colaboradores (*friends*) e competidores (*enemies*)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> "Interlocking directorates' refer to situations in which one or more companies have in common one or more members of their respective boards (OCDE, 2008: 23).

<sup>13</sup> Segundo Ezrahi e Stucke (2016: 148), nessa interessante situação atípica de competição, "[f]irms here collaborate (friends), compete (enemies), at times engage in unilateral discriminatory action, and at other times benefit from increased interdependence between firms (collusion). While they may view each other as enemies, they may also cooperate in extracting and analyzing data or, alternatively, supplying each other with a key vertical input". Como exemplo, cita-se o caso do mercado de leitor de livros (*e-readers*) da Amazon e da Apple. A Amazon lançou seu leitor (Kindle) anos antes de a Apple lançar o seu. Mesmo após o lançamento e estando ambos a concorrer pelos usuários, a Amazon desenvolveu uma aplicação do Kindle Reader para a Apple e esta aceitou utilizar em seu sistema operacional. Assim, os consumidores podem ler, em seu dispositivo Apple, livros virtuais comprados na concorrente Amazon (destaca-se, porém, que não há uma aplicação do iBook para o Kindle). Essa interação dinâmica entre os "frenemies" e suas repercussões concorrenciais são tratadas pelos autores às fls. 145-202.

O terceiro aspecto do modo de produção capitalista é a busca pelos lucros, o que por certo mantém-se no contexto da globalização em análise. Também decorrente da natureza em rede dos mercados, muitos deles agora devem ser considerados em conjunto, sob pena de, isolados, não fazerem sentido, como é o caso dos “mercados ou negócios a preço zero”<sup>14</sup>, que, a princípio, não se encaixaria na lógica de lucro capitalista. Considere-se o exemplo de uma plataforma de mídia social que não cobra para que usuários integrem sua rede, ou seja, um serviço a preço zero. Tal mercado, porém, serve de insumo – e valioso – para que a plataforma possa vender aos anunciantes seus espaços comerciais e são as informações de tais usuários (ex.: hábitos de compra, dados de pesquisas etc) que são usados para outros serviços oferecidos pela plataforma (ex.: venda online de produto), a demonstrar que tais mercados e serviços devem ser analisados em conjunto.

Diante das breves considerações acima, vale-se questionar se o Estado – primeiro pensando-se no Estado-nação – está preparado para lidar com essas novas formas de poder e as transformações nessas relações jurídicas, políticas e sócio-econômicas. Assim, como o direito afeta e é afetado por essas mudanças estruturais e estruturantes desse novo modelo – ou no mínimo momento – do capitalismo? Na impossibilidade de se dar uma resposta definitiva à questão, mostra-se válido discutir como a transnacionalização dos mercados tem afetado a ordem jurídica até então fundada no conceito de Estado-nação e nos princípios de soberania e territorialidade, levando a uma crescente estruturação em rede das fontes do direito, centrando-se mais profundamente, como proposto, na defesa da concorrência.

Também nesse ponto, é imprescindível irmos ao início do antitruste, não só para entender as razões que justificaram tal movimento – e permitam o esperado efeito *déjà vu* ao se transpor para o cenário da economia digital – mas também para se confirmar quão recente é o movimento de defesa da concorrência e quão grandes são aos desafios que lhe são impostos.

---

<sup>14</sup> Para uma discussão sobre os aspectos antitruste relacionados a condutas anticompetitivas ou fusões e aquisições em que se envolve um mercado ou um serviço em que o preço é zero ou inferior aos custos, cf. Evans (2011). *The Antitrust Economics of Free*.

### 3. O ANTITRUSTE E SUA REDE DE FONTES E AGENTES

O antitruste traz em seu nome a memória de porque foi criado: para limitar o abuso de poder dos *trusts*<sup>15</sup>, das grandes corporações, à época representados sobretudo pelas grandes empresas de ferrovias, petróleo e aço. Estudos históricos (Coleman, 1985: 266) apontam que as origens do antitruste remontam de um contexto em que a América vivia uma profunda mudança social e econômica no final do século XIX, após o fim Guerra Civil americana. O processo de industrialização e as grandes corporações vivenciavam um crescimento acentuado, erodindo o tradicional poder político e a base econômica dos pequenos produtores rurais e comerciantes. A disputa acirrou-se no campo político, sendo que grupos de interesse e pressão foram mobilizados por parte dos ruralistas<sup>16</sup> e das grandes corporações.

