

Corporate capitalism and the international regulation of competition

Capitalismo corporativo e a regulação internacional da concorrência

Sol Picciotto

Lancaster University, Lancaster, Lancashire, Reino Unido. E-mail: s.picciotto@lancaster.ac.uk

Versão Original

Este artigo é uma versão revisada pelo próprio autor e posteriormente traduzida de trechos do livro *Regulating global corporate capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011 (Capítulo 4 “Corporations and Competition”).

Tradução:

Iagê Zendron Miola

Artigo recebido e aceito em novembro de 2016.

Resumo

A corporação permitiu a transformação radical do capitalismo, do *laissez-faire* ao capitalismo corporativo regulado. Ainda que o direito da concorrência tenha nascido de um impulso populista para restringir o poder econômico oligopolizado, acabou se tornando, em grande medida, um forma de moldá-lo e legitimá-lo. Leis concorrenciais se difundiram pelo mundo, e hoje desempenham um papel de crescente importância em modelar o oligopólio e o planejamento corporativos, e em mediar a relação entre os poderes empresarial e estatal. Essas técnicas regulatórias se disseminaram internacionalmente, difundidas inicialmente pelos EUA e depois também pela União Europeia, tornando-se elas próprias armas na competição entre corporações. Apesar de algumas diferenças de abordagem, um largo consenso em relação aos conceitos e princípios a serem aplicados emergiu, repudiando perspectivas que sugerem que o direito da concorrência deva restringir de forma mais vigorosa a concentração empresarial. Entretanto, ainda que esse consenso conceitual, ao menos nominalmente, favoreça aos mercados competitivos, a aplicação de diferentes normas concorrenciais tem gerado conflitos. Tentativas de coordenar a regulação concorrencial por meio de ordenamentos formais falharam reiteradamente, mas redes semiformais e comunidades de profissionais da regulação têm assegurado uma estabilidade substancial na prática.

Palavras-chave: capitalismo corporativo; direito da concorrência; regulação internacional.

Abstract

The corporation has enabled the radical transformation of capitalism, from *laissez-faire* to regulated corporate capitalism. Competition law, although born from a populist impulse to restrict oligopolistic economic power, has largely become a means of shaping and legitimating it. Competition law and regulation have now spread around the world, and play an increasingly important part in moulding corporate oligopoly and planning, and mediating between corporate and state power. These regulatory techniques have spread internationally, diffused initially from the US and later also from the EU, and

have themselves also become weapons used in corporate competition. Despite some differences in approaches, a broad consensus emerged around the concepts and principles to be applied, rebuffing perspectives sometimes put forward that competition law should more vigorously restrict corporate concentration. Nevertheless, although this general conceptual consensus at least nominally favours competitive markets, the enforcement of different competition rules has created conflicts. Attempts to coordinate competition regulation through formal frameworks have largely failed, but semi-formal networks and communities of regulatory professionals have ensured substantial stability in practice.

Keywords: corporate capitalism; competition law; international regulation.

A corporação permitiu a transformação radical do capitalismo, do *laissez-faire* ao capitalismo corporativo regulado¹. Ainda que o direito da concorrência tenha nascido de um impulso populista para restringir o poder econômico oligopolizado, acabou se tornando, em grande medida, um forma de moldá-lo e legitimá-lo. Leis concorrenciais se difundiram pelo mundo, e hoje desempenham um papel de crescente importância em modelar o oligopólio e o planejamento corporativos, e em mediar a relação entre os poderes empresarial e estatal. Essas técnicas regulatórias se disseminaram internacionalmente, difundidas inicialmente pelos EUA e depois também pela União Europeia, tornando-se elas próprias armas na competição entre corporações. Apesar de algumas diferenças de abordagem, um largo consenso em relação aos conceitos e princípios a serem aplicados emergiu, rejeitando perspectivas que sugerem que o direito da concorrência deva restringir de forma mais vigorosa a concentração empresarial. Entretanto, ainda que esse consenso conceitual, ao menos nominalmente, favoreça mercados competitivos, a aplicação de diferentes normas concorrenciais tem gerado conflitos. Tentativas de coordenar a regulação concorrencial por meio de ordenamentos formais falharam reiteradamente, mas redes semiformais e comunidades de profissionais da regulação têm assegurado uma estabilidade substancial na prática.

Origens: a regulação antitruste dos EUA

As ideias e os conceitos da regulação da concorrência emergiram no período formativo das leis antitruste dos EUA, entre 1890 e 1914. Nos países capitalistas avançados, a rápida acumulação entre 1860 e 1890 resultou em períodos de altos e baixos em razão da superprodução, levando à tentativa, por parte das empresas, de controlar a concorrência (Fligstein 1990: 36-7). A preferência inicial era por tirar de cena os concorrentes, ou cooperar com eles

¹ Para a descrição e análise estendida e detalhada do termo, ver Picciotto (2011), que serviu de base a este artigo.

por meio de diferentes formas de associação ou cartel². Tais acordos para restringir a concorrência poderiam ser vistos como sendo ilegais sob as leis contra restrições ao comércio, que permaneciam em vigor em diversos países desde o fim do período mercantil. Entretanto, no final do século XIX, contexto em que ideologias liberais tornaram-se largamente dominantes, as cortes, governos e mesmo a opinião pública não tinham certeza sobre como aplicar tais leis aos cartéis. Apesar de os cartéis organizarem mercados e, portanto, restringirem a concorrência, acordos de cartelização também poderiam ser considerados manifestação da liberdade de contrato³. Em termos econômicos, esses acordos poderiam ajudar a proteger pequenas e médias empresas dos perigos das forças de mercado irrestritas.

Nos Estados Unidos, advogados construíram diversas formas de combinação: *pools*, *trustes*, ou empresas *holding*. Entretanto, questionamentos da validade jurídica dessas formas empresariais se exacerbaram a partir da oposição populista aos “barões ladrões” (“*robber barons*”) dos grandes negócios e os seus *trustes*⁴. Isso levou à promulgação da lei Sherman (*Sherman Act*) em 1890, construída sobre as bases de princípios já existentes do *common law*, que formalmente proibia “todo contrato,

² Para uma excelente e detalhada descrição dessas várias estratégias de uma importante empresa, a Du Pont, ver Wall (1990).

³ Em contraste com os EUA, isso pode ser observado no Reino Unido, na França e na Alemanha (Cornish 1979). Na França, a norma do Código Penal que proíbe a interferência nos mercados, de 1810, somente era aplicada se a combinação impunha preços excessivos. A maioria dos casos envolvia disputas civis, e em 1902 a *Cour d'Appel* de Nancy decidiu pela legalidade da Comptoir de Longwy, que controlava a metade da produção de aço da França (ibid.: 295-7; ver também Freedman 1993: 115-9). No Reino Unido, a tolerância das cortes em relação a acordos restritivos foi expressa de maneira dramática pela decisão da Câmara dos Lordes no caso *Mogul Steamship* (1892), em que se recusou o pedido de um proprietário de navio que havia sido excluído de um cartel de transportadores navais, sustentando que a justiça da concorrência não era defensável. Na Alemanha, uma ação similar contra uma associação de livrarias foi julgada procedente, em princípio, pela Suprema Corte em 1890, mas rejeitada com base no interesse público. Em geral, as cortes alemãs decidiam pela validade das regras e decisões dos cartéis em nome da liberdade de contrato, a não ser que houvesse evidência de comportamento abusivo (Cornish 1979: 299-300) ou de que o cartel estivesse agindo contra o interesse público (Gerber 1998: ch.4).