Antes da promulgação do Sherman Act, em 1890, o monopólio e as combinações que restringiam o comércio já eram vistos como violações à lei<sup>17</sup>, mas, em geral, consistiam em simples combinações entre empresas independentes que acabavam por não serem processados pelas autoridades. Contudo, é posto ao antitruste o primeiro grande desafio: o caso *Standard Oil*, o primeiro e mais conhecido de todos os *trusts*, no setor de petróleo, formalizado em 1882. Em lição de Collins (2013: 2279):

In the early 1880s, however, some combinations, beginning with Standard Oil, adopted a new form of organization, the trust proper, which had the command and control attributes of a corporation without being subject to the restrictions of state corporation law. Shortly thereafter, some states, notably New Jersey, liberalized their corporation laws, making corporations suitable as a vehicle for housing a

<sup>15</sup> O *trust* era um instituto tradicional do direito anglo-saxão e consistia em uma associação entre empresas, permitindo a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, e impedindo, de maneira segura e estável, o restabelecimento da concorrência entre eles. O industrial transferia ao *trustee* o poder derivado de suas ações e recebia, em contrapartida, um *trust certificate* (Forgioni, 2015: 69-70).

<sup>16</sup> Destaca-se que, segundo Coleman (1985: 267), “more than half the U.S. population in 1890 lived on farms, and unlike the tariff question, antitrust was an issue that united urban workers and petty bourgeoisie with their rural counterparts in their demands for change”.

<sup>17</sup> Segundo Coleman: “Opposition to monopoly has deep roots in the Anglo-American legal tradition that can be traced at least a far back as King Henry III’s statute banning speculation in basic foodstuffs in 1266 A.D. (Jones, 1926). By the nineteenth century, contracts and combinations in the restraint of trade were seen as clear violations of common law and the courts refused to enforce them” (1985: 267).

business combination. States and the federal government responded with legislation that adopted the common law prohibitions against combinations in restraint of trade, extended these prohibitions to combinations organized as trusts proper and holding companies, and criminalized violations in order to enable government challenges.

Remontando-se à publicação do *Sherman Antitrust Act*, em 1890, tem-se que tal norma representou uma derrota para as grandes corporações, mas que, inobstante, seus interesses acabaram por prevalecer a partir da dominação do *enforcement* ou processo de implementação das normas (Coleman, 1985: 265)<sup>18</sup>, mostrando que a mera publicação de uma lei não é o suficiente para que atenda aos objetivos para os quais ela foi criada. Em verdade, em muito se criticava a vagueza de suas previsões e, especialmente, o fato de que o processo de concentração de empresas – que enfim era a prática mais condenada pela opinião pública – permaneceu sem uma regulamentação prática (Forgioni, 2015: 73)

Outro fato histórico relevante é que o efeito da aplicação do *Sherman Act* acabou por ser diferente do esperado, tendo sido a lei usada para alterar os arranjos até então dominantes. Segundo Braithwaite (2011: 227), “US antitrust laws thus actually encouraged mergers instead of inhibiting them, because they ‘tolerated that path to monopoly power while they more effectively outlawed the alternative pathway via cartels and restrictive practices’ (Hannah 1991, 8)”. Em síntese, mudou-se a forma de governança para atender aos interesses dominantes. Se o problema era o acordo por meio de um cartel, passa-se a fazer o acordo entre concorrentes por uma via legitimada de uma fusão ou aquisição.

Tony Freyer (2006: 1), em sua análise histórica do antitruste entre 1930 e 2004<sup>19</sup>, aponta a década de 1930 como um *turning point* na campanha antitruste americana, destacando que os americanos temiam que as grandes corporações tornassem-se indiferentes à capacidade do governo em impor responsabilizações, iniciando, portanto, a

---

<sup>18</sup> Segundo o autor: “An increasing number of sociologists agree that a society’s legal norms tend to reflect its configuration of power. (...) Historical data show that passage of the [Sherman Antitrust Act of 1890] was indeed a defeat for the corporate elite; but elite interests ultimately prevailed through their domination of the enforcement process. My analysis of big oil’s success in protecting its interests shows that private, profit-oriented corporations enjoy fundamental structural advantages over both the enforcement bureaucracy and social movements pushing for change”.

<sup>19</sup> Frayer, em “Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004” (2006), faz uma interessante contextualização histórica das doutrinas e legislações antitruste na formação do capitalismo mundial, com foco nas semelhanças e diferenças especialmente entre os Estados Unidos, Europa, Japão e Austrália.

mais agressiva campanha antitruste de sua história até então. Enquanto isso, grandes corporações foram surgindo em outras nações industriais como Reino Unido, Alemanha, França e Japão, os quais, porém, expressamente rejeitavam o modelo antitruste americano, por serem incompatíveis com suas culturas e instituições.

Veja-se que, até a Segunda Grande Guerra, os governos americano, alemão, britânico, japonês e australiano incentivaram ou mesmo promoveram cartéis internacionais para se blindar da concorrência estrangeira e projetar seu poder contra outras nações<sup>20</sup>.

Isso vem a corroborar uma outra dimensão do antitruste que não se pode perder de vista – ou melhor, deve-se ter sempre em elevada conta: o antitruste é um instrumento de implementação de políticas públicas<sup>21</sup>. Isso implica, por um lado, que a importação literal e acrítica de modelos de políticas de concorrência de outros países pode desde não se adequar a promover os objetivos a que se propõe – ou deveriam se propor – até a servirem, na verdade, ao programa e ao propósito de jurisdições consolidadas ou dominantes. De outro lado, também não se pode analisar o antitruste como algo apartado e insulado dos aspectos institucionais e político-econômicos em que se inserem, sob pena de uma visão míope e parcial do *enforcement* do antitruste por parte de uma jurisdição e mesmo como essa política se projeta em um cenário macro.

Após a Segunda Grande Guerra, as nações passam a apresentar uma visão mais convergente quanto à relevância – e, em consequência, instrumentalidade – antitruste. Segundo Freyer (2006: 1), “[t]he perception of antitrust as a distinctly American response to big business changed after World War II. Governments increasingly adopted workable antitrust regimes; by the turn of the millennium, antitrust was instrumental to the clash

<sup>20</sup> Esse ponto é indicado por Freyer (2006: 5), e será posteriormente desenvolvido ao longo de seu livro. O mesmo é apontado por Forgioni (2015: 79-81), uma das mais conceituadas doutrinadoras antitruste brasileiras, que descreve, de forma sintética mas contundente, essas políticas nacionais de incentivos a cartéis e o processo posterior de descartelização das economias nacionais, que se fizeram necessárias, por exemplo, para que a integração europeia fosse concretizada.

<sup>21</sup> Paula Forgioni (2015) apresenta de forma clara e fundamentada essa questão de ser o direito antitruste um instrumento de que o Estado contemporâneo se utiliza para implementar política pública, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência, reportando-se especialmente as páginas 76-84.

between state sovereignty and globalization associated with the World Trade Organization (WTO)”.

Forgioni (2015: 82-93) ressalta, em verdade, o papel de dupla instrumentalidade do antitruste, valendo-se de lição do constitucionalista brasileiro e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, em que se aponta que a disciplina da concorrência, por um lado, regula os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado e, por outro, converte-se em instrumento de que o Estado lança mão para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de certos objetivos de política social<sup>22</sup>.

Por certo que qualquer tentativa de se regulamentar a concorrência não é imune a duras críticas quanto a seus usos e limites. Para a corrente contrária à regulamentação estatal do poder econômico, defende-se que o antitruste representa uma interferência externa e desarrazoada no mercado, o qual se desenvolve melhor sozinho, sobrevivendo as empresas mais eficientes, pensamento que foi sobretudo desenvolvido pela chamada Escola de Chicago. Porém, entende-se ser inevitável que haja sim uma regulação para se prevenir e reprimir abusos por parte do poder econômico, assim como justifica-se uma atuação estatal especialmente em casos de falhas de mercados.

Avançando nessa breve síntese histórica do antitruste, tem-se que, embora o tema seja em si recente, com impulso inicial em 1890, não deixa de ser surpreendente que passado um século, havia menos de vinte jurisdições com leis de defesa da concorrência, sendo só a partir da década de 1990 que passou-se, em dados de 2015, para cerca de cento e vinte jurisdições<sup>23</sup>. Esses dados, por sua vez, dão a dimensão da miríade de legislações e regulamentos e das complexidades relacionadas às interações, sobreposições e contradições entre os vários sistemas de defesa da concorrência, e é

---

<sup>22</sup> No contexto europeu, Forgnoni (2015: 83) também se vale de lição de Frignani e Waelbroeck e aponta que a política de concorrência visava a dois objetivos principais: provocar o desfazimento de acordos e práticas tendentes ao fechamento do mercado comum dentro das fronteiras de cada Estado-membro, para além de facilitar a adaptação das empresas às novas dimensões do mercado e aumentar sua competitividade a nível mundial, favorecendo a cooperação e a concentração entre as empresas dos diversos Estados-membros.

<sup>23</sup> Para um panorama e dados relevantes sobre a implementação das leis de concorrência em vários países, sugere-se artigo de Capobianco, Davies e Ennis (2015).

nesse ponto que se entende relevante analisar os aspectos relacionados ao pluralismo jurídico nessa seara.