⁴ O arquétipo desses trustes foi o acordo concebido por S. C. T. Dodd, advogado da *Standard Oil*, empresa de Rockefeller, sob o qual cerca de 50 proprietários de empresas petrolíferas colocaram as suas ações nas mãos de 9 administradores, os quais detinham eles mesmos a maioria das participações, dando-lhes poder para administrar a combinação como um todo. A prática foi revelada por uma investigação do Senado de Nova York de 1888, levando a uma ação judicial contra o truste. Essas operações foram relatadas e Rockefeller acabou demonizado pelas clássicas reportagens investigativas de Ida Tarbell, publicadas em série na revista *McClure's* entre 1902 e 1904, elevando a hostilidade popular aos “trustes” (Tarbell and Chalmers 1904/1966).

combinação na forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio”, e tornava crimes os comportamentos de “monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com outra pessoa ou pessoas para monopolizar o comércio”.

A interpretação dos conceitos centrais de “restrição ao comércio” e “monopolizar” criou um campo de contestação e debate, marcado por fortes divergências, especialmente na Suprema Corte, onde, inicialmente, uma maioria sustentava uma visão estrita de que a lei proibia qualquer acordo anti-competitivo (Weinstein 1968, Sklar 1988). Entretanto, isso não impedia que uma empresa, individualmente, obtivesse posição dominante ao tirar do mercado seus concorrentes, ou mesmo ao incorporá-los por meio de aquisições de seus bens ou ações (Sklar 1988: 135-6). O Sherman Act tornou-se uma ferramenta jurídica ainda mais flexível depois de 1911, quando nos casos *Standard Oil* e *American Tobacco*, a Suprema Corte endossou a “regra da razão”. Por essa regra, nem todos os acordos que restringissem a concorrência seriam necessariamente proibidos, mas somente o monopólio ou as restrições “irrazoáveis” ao comércio, como aquelas deliberadamente voltadas a excluir da concorrência competidores que não fossem parte do acordo.

A rápida redefinição do uso da corporação como principal forma institucional para os grandes negócios depois de 1890 deveu-se, sobretudo, ao impulso de superar os distúrbios do mercado e as crises de superprodução – em outras palavras, para controlar e limitar a concorrência por meio do planejamento e coordenação dos negócios. Isso foi particularmente importante nos EUA, devido ao paradoxal efeito de uma legislação antitruste que, motivada pelo sentimento contra as grandes empresas, encorajou a concentração empresarial, especialmente na medida em que foi aplicada de forma seletiva nas acusações e interpretações judiciais contra associações “informais” (Sklar 1988: 154-66, Bittlingmayer 1985). Os poderes governamentais de persecução criminal foram utilizados para regular o que a opinião oficial julgava ser um comportamento empresarial irresponsável (Weinstein 1968: 67). Dessa forma, o Sherman Act ajudou a moldar o debate sobre poder corporativo e a mediar o processo de emergência, durante a Era

Progressiva nos EUA, de um consenso em torno do capitalismo corporativo regulado⁵.

A difusão internacional da regulação da concorrência

Na segunda parte do século XX, as leis concorrenciais se espalharam vastamente por meio de processos de interação jurisdicional, emulação, e transplantes legais ou do imperialismo. É válido notar que, ainda que o direito da concorrência aparente ser neutro, uma vez que objetiva criar condições equitativas de disputa entre empresas, e que exista considerável convergência de perspectivas e princípios, há conflitos significantes quanto a sua efetiva aplicação. Consequentemente, a regulação da concorrência tornou-se uma arena de enfrentamento entre diferentes políticas em relação à concentração empresarial e à cartelização, bem como uma potente arma para as próprias empresas utilizarem umas contra as outras na sua corrida por vantagens competitivas.

A iniciativa histórica de utilização de leis concorrenciais para impulsionar e legitimar o capitalismo corporativo regulado veio dos EUA, ainda que a Comissão Europeia tenha se tornado um entusiasmado apóstolo do credo do direito concorrencial. Com a possível exceção de um curto período durante os anos 1970, em que o debate esteve focado no código de *soft law* da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) sobre Práticas Restritivas (*Restrictiv Business Practices Code*), um amplo consenso reina desde então: o de que o direito da concorrência deve estar focado em acordos, e que não deve questionar o domínio de grandes empresas – no máximo, devendo agir como controlador de suas práticas oligopolísticas. Tornou-se consideravelmente difícil, porém, o desenvolvimento de procedimentos legais de *hard law* para assegurar a harmonização da

⁵ Kolko 1963, Weinstein 1968, Sklar 1988; para uma detalhada análise de Du Pont, Wall 1990. Como mostra David Campbell, no período após 1880, muitos dos notórios economistas e formuladores de políticas públicas dos EUA reconheceram que a concorrência era a fonte da superprodução e da crise, e propuseram como possíveis soluções as combinações entre empresas, a regulação estatal e até mesmo o neo-colonialismo (Campbell 1993: 114-7).

aplicação de leis nacionais, ou para coordenar o direito da concorrência com áreas correlatas de regulação, notadamente sobre comércio internacional.

Entre 1890 e 1938, cartéis internacionais eram tidos, em geral, como os meios mais efetivos para o planejamento dos negócios e para a administração da economia mundial. Os seus principais objetivos eram mitigar os efeitos nocivos da competição, especialmente a tendência à superprodução, em razão das vastas economias de escala, que resultava em flutuações de preço violentas e na conseqüente criação e destruição anárquica de capacidade produtiva. Os cartéis dominaram diversas indústrias de ponta, correspondendo a uma fatia de 25% a 40% do comércio mundial, e suas atividades incluíam a imposição de padrões técnicos (por exemplo, para lâmpadas elétricas), compartilhamento de tecnologia, especialmente por meio de *pooling* e licenciamento cruzado de patentes, coleta de informações para informar aos seus membros, assim como a divisão de mercados mundiais por zonas entre empresas norte-americanas e europeias (Stocking and Watkins 1946, 1948, Wells 2003: ch.1, Kudo and Hara 1992). Os governos encorajavam, apoiavam e, por vezes, eles próprios organizavam acordos de cartéis, especialmente para produtos primários, como borracha, trigo, nitratos e açúcar.

Até mesmo as autoridades norte-americanas toleravam e, às vezes, encorajavam cartéis, notadamente no apoio a associações empresariais no governo de Herbert Hoover e durante a fase de “economia planejada” da lei de Recuperação Nacional (*National Recovery Act*) do presidente Roosevelt. Ainda que a aplicação de leis antitruste dos EUA a atividades desempenhadas parcialmente no exterior gerasse questões jurisdicionais, o problema podia ser administrado, já que as regras eram suficientemente indeterminadas para que fossem aplicadas seletivamente⁶. Dessa forma, no final dos anos 1930, com a

⁶ Notabilizou-se, neste sentido, o caso *American Banana v. United Fruit Co.* (1909), em que a Suprema Corte dos EUA adotou um forte limite unilateral para determinar o escopo jurisdicional. No caso, o Justice Holmes categoricamente afirmou que a aplicação das leis dos EUA a atos ocorrendo no exterior (no caso, na Costa Rica) “não apenas seria injusto, mas também uma interferência na autoridade de outro soberano”. Uma descrição fascinante da nebulosa mistura entre política, direito e corrupção nos EUA e na América Central que levou a este caso é feita por Noonan, que aponta que o efeito da decisão foi fazer a “United Fruit Company livre para tornar-se patrocinadora da Chiquita Banana e *el Pulpo*, o polvo da literatura e da política revolucionárias latino-americanas” (Noonan 1976: 65). Uma visão mais nuançada

mudança de orientação política, as autoridades norte-americanas começaram a aplicar sistematicamente as leis antitruste a carteis internacionais. Os casos iniciados à época levaram a uma atitude mais agressiva em direção à aplicação da doutrina e do direito antitruste dos EUA aos negócios internacionais⁷. O efeito do movimento contra os carteis foi o de propalar empresas transnacionais dos EUA, após a guerra, a mercados estrangeiros por meio de investimento direto.