#### **4. LIDANDO COM O PLURALISMO JURÍDICO ANTITRUSTE, DE FORMA MATRICIAL E POR MEIO DE REDES**

Como pontuado acima, a década de 1990, que foi o marco de expansão das leis de defesa da concorrência em todo o mundo, foi um momento de rearranjo não apenas para o antitruste, mas também para o mundo. Isso correspondeu – e não por coincidência, e sim mais como um ato reflexo – ao momento descrito por Marques Guedes (2002: 109) referente ao fim da bipolarização e da dissolução dos dois grandes blocos antagônicos que levou o mundo abruptamente a “uma nova ordenação, policentrada e multidimensional, dos palcos internacionais”. Especificamente na seara econômica, Marques Guedes (2002: 109) aponta:

[...] a nível económico, o Novo Mundo viu-se forçado a partilhar essa posição de preponderância com a velha Europa e o novíssimo Japão. Mais grave ainda para esse hipotético modelo unipolar: todo um variado universo de entidades transnacionais (de corporações comerciais a instituições financeiras, passando por mafias e grupos terroristas) constitui um nível suplementar que não olha às fronteiras dos Estados e no qual a hegemonia está ainda mais repartida. Um outro eixo, ou um outro plano, numa ordem compósita, híbrida. A unipolaridade tem assim de conviver com multipolaridades diversificadas num Mundo cada dia mais complexo porque como que composto por camadas várias que se entrecruzam.

Essa visão é complementar ao apontado por Hespanha (2015: 9), sobre o papel do Estado em relação a uma sociedade global e multifacetada, citando-se:

Hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação do Estado; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a ‘sociedade global’ de todas as nações, ultrapassando as fronteiras dos Estados; à unidade de cada um dos vários dos direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autónomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global.

Enfim, os então expectadores passaram a ser agentes, com todos os bônus e ônus que tal processo envolve. As potências até então hegemônicas e dominantes tiveram que aprender a partilhar poder, com as dificuldades e resistências inerentes a isso. Os novos países tiveram que estruturar suas bases de governança política, econômica e jurídica muitas vezes baseando-se em modelos aliados ou que se alinhavam aos seus objetivos maiores, com todos os riscos associados ao Estado ser apenas submetido a novas formas de dominação. Ademais, ainda que se considere que tais modelos de governança foram bem definidos, adaptados à realidade e às necessidades do país e devidamente implementados, tem-se que esse processo por si só já resultaria em uma rede complexa de ser costurada juridicamente, considere-se, porém, que tal processo não seguiu tal percurso ideal.

Enfim, o pluralismo é uma realidade. Com efeito, chama-se atenção para o fato de que aceitar uma perspectiva pluralista não exige que se considere que o Estado-nação se tornou irrelevante, mas sim que se aceite que ele não é a única autoridade que opera autonomamente em um território delimitado. Isso, por sua vez, demandará a negociação das bases e sua autoridade será reafirmada a partir de sua relação com outras autoridades (Berman, 2017: 157-158).

Para se vislumbrar as consequências desse pluralismo em termos antitruste, vale-se da lição de Eleanor Fox (2015: 1), que sinaliza para os riscos de falta de coerência e conflitos entre jurisdições:

In a globalising world with national-level law, there would be differences in procedure and substance, overlaps and gaps of jurisdiction, lack of coherence, and conflicts. Some of the differences would be a matter of principle, related to capacities of antitrust authorities, stages of economic development, and values or preferences of peoples. Some differences in outcomes would be related to different impacts of the same transaction or conduct in different markets; thus, different facts. Some differences would derive simply from lack of knowledge or perspective of less-experienced agencies, or would stem from divergences on unimportant details, such as the earliest allowable date of premerger notification. Differences are a fact of life in a world in which scores of nations are reinventing and refining the antitrust wheel.

Veja-se que um dos principais focos de preocupação de autoridades antitruste são as condutas anticompetitivas praticadas por corporações transacionais com relevante



poder econômico e os atos de concentração internacionais (*international mergers or cross-border mergers*)<sup>24</sup>. Assim, de fato, a convergência ou divergência substantiva e processual entre múltiplas jurisdições pode resultar em interações positivas e negativas variadas – e por vezes imprevisíveis *ex ante* – em termos de implementação e cumprimento da lei, assim como em termos de promover o esperado efeito dissuasório para determinadas condutas anticompetitivas.

Para analisar esses efeitos cruzados e multifacetados, veja-se o exemplo da repressão aos denominados cartéis clássicos ou *hard-core cartels*, considerados a mais grave infração à ordem econômica<sup>25</sup>. Amplas campanhas foram feitas para que as “novas” jurisdições priorizassem a repressão a tal conduta, assim como previssem ou estruturassem programas de clemência, em que participantes de um cartel reportam o conluio e, em contrapartida, recebem uma diminuição ou dispensa da penalidade devida. Tal campanha tinha um evidente viés de reforço aos programas de outros países, especialmente dos mais tradicionais, ou seja, em um cenário de globalização, em que um cartel estabelecido por empresas no país A tem o condão de restringir o mercado ou aumentar os preços para os consumidores do país B, é certo que B se beneficiará se A tiver uma política eficaz de combate a cartéis. Da mesma forma, se apenas B possuir um sistema estruturado, a repressão a cartéis em apenas uma jurisdição não possui o mesmo efeito em rede de se tal prática for efetivamente penalizada em várias jurisdições.

Nesse sentido, em linha com o fato de que o antitruste é um instrumento de implementação de política pública, vários países se beneficiaram dessa campanha e

<sup>24</sup> Segundo Capobianco, Davies e Ennis (2015: 4) “the number of cartel cases investigated in the European Union involving a participant from outside the EU has increased by more than 450% since 1990. The number of cross-border mergers more than doubled from the late 1990s to around 2010. Around two-thirds of the merger decisions by the Competition Commission of India in its first three years of merger review had an international dimension”.

<sup>25</sup> Cartéis clássicos consistem em acordos entre concorrentes para fixar preços ou outras variáveis comercialmente sensíveis, dividir mercados e ajustar o resultado de concorrências públicas. Destaca-se publicação da OCDE ressaltando a necessidade de os países atuarem de forma coordenada na repressão a cartéis, consta que “hard core cartels are the most egregious violations of competition law” (1998, 1). Connor e Lande apontam que “Cartels have always been the highest concern of antitrust. They overcharge consumers many billions of dollars every year<sup>1</sup> and there is a strong consensus that they should be sanctioned heavily” (2012: 428).

lograram êxito em promover alterações legislativas e reforçarem o poder e legitimidade de autoridades que existiam apenas formalmente, observando-se um crescente e positivo movimento de repressão a essas práticas nocivas à concorrência.

Contudo, também em decorrência de ser o antitruste um instrumento de implementação de política pública, não se aplica o slogan *one size fits all*. Em casos de jurisdições com uma atividade industrial incipiente ou praticamente inexistente, deve necessariamente ser o programa de repressão a cartéis a prioridade? Rememora-se que a história mostra que países tradicionais na política antitruste valeram-se e incentivaram cartéis para desenvolverem suas políticas industriais e se fortalecerem externamente. Veja-se que, com isso, não se está a afirmar que cartel é positivo e deve ser incentivado<sup>26</sup>, mas sim que a adoção de um pacote “penalização de cartéis” não é, necessariamente, a única ou a melhor alternativa para todas as jurisdições.

Outros efeitos resultam das interações entre os programas de leniência das diferentes autoridades antitruste, suscitando recentes discussões sobre se isso pode ser uma das causas do decréscimo no número de pedidos de tais acordos em casos de cartéis internacionais. No caso de uma empresa transnacional que fez um cartel que afetou várias jurisdições antitruste, é certo que a empresa assume tal risco ao se engajar em uma conduta anticompetitiva com tal configuração. O ponto em questão, porém, é que a empresa ingressa também em vários microssistemas e especificidades de cada sistema jurídico. Em termos objetivos, embora a empresa tema a repressão nas jurisdições mais experientes, acaba por ser necessário reporta-lo por vezes a vinte ou trinta jurisdições, com critérios e procedimentos não tão claros por vezes, sob pena de ela e seus executivos ficarem expostos penal ou administrativamente se não o fizer, razão pela qual os custos podem superar o risco de ser descoberto, passando a alterar a dinâmica do custo e benefício em reportar a prática inclusive a jurisdições tradicionais.

Posto o problema, como as jurisdições vem lidando com esse pluralismo? Uma primeira forma de se abordar a questão consistiu na proposta de uma convergência das leis de concorrência em nível global em um modelo matricial, no âmbito de um projeto mais

<sup>26</sup> Ao contrário, concorda-se com a doutrina amplamente majoritária que tal conduta não resulta em efeitos líquidos positivos para o mercado e deve ser reprimida *per se*.

amplo denominado *Global Administrative Law (GAL Project)*, e que consistiu no *GAL Competition Project*.

Em 2004 foi lançado o *GAL Project*, proposto pelos Professores Richard Stewart e Benedict Kingsbury, da New York University School of Law, tendo sido esse conceito desenvolvido no contexto do processo de globalização, de fim das fronteiras entre as nações e do desenvolvimento de um sistema de governança global (Fox e Trebilcock, 2012: 1).

Posteriormente, dentro do *GAL Project*, foram definidas áreas do direito que lidavam com espaços ou agentes globais, sendo que, em 2010, o GAL lançou um projeto na área de defesa da concorrência. Segundo Fox e Trebilcock, co-diretores desse projeto na área da concorrência<sup>27</sup>, “[a]lthough competition law is essentially national, the intense global nature of markets means that one nation’s system affects its sister systems, and virtually every national system affects people and firms beyond its borders” (2012: 1), citando como exemplos as condutas anticompetitivas atribuídas a empresas globais como Microsoft, Intel, e Google.

Como resultado do estudo de Fox e Trebilcock (2012: 7), a avaliação dos sistemas da União Europeia e dos oito países analisados, bem como o papel das organizações internacionais<sup>28</sup>, demonstrou um notável grau de consenso em termos de aspectos processuais e de performance institucional.