Em paralelo à aplicação das leis estadunidenses a empresas internacionais, ocorreu a exportação da filosofia e das leis antitruste dos EUA a outros países, como parte de uma assimilação mais ampla do modelo de

da jurisdição foi adotada no caso *USA v. Sisal Sales Corp.* (1927), em que a Corte decidiu que a conspiração entre empresas norte-americanas para monopolizar as exportações de sisal do México aos EUA foi formada em território americano e que afetava importações. Dessa forma, não poderia ser protegida da aplicação do direito norte-americano simplesmente porque um elemento da conspiração envolvia “incentivos” a servidores públicos mexicanos para discriminar contra empresas rivais. Entretanto, apenas uma dúzia de casos relacionados ao comércio internacional foram propostos contra empresas americanas antes de 1940 com base no Sherman Act. Com exceção de três casos antes de 1914 contra os carteis de transportadores navais, todos os outros se relacionavam à monopolização de matérias primas estrangeiras para fazer subir os preços das importações dos EUA. A lei Webb-Pomerene de 1918 legalizou os carteis de exportação e, em 1924, a *Federal Trade Commission* (FTC) decidiu que empresas norte-americanas podiam integrar carteis estrangeiros, desde que eles não afetassem o mercado dos EUA. Dessa forma, empresas criadas sob a lei Webb-Pomerene foram utilizadas como veículos para firmas americanas ingressarem em carteis internacionais, ainda que seus impactos no mercado dos EUA fossem evidentes (Wells 2003: 33).

⁷ O clima mudou em 1938, com o início das investigações do Comitê Nacional Econômico Temporário [do Congresso americano] sobre a “concentração do poder econômico” e com o revigoramento da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça pelo seu novo diretor, Thurman Arnold (ver Hawley 1966, Freyer 1992, Wells 2003). Arnold triplicou a equipe da Divisão e, com os seus “jovens turcos”, inaugurou uma série de vigorosos casos contra carteis internacionais. Essa mudança deveu-se às percepções, que se transformavam nos EUA, sobre eficiência econômica e sobre o papel internacional das empresas estadunidenses, e não a apelos a valores republicanos. A visão de realismo jurídico de Arnold sobre o papel simbólico do direito pode explicar tanto as suas críticas às leis antitruste como um meio de “promover o crescimento de grandes organizações industriais desviando o ataque a eles a canais puramente morais e cerimoniais” (citado por Wells 2003: 41), em *O folclore do capitalismo* (1937), quanto a aparente mudança de postura da sua vigorosa aplicação das mesmas leis para defender mercados livres (Duxbury 1990: 34). As contradições das atitudes do New Deal em relação ao monopólio são difíceis de se reconciliar (Hawley 1966), mas foi Arnold quem alterou substancialmente a filosofia antitruste de ser contra grandes empresas para uma de regulação do oligopólio (Brinkley 1993). Durante a guerra, os casos antitruste contra carteis envolvendo empresas britânicas foram suspensos depois de reclamações do Ministério das Relações Exteriores e foram interrompidos quando os EUA entraram na guerra (arquivo 371/44589 do Departamento de Arquivos Públicos do Reino, Wells 2003: 69ff., e para o contexto dos casos da indústria química, ver Reader 1975: capítulos 23 e 24). Os casos levaram a um grande número de acordos e conhecidos casos emblemáticos (ver Muchlinski 2007: 133-9). Esses casos estabeleceram a doutrina dos “efeitos” da jurisdição, particularmente no caso *US v. Alcoa* (Picciotto 1983). Detalhes de todos os casos antitruste iniciados pelo Departamento de Justiça (i.e., excluindo casos privados ou da FTC) são descritos no *US Bluebook* (1949), e foram continuados no *CCH Trade Regulation Reporter, Transfer Binder*.

negócios norte-americano. As investigações do Congresso no período de guerra fortaleceram a opinião, nos EUA, sobre a necessidade do desmantelamento dos carteis. Essa visão foi desenvolvida em discussões com os britânicos no planejamento da ordem econômica do pós-guerra, que resultou na Carta de Havana (Joelson 1976: 841, discutido abaixo). O *Board of Trade* do Reino Unido também investigou carteis internacionais, ainda que a promulgação da Lei de Monopólios (*Monopoly Act*), em 1948, tenha sido majoritariamente resultante de considerações domésticas (Freyer 1992). Na Europa continental, e especialmente na França e na Alemanha, o movimento em direção à “modernização” das práticas empresariais no pós-guerra, fortemente influenciado pelo capitalismo corporativo dos EUA, foi levado a cabo por políticos-chave, na interface entre a economia empresarial e o estado, notadamente Jean Monnet (Djelic 1998)⁸.

Na Alemanha Ocidental, a administração dos EUA na ocupação do pós-guerra impôs a descartelização e a desconcentração da indústria, tida como um elemento central da “panelinha militar-industrial” que estava no coração da empreitada de guerra alemã⁹. Entretanto, o movimento em direção à desconcentração foi atenuado, na medida em que a política dos EUA de garantir a “eficiência” das empresas alemãs se sobrepôs ao fervor do fanatismo antitruste (Wells 2003: 160ff). As leis implantadas na Alemanha Ocidental lidavam sobretudo com carteis e acordos entre empresas, e traziam restrições mínimas contra o seu tamanho ou contra o monopólio. O transplante antitruste foi realizado com enxertos locais, na forma de Ludwig Erhard e do ordo-liberalismo da “Escola de Freiburg”, que produziu a filosofia do “mercado social” como uma variante especial do capitalismo corporativo (Djelic 1998, 108 ff., Gerber 1998: capítulo 7). Esse novo modelo alemão de

⁸ Gerber (1998: capítulo 6) argumenta que, com exceção da Alemanha Ocidental, no período pós-guerra, a maioria dos países adotou um modelo de regulação da concorrência de “controle administrativo” – isso enfatiza em demasia as diferenças, talvez por refletir a perspectiva dos EUA nos anos 1990, crítica da aplicação “politizada” do direito concorrencial da União Europeia. Todas as leis concorrenciais dão centralidade a uma agência administrativa. Enquanto essas agências podem resistir, em variados graus, às pressões para assumirem um papel de planejador industrial, as suas políticas e decisões são geralmente formadas no contexto de políticas governamentais. Note-se, por exemplo, os fortes vínculos entre as políticas antitruste e de comércio internacional nos EUA.

⁹ Wells 2003: 139; essa análise foi elaborada em *Behemoth* (1942), do neo-marxista alemão e refugiado Franz Neumann, que trabalhou para as autoridades de ocupação dos EUA.

regulação da concorrência veio a exercer considerável influência na Europa e em outros países.

No Japão, a tentativa inicial dos EUA de quebrar os principais *zaibatsu* e algumas das grandes empresas foi sobrepujada pela visão de que a recuperação econômica e a reconstrução industrial deveriam ser priorizadas. Ainda que o congresso japonês tenha aprovado a lei anti-cartel e anti-monopólio em 1947, a *Fair Trade Commission* (FTC) criada por ela permitiu fusões que recriavam grandes empresas, e autorizou que os *zaibatsu* fossem reformados como *keiretsu* (Wells 2003: 185). Nos anos 1960, porém, a regulação da FTC japonesa foi reativada em resposta à mudança econômica, especialmente em razão de uma crescente preocupação com a proteção ao consumidor. A lei foi emendada em 1977, instituindo novos poderes contra o monopólio e preços concertados. Novamente, os EUA pressionaram para a aplicação efetiva da lei, em razão de preocupações, nos anos 1980, com desequilíbrios e “impedimentos estruturais” para acessar o mercado japonês (Matsushita 1993: 81-87). Ainda que a lei concorrencial tenha sido plantada em solos bastante distintos intelectual e institucionalmente no Japão e na Alemanha, durante a metade do século seguinte, houve considerável convergência entre os dois países, na medida em que a aplicação da lei no Japão foi acompanhada pela sua moderação na Alemanha (Haley 2001).

Um novo polo global: a União Europeia

Na Europa, a descartelização foi facilitada pelos movimentos de criação de maiores arranjos jurídicos para mercados regionais, primeiro, com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), e depois com a Comunidade Econômica Europeia (CEE). À CECA foram concedidos fortes poderes anti-cartel a partir de disposições que foram “escritas em Washington e adotadas tais como escritas”¹⁰ e que tornaram mais palatável o desmantelamento do cartel alemão do aço (Wells 2003: 173-4). As disposições do tratado da EEC contra

¹⁰ Conforme Corwin Edwards, um dos assistentes de Thurman Arnold, que participou ativamente da difusão do evangelho antitruste (citado por Wells 2003: 173).

comportamento anti-competitivo tornaram-se a base da regulação supranacional, especialmente quando ativadas pela adoção da Regulação 17 pelo Conselho de Ministros em 1962, que deu à Comissão Europeia poderes diretos contra acordos restritivos, submetida apenas à revisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Tal medida deu ímpeto ao direito europeu e criou uma nova e importante arena para a advocacia empresarial, abastecendo o crescimento de escritórios transnacionais que, por sua vez, ajudaram a moldar o campo da política de defesa da concorrência (Morgan 2006). A Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia (DG Concorrência) tornou-se uma instituição central, tanto dentro da Europa quanto internacionalmente. Ainda que burocraticamente exigentes, os procedimentos para notificação prévia e liberação de acordos restritivos previstos na Regulação 17 forneceram à DG Concorrência extenso conhecimento sobre mercados e poderes para formatar estruturas de mercado. O exercício da sua função também serviu como poderoso catalisador para o desenvolvimento de leis de concorrência nacionais. A adoção de leis concorrenciais passou a ser requerida aos aspirantes a membro da União Europeia e mesmo a vários Estados já associados, levando a um longo processo de interação internacional e convergência gradual de princípios. Em meados dos anos 1980, o sistema de regulação paralela entre a UE e o direito nacional dos Estados-membros começou a se transformar, com a DG Concorrência buscando uma coordenação multi-nível mais efetiva (Gerber 1998: capítulo 10). Este processo culminou em 2003, com uma mudança radical em direção à aplicação descentralizada da regulação da UE sobre concorrência, coordenada por meio de uma rede semi-formal de autoridades orquestrada pela DG Concorrência, a *European Competition Network (ECN)*¹¹.

¹¹ Ver Kassim e Wright 2009, que analisam as delicadas negociações que resultaram nessa mudança, e Ehlermann 2000, sobre o contexto do que ele descreve ser uma “revolução jurídica e cultural”. As novas disposições legais foram adotadas na Regulação 1-2003, que passou a vigorar em 2004, dando poderes às autoridades nacionais para aplicar o direito da UE neste campo, com dispositivos para cooperação, como o intercâmbio de informações. A Regulação menciona a necessidade de uma ECN, mas ela só foi criada por uma Declaração Conjunta de caráter não vinculante entre a Comissão e o Conselho e teve seus procedimentos estabelecidos por uma Comunicação da Comissão (*Commission Notice*).

A criação da ECN foi surpreendente, ainda que conveniente. Sob um ponto de vista funcionalista, é de causar surpresa o fato de que uma estrutura institucional mais formal não tenha sido criada para administrar uma questão que, por mais de meio século, já tinha sido reconhecida como sendo de competência central das instituições europeias, desenvolvidas para estabelecer mecanismos de governança multi-nível precisamente para essas questões. Ainda assim, parece apropriado que uma arena regulatória que foi profundamente despolitizada, e em que houve substancial convergência ideológica, devesse ser governada por regulação em rede, por meio de uma comunidade de *experts*. A regulação concorrencial, assim, é um exemplo emblemático da transformação da UE em um sistema de governança em rede (Kohler-Koch and Eising 1999, Maher 2008).

Interações competitivas na regulação da concorrência

Apesar da disseminação de ideias e ordenamentos para regular a concorrência e da considerável convergência de perspectivas, a aplicação das leis nacionais a estruturas empresariais internacionais gerou conflitos. As leis concorrenciais dos EUA tornaram-se uma poderosa arma em uma série recorrente de casos político-jurídicos de grande importância, desde as investigações sobre associações de transportadores nos anos 1950 até o ataque do Procurador-Geral às condições de resseguros oferecidas por corretores do Lloyds em Londres. As leis dos EUA são especialmente potentes porque permitem o ajuizamento de ações por particulares em busca de indenizações por perdas e danos e punições a concorrentes, o que significa que podem ser utilizadas pelas empresas na batalha por mercados. São exemplos disso a ação de Westinghouse no final dos anos 1970 contra a Rio Tinto, alegando que esta teria praticado colusão de preço de urânio, e a tentativa da Laker Airways de concorrer com a British Airways por meio do questionamento judicial do sistema de alocação de rotas por tratados bilaterais no âmbito da IATA (Neale e Stephens 1988).

Enquanto as empresas utilizavam o direito como uma arma para concorrer tanto nos seus países de origem quanto naqueles para os quais desejavam expandir as suas atividades, as autoridades concorrenciais também rivalizavam na aplicação das leis. A abordagem mais agressiva dos EUA em aplicar as suas normas concorrenciais logo gerou conflitos com outros países, resultando na promulgação de legislação que bloqueava a aplicação do direito estadunidense, ou a retaliava. Dessa forma, com a aplicação das leis antitruste dos EUA a estruturas empresariais internacionais, surgiram disputas sobre a imposição “extraterritorial” da jurisdição. A fim de auxiliar empresas a se abrigarem sob as leis dos seus próprios países, a maioria dos países da OCDE promulgou legislação que permitia ao governo a imposição de ordens de bloqueio, oferecendo proteção contra ordens jurídicas estrangeiras (na prática, a ordem jurídica norte-americana). Do seu lado, as cortes dos EUA encontravam diversos meios de ignorar ou sobrepor-se a argumentos que sustentavam haver conflitos com o direito estrangeiro.

Denunciado como “imperialismo antitruste” (Baker e Ayer 1993), a questão geral da “extraterritorialidade” foi levada à OCDE, que tentou, por sua vez, promover princípios gerais para a moderação das reivindicações jurisdicionais. A questão tornou-se suficientemente politizada a ponto de ser discutida em encontros de cúpula de líderes do G7. Tentativas de evitarem-se conflitos foram elaboradas a partir do desenvolvimento de uma doutrina de “moderação e contenção” no exercício de jurisdição concorrente (OCDE 1987a). Entretanto, tais esforços provaram-se de utilidade limitada na medida em que cresceram o número e o alcance de problemas jurisdicionais. Esses problemas incluíam uma variedade de questões relacionadas à governança e às finanças corporativas, como requisitos de transparência financeira, falência internacional, e a regulação de bancos e outros intermediários financeiros. Ao mesmo tempo, as empresas norte-americanas viram-se submetidas a requisitos regulatórios estrangeiros, especialmente pela afirmação, por parte da Comissão Europeia, dos poderes do seu direito concorrential sobre carteis e fusões estrangeiras que afetassem mercados europeus.

A partir de 1967, a OCDE também criou um mecanismo procedimental específico com o objetivo de coordenar a aplicação das leis de concorrência a

negócios internacionais. A iniciativa teve limitado sucesso, mas contribuiu para o processo de criação de uma comunidade da política pública concorrencial¹². Os conflitos aumentaram com a disseminação das leis concorrenciais e do incremento da sua aplicação. A doutrina dos “efeitos” foi amplamente endossada e aplicada também por outras autoridades, especialmente a DG Concorrência e as autoridades europeias nacionais¹³. Por seu turno, por meio do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982, o Congresso dos EUA ampliou o alcance jurisdicional do Sherman Act para englobar práticas restritivas no exterior que afetassem exportadores estadunidenses, tendo como alvo especialmente o Japão. Critérios para limitar reivindicações jurisdicionais também foram criados, especialmente pelos dispositivos do direito estadunidense para efeitos “diretos, substanciais e previsíveis”, refletidos no acordo celebrado no âmbito da OCDE em torno do princípio de “moderação e contenção” para o exercício de jurisdição concorrente (OCDE 1987a). Entretanto, as extensas áreas de sobreposição jurisdicional criaram uma complexa arena para disputas legais, na medida em que as autoridades da concorrência de diferentes países criavam, revisavam e revogavam diretrizes para a política de defesa da concorrência¹⁴ e os tribunais tomavam decisões divergentes, reinterpretando os critérios jurisdicionais.