Contudo, fato é que não houve um consenso suficiente para que tal lei global fosse efetivamente aprovada. Em verdade, tendo em vista que parte das diferenças são inerentes

---

<sup>27</sup> Fox e Trebilcock (2012) apresentam artigo com os resultados de um estudo realizado com oito sistemas de defesa da concorrência nacionais, a União Europeia e quatro organizações internacionais. O objetivo principal era analisar aspectos relacionados ao desenho institucional, mandato e competência das agências, devido processo legal e desempenho institucional, o que inclui duração do processo de tomada de decisão, previsibilidade, transparência, *expertise* e *accountability*. Trata-se de um panorama interessante e que demonstra as convergências e discrepâncias entre as jurisdições.

<sup>28</sup> Destaca-se que os países representados no estudo eram: Austrália/Nova Zelândia, Canada, Chile, China, Japão, Africa do Sul, Estados Unidos e União Europeia. Por sua vez, as organizações internacionais seriam OCDE, UNCTAD e a *International Competition Network (ICN)*, organizações essas que serão analisadas a seguir.

aos momentos de desenvolvimento econômico e institucional dos Estados em termos antitruste, falar-se em absoluta identidade substantiva de regras, e especialmente de políticas de defesa da concorrência, mostrou-se inviável<sup>29</sup>.

Isso, porém, não se mostra contraditório com a constatada necessidade de que alguma forma de cooperação fosse entre eles operacionalizada, o que, de fato, ocorreu. Ganham tração, pois, proposições e soluções mais horizontais. Assim, as palavras de ordem em termos de governança regulatória passaram a ser *coerência* e *convergência*, algo como uma *soft convergence*, e que envolvem, em seu processamento, não apenas os Estados – em si e por meio das autoridades por eles definidas para adjudicar e implementar a defesa da concorrência em cada país – mas também organizações internacionais<sup>30</sup>, que assumem crescente papel de protagonismo em um contexto multilateral.

Em termos antitruste, merecem destaque<sup>31</sup> a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a *International Competition Network* (ICN). A OCDE congrega especialmente países desenvolvidos, mas alcança países em desenvolvimento por meio de seu *Global Forum*. Destaca-se como um espaço de discussão de melhores práticas e proposição de recomendações exortadas aos seus países-membros, sendo elas relevantes até mesmo para países não-membros da organização. Além disso, promovem-se avaliações pelos pares que resultam em uma ampla análise e sugestão de melhorias

<sup>29</sup> Sobre a discussão referente um regime mundial de defesa da concorrência, cujo movimento iniciou-se no início de 1990, liderado pela União Europeia, provavelmente devido a uma melhor compreensão dos benefícios de uma visão comunitária, movimento que chegou a ser encampado pela OMC em 1995, mas que não avançou, voltando-se a consolidar a cooperação por meio de redes, sugere-se o artigo de Eleanor Fox (2015), *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks* (especialmente, p. 4).

<sup>30</sup> Para uma análise acerca da relevância das organizações internacionais no contexto atual, recomenda-se o artigo de Marques Guedes, *Organizações Internacionais de Hoje: de Onde e para Onde* (2007).

<sup>31</sup> Há ainda outras organizações, como a Organização Mundial do Comércio (OMC, ou WTO, de seu acrônimo em inglês) e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, de seu acrônimo em inglês). Em relação à OMC e o antitruste, destaca-se: “The WTO may be seen as a node in the world competition network; indeed, a central connecting node. National competition law systems are conceptually and notionally linked to the WTO, which to an important extent prohibits its member states from doing what national law prohibits its private actors from doing (impairing trade and competition)” (Fox e Trebilcock, 2012: 19). Por sua vez, “UNCTAD is the principal arm of the United Nations General Assembly dealing with issues particularly relevant to developing countries. It maintains, and updates through commentary, a set of principles on competition policy that the UN nations originally adopted in 1980”. (Fox e Trebilcock, 2012: 37)

para a implementação da defesa da concorrência nos países. As discussões relacionam-se aos mais variados temas relacionados à concorrência, com um recente destaque para compreensão acerca dos impactos da economia digital no contexto concorrencial<sup>32</sup>.

Quanto à ICN, ela em si já é resultado do desenvolvimento da cooperação entre os países e consiste em uma rede virtual integrada apenas por autoridades de concorrência – e não por Estados. Estabelecida em 2001 por catorze jurisdições<sup>33</sup>, em dados de 2016 ela já constava com 132 autoridades de concorrência de 119 jurisdições (Pérez Motta, 2016: 27). Tal rede visa a assegurar um ambiente de contínuo contato entre tais agentes para discutir questões prementes, difundir conhecimento e estabelecer melhores práticas e consensos, com vistas a promover uma convergência entre políticas de defesa da concorrência em termos globais<sup>34</sup>.

Veja-se que, embora tais organizações internacionais atuem em bases voluntárias ou informais, não deixam de serem eles relevantes fontes em termos de *soft law*. Por essa razão, destaca-se que tais fóruns devem em alguma medida assegurar a inclusão de vários atores na definição de agenda e de tais recomendações, como forma, entende-se, de agregar legitimidade. Destaca-se o apontado por Fox e Trebilcock (2012: 20) em relação à OCDE e ICN:

They have no rule-making or decision-making power; therefore many of the problems of due process are not relevant. Yet we are acutely aware that less formal institutions are becoming generators of soft law that may harden into world law. Thus

<sup>32</sup> A título de exemplo, em 2016, o Comitê de Concorrência da OCDE apontou a economia digital e inovação como tema central de longo prazo para discussões. Para maiores informações, relatórios das discussões e publicações, cf. página da OCDE <http://www.oecd.org/daf/competition/digital-economy-innovation-and-competition.htm>.

<http://www.oecd.org/competition/digital-economy-innovation-and-competition.htm>

<sup>33</sup> Segundo o sítio eletrônico da ICN, além da União Europeia, tais países eram Austrália, Canadá, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coréia, México, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos e Zâmbia. Informação extraída de <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>, acesso em 12/02/2019.

<sup>34</sup> Nesse sentido, destaca-se: “The standards and recommended practices developed through the ICN platform have proved to greatly impact the development of national competition policy regimes. It has been estimated that approximately 25% of ICN members have undertaken a major legislative overhaul to align their antitrust regimes with the recommendations developed by the Network. More concretely, in countries like Brazil, Mexico, South Africa, Germany, Italy, and the EU, ICN’s Recommended Practices inspired law reforms leading to significant resource savings” (Pérez Motta, 2016: 27).

we would emphasize the importance of a norm of inclusiveness of all stakeholders in agenda-setting and in the development of best practices, rules, and standards.

Diante do exposto, parece ter restado claro que o campo para discussão e trabalho em termos de cooperação entre atores nacionais e internacionais no contexto de uma economia global está em pleno desenvolvimento e ainda são vários os desafios.

Verifica-se que uma convergência baseada em compromissos e em redes informais tem a vantagem de ser mais expedita e, de fato, resulta em um processo de estabelecimento de confiança que é relevante para pavimentar a cooperação entre autoridades. Contudo, é também um caminho mais instável, que demanda constante investimento na criação e manutenção de tal rede e ela pode se alterar diante de mudanças em contextos relevantes para o antitruste que, como visto, são praticamente os grandes campos sociais e político-econômico. Da mesma forma, em certos pontos a ausência de um instrumento jurídico vinculativo deixa certas questões em aberto, já que não são passíveis de serem implementadas em bases conceituais, e assim outros paliativos passam a ter que ser desenvolvidos, reanimando a cadeia de cooperação.

## 5. Considerações Finais

A partir do exposto, buscou-se analisar alguns aspectos relacionados a como a transnacionalização dos mercados tem afetado a ordem jurídica até então fundada no conceito de Estado-nação e nos princípios de soberania e territorialidade, levando a uma crescente estruturação em rede das fontes do direito e, por consequência, dos sistemas jurídicos em termos da política de defesa da concorrência.

Com efeito, em um contexto de globalização econômica e economia digital, corporações transnacionais desenvolvem novos modelos de negócios que cada vez mais extravasam ou desvinculam-se de territórios e da jurisdição de um único Estado. Além de inovadoras nos produtos e serviços que oferecem, tais corporações também impõem desafios às autoridades que asseguram e regulam direitos associados a esses mercados e sociedades. Na medida em que são criados novos desenhos de relações jurídicas, alguns

institutos precisam ser adaptados à realidade dos fatos, assim como algumas condutas anticompetitivas ganham novos contornos e implicam novos desafios aos aplicadores do direito. Some-se a isso, mais de cem sistemas de defesa da concorrência com normas substantivas e processuais específicas, resultado em um pluralismo de difícil apreensão e coordenação.

Nesse contexto, Estados-nação passam a atuar em conjunto com outros pares e com organizações internacionais que tem se ocupado de amalgamar os territórios globais que hoje se impõem na prática. Como visto, essa cooperação decorre seja de decisão própria, seja de uma falta de opção imposta pela realidade dos fatos. Isso, portanto, impõe desafios ao antitruste, imerso em regulações e microssistemas diversos, demandando, pois, em alguma medida – ou melhor, em larga medida – uma crescente cooperação para que se observe uma convergência que assegure a implementação efetiva de tais políticas antitruste.

Com efeito, a integração da pluralidade de sistemas jurídicos no contexto de uma economia globalizada não possui regras ou fórmulas prontas, já que há uma variedade de interesses e expectativas entre seus principais atores, e, como presumido, encontrar esse equilíbrio é uma tarefa hercúlea. Em verdade, o Estado deverá adotar uma posição de “intérprete”, em contraposição ao de “legislador”, utilizando-se a metáfora de Bauman, a fim de que conheça profundamente a nova realidade imposta pela economia digital para que então melhor diga o direito.