¹² Alterado em 1979 e em 1986, o mecanismo oferecia procedimentos voluntários de notificação, intercâmbio de informações e coordenação de ações em casos iniciados por determinado membro sob a sua lei concorrencial que envolvessem “interesses importantes” na visão de outro membro. Um procedimento para consulta era previsto para esses casos, com a possibilidade final de conciliação pelo importante Comitê da OCDE. Entre 1976 e 1979, houve, em média, 37 contatos por ano, crescendo para 106 por ano entre 1980 e 1985, período no qual foram feitas 17 consultas, ainda que nenhum caso tenha sido levado ao Comitê (OCDE 1986b: 6-8). Apesar de informações serem trocadas em alguns casos, o intercâmbio era frequentemente impraticável em razão de confidencialidade comercial. O instrumento da OCDE foi complementado por uma série de acordos bilaterais com procedimentos de notificação e consulta similares: EUA-Alemanha, de 1976; Austrália-EUA, de 1982; França-Alemanha, de 1984; e EUA-Canadá, de 1984.

¹³ OCDE 1977: 37-8, Halverson 1991.

¹⁴ As diretrizes estabelecidas no *Antitrust Enforcement Guidelines*, criadas pelo Departamento de Justiça dos EUA, refletiam as idas e vindas da política de defesa da concorrência dos EUA, incluindo preocupações com comércio internacional: a versão de 1977 afirmava que o direito estadunidense poderia ser aplicado contra obstáculos estrangeiros se consumidores ou exportadores norte-americanos fossem afetados. A diretriz foi confirmada pelo Congresso na lei de 1982, mas as *Guidelines* de 1988 continham uma nota de rodapé limitando a aplicação da lei apenas aos efeitos provocados aos consumidores norte-americanos. Essa política foi revogada em 1992 para permitir a tomada de ação contra restrições que afetavam exportadores dos EUA (refletindo a postura dos EUA contra os “bloqueios estruturais” do Japão), como afirmado pelas *Guidelines* de 1995.

O potencial de conflitos e a necessidade de cooperação foram sentidos de forma particularmente aguda no contexto de fusões e aquisições (F&A), exemplificado na tentativa da Gillete de comprar o setor de lâminas de barbear da Wilkinson Sword entre 1989-1991. Apesar da operação ter sido estruturada cuidadosamente de modo a atender a todos os requisitos legais, acabou sendo objeto de investigação em 14 jurisdições diferentes da OCDE (OCDE 1994: 66-83). Em 1990, a UE buscou racionalizar os seus procedimentos com a edição de um Regulamento de Concentrações, que tinha por objetivo estabelecer um “guichê único”, ao menos dentro da União Europeia¹⁵. A Regulação deu competência exclusiva à DG Concorrência sobre “concentrações com dimensão comunitária” que ultrapassassem um determinado patamar de tamanho e participação de mercado, requerendo notificação prévia e um processo de análise em dois níveis. A implementação da regulação demandou coordenação mesmo dentro da UE por meio de consultas realizadas por um Comitê Consultivo formado por representantes dos estados-membros¹⁶. O potencial de conflito, mesmo entre a DG Concorrência e os estados-membros, decorre do paradoxo de que enquanto uma autoridade concorrencial provavelmente favorecerá F&A entre empresas locais para criar “campeões nacionais” nos mercados globais, a DG concorrência tenderá a favorecer aquisições internacionais. A tendência, portanto, é no sentido de aprovar, e não proibir operações, o que pode ajudar a explicar a baixa proporção de F&A bloqueadas pela DG Concorrência¹⁷.

Munida dos seus novos poderes exclusivos sobre concentrações na UE, em 1991 a Comissão Europeia negociou com o governo dos EUA um acordo de cooperação para a regulação da concorrência¹⁸. O acordo se baseava nos

¹⁵ Regulamento CEE n. 4064 de 21 de dezembro de 1989 relativo ao controle das operações de concentrações de empresas.

¹⁶ Este órgão já estava previsto no Tratado de Roma de 1958.

¹⁷ Nos seus doze primeiros anos de funcionamento, a Força-Tarefa de Concentrações da DG Concorrência lidou com 2.200 notificações, sendo que 90% foram aprovadas sem condições, 7% com algum tipo de condição e apenas 2% foram proibidas ou canceladas pelas próprias requerentes para evitar a proibição. Essas proporções são similares àquelas observadas nos EUA (Levy 2003: 199).

¹⁸ A Comissão considerou ter o poder de celebrar tal acordo como um “acordo administrativo”, tendo em vista dizer respeito a uma área do direito da UE em que detém competência exclusiva. O TJUE decidiu, porém, favoravelmente a uma objeção do governo francês no sentido de que, apesar da Comissão ter poderes para negociar acordos internacionais, apenas o Conselho poderia firmá-los (Caso 327/91, decisão de 9 de agosto de 1994). Consequentemente, o acordo

procedimentos de consulta e notificação da OCDE para casos em que a regulação de uma parte poderia “afetar importantes interesses” da outra. Trazia, também, procedimentos mais detalhados, cláusulas sobre intercâmbio regular de informações, assim como cooperação e até mesmo coordenação na aplicação da regulação. O acordo também especificava princípios de “cortesia”: primeiro, uma obrigação de considerar não aplicar o direito da concorrência para evitar conflitos com “interesses importantes” da outra parte (“cortesia tradicional”); segundo, um procedimento por meio do qual uma parte pode solicitar à outra que tome medidas contra práticas anticompetitivas que ocorram em seu território e que afetem “interesses importantes” da primeira (“cortesia positiva”) ¹⁹. Inicialmente, foram publicados relatórios periódicos sobre a operação do acordo que louvavam a estreita cooperação estabelecida sob o seu auspício, incluindo “frequentes e intensos” contatos entre funcionários e encontros de alto-escalão. Houve, em certa medida, efetiva coordenação, especialmente em casos contra carteis, e geralmente com consequências negativas para as empresas envolvidas²⁰. Um conjunto de “boas práticas” de cooperação em concentrações foi acordado em 2002 e revisado em 2011. No cômputo geral, porém, é evidente que cada agência objetiva preservar a sua liberdade de ação.

Por isso, conflitos seguiram acontecendo, especialmente em F&A de casos de grande importância: a aquisição, pela Boeing, da McDonnell-Douglas em 1998 (aprovada nos EUA, mas condicionada na UE); a proposta de fusão entre GE e Honeywell em 2001 (aprovada nos EUA, mas bloqueada pela DG Concorrência)²¹; e as práticas monopolistas da Microsoft (caso encerrado em

foi formalmente reiterado por meio de uma troca de cartas em 1995. Este foi um alerta à Comissão sobre a limitação dos seus poderes. Particularmente, a visão estrita do TJUE sobre confidencialidade da informação comunicada à Comissão inibia o intercâmbio de informações e a coordenação com autoridades dos EUA foi dificultada por um cronograma estrito imposto pelo Regulamento de Concentrações.

¹⁹ Introduzidos por um segundo acordo, negociado em 1998, que não cobre, porém, a regulação de concentrações.

²⁰ As acusações de dupla penalização por parte de empresas, no sentido de que a Comissão ignorava penas aplicadas em outras jurisdições, vem sendo rejeitadas pelo TJUE, que tem apontado que as provisões de cortesia positiva “estão restritas a questões procedimentais práticas, como a o intercâmbio de informações e a cooperação entre autoridades da concorrência, e não tem a mínima relação com a compensação de penas impostas por uma das partes daqueles acordos” (*Showa Denko* 2006: para. 59).

²¹ Para a surpresa de advogados experientes, mas, sobretudo, norte-americanos, que representavam as empresas envolvidas (*Morgan* 2006: 150-157).

termos lenientes pelo Departamento de Justiça dos EUA em 2002, mas pesadamente multado e submetido a contínuo escrutínio pela DG Concorrência). Esses casos levaram a queixas por parte de advogados estadunidenses no sentido de que os procedimentos da UE dariam muito poder à Comissão e que suas decisões seriam politizadas, ao invés de baseadas em análise econômica. A Comissão também sofreu os seus revezes por causa de decisões adversas proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e de uma revisão que resultou em reformas procedimentais e na criação do posto de Economista-Chefe da Concorrência da DG Concorrência²².

Coordenação Formal e Informal

Depois de mais de meio século de proselitismo profissional, há um consenso ideológico global sobre os princípios e objetivos gerais da regulação da concorrência. Houve convergência substancial de normas (Horlick e Meyer 1995). Um grande número de especialistas trabalha no campo, e muitos fóruns semi-formais foram estabelecidos para a promoção de debates contínuos e encontros regulares de experts. Ainda assim, as repetidas tentativas de estabelecimento de um arcabouço institucional global de caráter formal para a regulação da concorrência tiveram sucesso limitado.

Cláusulas abrangentes foram incluídas no Capítulo V da Carta de Havana, redigida em 1947 para a criação de uma Organização Internacional de Comércio (OIC). O Capítulo V teria obrigado os membros da Organização a promulgar e aplicar legislação doméstica, bem como a cooperar para combater “práticas empresariais que afetam o comércio internacional por meio da restrição da concorrência, da limitação do acesso a mercados, ou da promoção de controle monopolista”. A Carta criava procedimentos para estados-membros apresentarem queixas contra práticas específicas: fixação de preços, divisão territorial de mercados, discriminação contra uma empresa, limitação ou fixação de cotas de produção, acordos para bloquear o desenvolvimento

²² Morgan 2006: 157. Ainda antes, a expertise econômica transformou a política antitruste nos EUA, entre 1960 e 1980 no Departamento de Justiça e entre 1970 e 1970 na FTC (Eisner 1991).

tecnológico, abusos de direito de propriedade intelectual, e “qualquer prática similar que a Organização possa declarar serem práticas empresariais restritivas por uma maioria de dois terços dos membros votantes presentes”. As representações seriam tratadas por meio de consultas com o objetivo de alcançar “conclusões mutuamente satisfatórias”. Em caso de insucesso das consultas, poderia ter início um Procedimento de Investigação que, se justificado, resultaria em “audiências” com o poder último dado à Organização para requerer a adoção de “medidas corretivas” por parte do estado-membro envolvido.

Apesar da tentativa de criação da OIC ter falhado, o espírito do Capítulo V continuou a ser disseminado. Em 1950, a demanda de adoção de uma lei concorrencial na Alemanha Ocidental por parte da administração da ocupação estava baseada nas cláusulas da Carta de Havana (Djelic 1998: 107). Em 1951, por incitação dos EUA, as Nações Unidas estabeleceram um comitê sobre Práticas Empresarias Restritivas (RBP), que em poucos anos produziu uma versão revisada do Capítulo V como base para a proposta de criação de uma organização internacional. Entretanto, a política oficial dos EUA mudou, para decepção, em particular, do secretário do comitê, um norte-americano alinhado ao New Deal e entusiasta do antitruste, para quem “os EUA lideraram uma formidável marcha em direção ao topo da montanha para logo baterem em retirada e deixarem seus aliados estrangeiros no cume” (Timberg 1955: 411-2)²³. Não pela última vez, os EUA relutaram em oferecer apoio a um acordo multilateral por considerarem que tal tratado limitaria a sua liberdade de agir unilateralmente, além de ser inadequado para restringir o comportamento de outros países.

Cerca de vinte anos depois, um novo ímpeto foi dado à questão pela emergência de preocupações políticas globais com as empresas transnacionais (ETNs). O relatório elaborado pelo Grupo das Nações Unidas de Pessoas

²³ A redação das cláusulas da Carta de Havana e essa proposta de tratado foram criticadas por sua fragilidade, tendo em vista que as propostas dos EUA de 1946 haviam sido modificadas para remover a presunção de ilegalidade de práticas como a divisão geográfica de mercados (Timberg 1955, Dell 1990). Em 1954, discussões sobre a revisão do GATT para incluir normas sobre RBP resultaram apenas na decisão, de 1960, de adotar-se um procedimento de Consulta para quando um estado apresentasse uma queixa de RBPs que afetassem o comércio internacional (Joelson 1976: 844).

Eminentes sobre o impacto das ETNs no desenvolvimento econômico (ONU 1974) fazia referência à concentração do poder econômico das ETNs e a práticas abusivas, como as cláusulas restritivas em acordos de transferência de tecnologia, e recomendava a negociação de um acordo internacional. O interesse de países desenvolvidos em regular a concorrência veio acompanhado de críticas por parte de países em desenvolvimento às práticas abusivas da ETNs, expressas, por exemplo, no programa para uma Nova Ordem Econômica Internacional (Joelson 1976: 848ff). Neste debate, a liderança foi exercida pela UNCTAD, então dominada por países desenvolvidos, que formulou o estranhamente denominado “Conjunto de Princípios e Regras Equitativos Acordados Multilateralmente para o Controle de Práticas Empresariais Restritivas” (os Princípios RBP). Os Princípios foram adotados por uma conferência da UNCTAD e também por uma resolução da Assembleia-Geral da ONU em 1980. Baseada nos Princípios, a UNCTAD também formulou uma “Lei Modelo” da concorrência para a criação de agências nacionais de regulação da concorrência focada nos países em desenvolvimento.

Os Princípios RBP incluíram cláusulas que buscavam refletir a perspectiva de países em desenvolvimento sobre as ETNs. A definição dos RBP é baseada no “abuso de posição dominante de poder de mercado”, cobrindo comportamentos abusivos por uma única empresa (fusões, condições restritivas de licenciamento, preços de transferência discriminatórios). Incluíam, também, exortações às ETNs para obedecerem às leis locais e aos países desenvolvidos para levarem em conta os interesses de países em desenvolvimento na aplicação das normas de RBP, especialmente a promoção de indústrias nascentes e o estabelecimento de acordos regionais. Entretanto, como os Princípios não continham provisões incompatíveis com as normas antitruste dos EUA, ou com a sua aplicação unilateral “extraterritorial”, havia “equilíbrio” suficiente para satisfazer aos EUA e a outros países desenvolvidos (Davidow 1981). Um arcabouço institucional foi estabelecido na criação de um Comitê da UNCTAD formado por um Grupo Intergovernamental de Experts responsável, por sua vez, pela realização de consultas, estudos e pesquisa, e pela produção de relatórios e recomendações a estados. Os Princípios, porém, determinavam firmemente que o Comitê não deveria “agir como um tribunal

ou realizar qualquer tipo de juízo sobre as atividades ou condutas de governos ou empresas individuais em relação a uma transação econômica específica”, e que deveria “evitar envolver-se quando empresas de uma transação específica estão em disputa”.