Em linha com a sugestão de Fox (2015: 3):

In the absence of law that is as broad as the affected market, a wise regime would stretch its law, conceptually, to embrace the whole affected market; thus, approximating world welfare. Methodologies would allow authorities and courts to take account of antitrust harms beyond the nation's borders. Authorities would be empowered to share sufficient data so that less well-situated nations could effectively protect themselves from antitrust harms. The national law governing jurisdiction and remedies would be broadened so that, for example, national authorities in a jurisdiction with the largest consumer market would provide a forum in which smaller affected nations could be heard and their legitimate concerns satisfied, as proposed below.

Recorrendo-se à adaptação feita por Hespanha (2001: 1207) de interessante proposição de Bauman (2009: 279), “à objeção provável ‘esta proposição é irrealista’, a resposta adequada será ‘é bom que seja realista?’”<sup>35</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bauman, Zygmunt (2009). *Ética Posmoderna*. Tradução: Bertha Ruiz de la Concha. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- Bauman, Zygmunt (2010). *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar.
- Berman, Paul Schiff (2017). *The Evolution of Global Legal Pluralism*. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-42; GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-42. Disponível em: [https://scholarship.law.gwu.edu/faculty\\_publications/1282/](https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/1282/).
- Braithwaite, John. (2011). The Regulatory State? In *The Oxford Handbook of Political Science*. Ed. Robert E. Goodin. Oxford University Press: 2011. Disponível em <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-011>.
- Capobianco, Antonio; Davies, John; Ennis, Sean F. (2015). *Implications of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Cooperation in Merger and Cartel Enforcement*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. [www.e15initiative.org/](http://www.e15initiative.org/).
- Coleman, James William (1985). Law and Power: The Sherman Antitrust Act and Its Enforcement in the Petroleum Industry. *Social Problems*, 32(3), 264-274. doi:10.2307/800686.
- Collins, Wayne D. (2013). Trusts and the Origins of Antitrust Legislation. *Fordham Law Review*, 81, 2279. Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/7>.
- Cotterrell, Roger (1992). *The Sociology of Law: An Introduction*. 2ª ed. London: Butterwords.
- Doz, Y., Santos, J., Williamson, P. (2001). *From Global to Metanational: How Companies Win in the Knowledge Economy*. Boston: Harvard Business School Press, 2001.

<sup>35</sup> Veja-se que a afirmação de Bauman é transformada em pergunta por Hespanha, sendo este formato mais adequado para o objeto do presente artigo. “Lo que importa es la redención de la capacidad moral y, en ese sentido, la remoralización del espacio humano. A la posible objeción: ‘pero esta propuesta es poco realista’, la respuesta adecuada es: ‘pues más vale que sea realista’” (Bauman, 2009: 279).



- Evans, David S. (2011). *Antitrust Economics of Free. Competition Policy* International. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1813193> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1813193>.
- Evans, David S.; Schmalensee, Richard (2016). *Matchmakers: The new economics of platform businesses*. (Livro eletrônico) Boston: Harvard Business Review.
- Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice E. (2016). *Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Forgioni, Paula A. (2015). *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Fox, Eleanor M. (2015). *Antitrust Without Borders: From Roots to Codes to Networks*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum. [www.e15initiative.org/](http://www.e15initiative.org/)
- Fox, Eleanor M.; Trebilcock, Michael J. (2012). *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project*. NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2128913> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2128913>.
- Hespanha, António Manuel (2001). Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna. In *Análise Social*, vol. XXXVI (161), 1183-1208.
- Hespanha, António Manuel (2015). Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do Estado constitucional? In *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez 2015.
- Marques Guedes, Armando (2002). O Funcionamento do Estado em Época de Globalização: O Transbordo e as Cascatas do Poder. In *Nação e Defesa*. Instituto da Defesa Nacional, 2ª Série, Nº 101.
- Marques Guedes, Armando (2007). Organizações Internacionais de Hoje: de Onde e para Onde. In *Negócios Estrangeiros*, 11.2, julho de 2007, 2007, pp. 27-42.
- Parker, Geoffrey G.; Alstyne, Marshall W. van; Choudary, Sangeet Paul (2016). *Platform revolution: how networked markets are transforming the economy – and to make them work for you* (Livro eletrônico). London and New York: W.W. Norton & Company.
- Pérez Motta, Eduardo (2016). *Competition Policy and Trade in the Global Economy: Towards an Integrated Approach*. E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System – Policy Options Paper. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum.
- Santos, Boaventura de Souza (2002). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*. London: Butterworths LexisNexis.
- Srnicek, Nick (2017). *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press.