Os Princípios RBP foram o ápice de uma possibilidade de formulação de um conjunto de regras antitruste globais para o controle do poder econômico que logo retrocedeu. A primeira conferência de revisão, em 1985, foi marcada por pesados desacordos, especialmente em relação a restrições patrocinadas pelos estados, como os carteis de exportação (permitidos pelos EUA sob a Lei Webb-Pomerene), e em relação aos “acordos de comercialização disciplinada”, por meio dos quais países desenvolvidos restringiam a onda de exportação vinda de países recém-industrializados. Os conflitos bloquearam as propostas de fortalecimento dos Princípios. Desde então, o trabalho acerca dos Princípios consistiu na promoção da difusão internacional de leis de RBP, o que se tornou especialmente bem-sucedido após 1989, na medida em que a maioria dos países adotou as suas próprias legislações nacionais de concorrência (UNCTAD 1997: 189). Em meados dos anos 1990, os esforços da UNCTAD foram subsumidos pelo consenso global prevalente, o que é simbolizado pela substituição do próprio termo RBP por “Concorrência” para descrever tanto o Comitê quanto os Princípios.

Outra tentativa de estabelecimento de um acordo internacional formal para enfrentar os recorrentes atritos entre leis e políticas comerciais e de concorrência foi feita no âmbito das negociações que levaram à formação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Apesar de, ou talvez em razão das interações entre essas duas questões e de um longo histórico de vinculação que remonta ao GATT (Fox 2003), a tentativa mostrou-se ousada demais para a Rodada Uruguai. O tema da concorrência foi colocado na agenda da OMC no encontro Ministerial de 1996, em Cingapura, como uma das “novas questões” relacionadas especialmente a regras de investimento. Apesar de um Grupo de Trabalho ter sido instituído para discutir a questão, o avanço era praticamente impossível, na medida em que não apenas os países em desenvolvimento categoricamente se opunham à criação de mais um tentáculo do polvo da OMC, mas também os EUA permaneciam resistentes. A Comissão Europeia

restou, assim, como a única proponente relevante de um acordo sobre a concorrência na OMC. Dessa forma, em 2004, a OMC encerrou o seu trabalho neste tema. Assim como em outras questões “OMC-Plus”, as regras de concorrência tem sido incluídas em um número considerável de acordos bilaterais de comércio e de investimento.

Coordenação Regulatória pela Comunidade de Experts

Ainda que nenhuma estrutura institucional multilateral formal tenha sido estabelecida, essas várias iniciativas que resultaram em arranjos semi-formais e de *soft law* (Burnside e Botteman 2004), assim como em interações entre profissionais da política concorrencial, estimularam o crescimento de uma comunidade de especialistas em concorrência. Os contínuos conflitos, especialmente entre os EUA e a UE, revelaram-se catalisadores da formação do *International Competition Network* (ICN), em 2001 (Djelic e Kleiner 2006: 297-8). Estabelecido como um espaço informal para um “diálogo dinâmico que serve à construção de consenso e convergência em torno a sólidos princípios da política concorrencial por toda a comunidade antitruste global”, trata-se de um caso paradigmático de comunidade regulatória global. Ainda que seus membros sejam órgãos públicos (autoridades concorrenciais), o ICN encoraja a participação de todos os tipos de expert: advogados, acadêmicos, representantes de grupos de lobby de empresas e de consumidores. Também em 2001, a OCDE estabeleceu o seu Fórum Global sobre Concorência, restrito a agentes governamentais, ainda que outros experts possam participar como “convidados selecionados”. O Fórum objetiva o desenvolvimento de capacidades e de convergência, assim como a difusão das melhores práticas a partir do método de revisão por pares, o preferido da OCDE.

Em paralelo, em 1991, advogados já haviam estabelecido um Fórum Global para Política Comercial e de Concorência no âmbito da *International Bar Association*, incluindo acadêmicos (especialmente economistas), representantes de empresas, advogados, ex e atuais funcionários de agências de concorrência. Não pode ser ignorada, também, a criação, em 2003, da Rede

Internacional de Organizações da Sociedade Civil para a Concorrência, por iniciativa da ONG indiana Consumer Unity and Trust Society (CUTS), voltada ao estabelecimento de uma “rede de interessados” no tema.

Há diversas explicações possíveis para o aparente paradoxo de que as repetidas tentativas de se estabelecer um arcabouço jurídico internacional de coordenação formal e vinculativo por meio de “hard law” tenham falhado, apesar do amplo consenso que se difundiu a respeito dos princípios do antitruste ou do direito da concorrência. Funcionários governamentais, advogados e outros profissionais possuem consideráveis investimentos intelectuais e materiais nos seus próprios sistemas nacionais e regionais, os quais provavelmente procuram proteger. Uma conexão com a OMC não implicaria, porém, na sua abolição e poderia até mesmo criar um novo e lucrativo campo de direito concorrencial relacionado ao comércio internacional. As ETNs experimentam uma série de inconveniências e despesas, e por vezes até grandes decepções, pela exposição a uma multiplicidade de leis, frequentemente sobrepostas. Ainda assim, no cômputo geral, as ETNs tem preferido manter a sua liberdade e capacidade de manobra nos labirintos legais, ao invés de tornarem-se alvos de um órgão global com poderes para investigá-las e até mesmo sancioná-las.

É certo, porém, que a criação, durante as últimas décadas, de uma extensa e profundamente enraizada “comunidade epistêmica” de experts deveria ter aberto espaço para um acordo inter-estatal formal, conforme predizem algumas teorias das relações internacionais? A tendência parece ser oposta. Os próprios experts estão satisfeitos com um sistema baseado no comprometimento ideológico com princípios universalistas corporificados em instrumentos de *soft law*. Estes instrumentos oferecem os fundamentos para debate e para aplicação da lei em uma variedade de arenas. Por essas mesmas razões, aliás, um ordenamento jurídico mais formal é desnecessário, e mesmo que existisse, serviria apenas para estabelecer regras mais formalizadas para as disputas multi-nível que acontecem nesta arena.

Outro fator explicativo possível é o modo pelo qual a regulação da concorrência tem sido construída, a partir da interação entre as expertises jurídica e econômica. Essa interação envolve tanto competição quanto

colaboração profissional, ocorrendo de forma distinta em diferentes contextos. Enquanto advogados tiveram um papel crucial em inicialmente construir o campo concorrencial, economistas fizeram substantivas incursões, especialmente desde os anos 1960 nos EUA (Eisner 1991), e posteriormente na UE e em outros países, incluindo o Brasil (Miola 2014). Entretanto, geralmente ainda são os grandes escritórios de advocacia que dominam o campo na prática (Morgan 2006). No geral, as duas formas de expertise se combinaram, criando um campo específico da regulação da concorrência. O impacto mais importante na moldagem da ideologia desse campo tem sido produzido por transformações internas de cada forma de expertise. Em um primeiro momento, não foi difícil compatibilizar o direito da concorrência com a economia industrial nos EUA (Eisner 1991), ou com a economia desenvolvimentista no Brasil (Miola 2014: 89). Posteriormente, o domínio ideológico da economia e a sua virada em direção à modelagem matemática e à preferência generalizada pela não intervenção nos mercados levou a uma perspectiva *laissez-faire* da concorrência. Entretanto, essas interações ocorreram de maneiras diferentes em distintos países, o que ajuda a manter a natureza distintiva dos sistemas nacionais.

Enquanto a economia contribui com as técnicas de determinação dos mercados relevantes e de mensuração da competitividade, aspectos procedimentais, doutrinários e institucionais são o domínio do direito. Advogados, especialmente aqueles com atuação acadêmica, são certamente capazes de elaborar meios para aprimorar a harmonização de regras concorrenciais, por exemplo, por meio da criação do conceito de “cortesia positiva”. Parece mais difícil o aprimoramento da coordenação de regimes correlatos, particularmente entre a ênfase no acesso a mercados da OMC e os princípios de eficiência de mercado da regulação da concorrência (Takigawa 2002). Mesmo as realizações do ICN têm sido modestas, encorajando, principalmente, a disseminação de experiências e melhores práticas. Na sua segunda década de existência, o ICN revisitou seus objetivos para englobar a formulação de “propostas para convergência procedimental e substantiva”, ainda que “em áreas em que as diferenças são maiores em razão de diferentes

históricas econômicas domésticas, desenvolvimentos e prioridades” isso facilite apenas “divergência informada” (ICN 2011).

Pode haver, como alguns sugerem, fatores e razões de economia política mais profundos para explicar a fragmentação das instituições de governança global, das quais a regulação da concorrência é um exemplo (Benvenisti and Downs 2007). Há evidência substancial suficiente para afirmar que, apesar dos critérios aparentemente “neutros” de eficiência de mercado para a avaliação da concorrência, as diferentes autoridades concorrenciais estão aptas a interpretá-los sob sua própria perspectiva. Dessa forma, essas autoridades tendem a aplicar as suas regras de forma a proteger os seus mercados de práticas consideradas indesejáveis por parte de empresas estrangeiras, ao mesmo tempo em que podem encorajar as suas próprias empresas a se combinarem para fortalecer a sua capacidade de acessar mercados estrangeiros.

Este sistema fragmentado de regulação em rede oferece, contudo, um importante papel para os advogados. Tal papel está distante daqueles restritos aos tipos de estruturas jurídicas formais previstas pelos teóricos do aumento de “legalização” (Goldstein et al. 2001). Ao contrário, os advogados prosperam onde há ambiguidade e indeterminação das normas, interação e conflitos entre jurisdições e regimes, e qualquer forma de incerteza. Os profissionais do direito são os mestres da interpretação. Eles são capazes de fazer avançar a causa de seus clientes em uma disputa amigável com seus oponentes, mediando entre diferentes perspectivas e interesses e construindo acomodações na base de entendimentos comuns forjados no seu *habitus* social e intelectual (Bourdieu 1986, 1987).

Referências bibliográficas

American Banana v. United Fruit Co. (1909). 213 US 347. Sup. Ct. Bittlingmeyer (1985). "Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?" *Journal of Law & Economics* 28.

Baker, D. and D. B. Ayer (1993). "Anti-Trust Imperialism." *European Competition Law Review* 14(1).

Bourdieu, P. 1986. 'La Force du Droit. Elements pour une sociologie du champ juridique', *Actes de la Recherche en Science Sociales* 64: 3-19. Translated as Bourdieu 1987.

Bourdieu, P. 1987. 'The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field.', *Hastings Law Journal* 38.

Brinkley, A. (1993). "The Antimonopoly Ideal and the Liberal State: The Case of Thurman Arnold." *The Journal of American History* 80(2).

Burnside, A. and Y. Botteman (2004). "Networking Amongst Competition Agencies." *International Trade Law & Regulation* 10.

Campbell, D. (1993). Why Regulate the Modern Corporation? The Failure of 'Market Failure'. In J. McCahery, S. Picciotto and C. Scott (eds.), *Corporate Control and Accountability. Changing Structures and the Dynamics of Regulation*. Oxford, Clarendon Press.

Cornish, W. R. (1979). *Legal Control over Cartels and Monopolization 1880-1914. A Comparison Law and the Formation of the Big Enterprises in the 19th and Early 20th Centuries*. N. Horn and J. Kocka. Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht.

Davidow, J. (1981). "International antitrust codes: the post-acceptance phase." *The Antitrust Bulletin* 26.

Dell, S. 1990. *The United Nations and International Business*. Durham, N. Carolina: Duke University Press, for UNITAR.

Djelic, M.-L. (1998). *Exporting the American Model: the Postwar Transformation of European Business*. Oxford, OUP.

Djelic, M.-L. and Kleiner, T. 2006. 'The international competition network: Moving towards transnational governance', in M.-L. Djelic and K. Sahlin-Anderson (eds.), *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation* 287-307. Cambridge University Press.

Duxbury, N. (1990). "Some Radicalism about Realism? Thurman Arnold and the Politics of Modern Jurisprudence." *Oxford Journal of Legal Studies* 10(1).

Ehlermann, C. D. (2000). "The Modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution." *Common Market Law Review* 37.

Eisner, M. 1991. *Antitrust and the Triumph of Economics. Institutions, Expertise and Policy Change*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Fligstein, N. (1990). *The Transformation of Corporate Control*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Fox, E. M. 2003. 'International Antitrust and the Doha Dome', *Virginia Journal of International Law* 43.

Freedeman, C. E. (1993). *The Triumph of Corporate Capitalism in France 1867-1914*. Rochester NY, University of Rochester Press.

Freyer, T. (1992). *Regulating Big Business. Antitrust in Great Britain and America 1880-1990*. Cambridge, England, CUP.

Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe*. Oxford, OUP.

Goldstein J, Kahler M, Keohane RO, and Slaughter AM (2001) *Legalization and World Politics*. MIT Press.

Haley, J. O. (2001). *Antitrust in Germany and Japan, the First Fifty Years, 1947-1998* Univ. of Washington Press.

Halverson, J. T. (1991). "Antitrust in a Global Environment: Conflicts and Resolutions: Harmonization and Coordination of International Merger Procedures." *Antitrust Law Journal* 60(2).

Hawley, E. J. (1966). *The New Deal and the Problem of Monopoly. A Study in Economic Ambivalence*, Princeton University Press.

Horlick, G. N. and Meyer, M. A. 1995. 'The International Convergence of Antitrust Policy', *International Lawyer* 29.

ICN (2011). *The ICN's Vision for its Second Decade*, International Competition Network. International Competition Network, available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>

Joelson, M. R. (1976). "The Proposed International Codes of Conduct as Related to Restrictive Business Practices." *Law & Policy in International Business* 8.

Kassim, H. and K. Wright (2009). "Bringing Regulatory Processes Back In: The Reform of EU Antitrust and Merger Control." *West European Politics* 32(4).

Kohler-Koch, B. and R. Eising, Eds. (1999). *The Transformation of Governance in the European Union*. London, Routledge.

Kolko, G. (1963). *The Triumph of Conservatism: A Reinterpretation of American History*. NY, Collier Macmillan.

Kudo, A. and T. Hara, Eds. (1992). *International Cartels in Business History*. The International Conference on Business History 18. Tokyo, University of Tokyo Press.

Levy, N. 2003. 'EU Merger Control: From Birth to Adolescence', *World Competition* 26.

Maher, I. (2008). "Regulation and Modes of Governance in EC Competition Law: What's New in Enforcement?" *Fordham International Law Journal* 31(6).

Miola, I. (2014). "Law and the Economy in Neoliberalism: the Politics of Competition Regulation in Brazil". in "Renato Treves" *International PhD in Law and Society*. Milan: University of Milan.

Mogul Steamship case (1892). *Mogul Steamship Co Ltd v. McGregor, Gow & Co.* [1892] AC 25. HL.

Morgan, G. (2006). *Transnational actors, transnational institutions, transnational spaces: The role of law firms in the internationalization of competition regulation*. *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*. M.-L. Djelic and K. Sahlin-Anderson. Cambridge, Cambridge University Press.

Muchlinski, P. (2007). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford, OUP.

Neale, A. D. and M. L. Stephens (1988). *International business and national jurisdiction*. Oxford, Clarendon 1988.

Neumann, F. 1942. *Behemoth. Left Book Club edition*. London: Gollancz.

Noonan, J. T. (1976). *Persons and Masks of the Law*. New York, Farrar, Strauss & Giroux.

OECD 1977. *Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises*. Paris
OECD Committee of Experts on Restrictive Business Practices.

OECD (1987a). *Minimizing Conflicting Requirements, Organization for
Economic Cooperation and Development*.

OECD 1987b. *Competition Policy and International Trade*. Paris: OECD.

OECD 1994. *Merger Cases in the Real World - A Study of Merger Control
Procedures*. Paris: OECD.

Picciotto, S. (1983). "Jurisdictional Conflicts, International Law and the
International State System." *International Journal of the Sociology of Law* 11.

Picciotto, S. (2011). *Regulating Global Corporate Capitalism*, Cambridge
University Press.

Reader, W. J. (1975). *Imperial Chemicals Industries: A History. Vol. I: The First
Quarter-Century*. Oxford, OUP.

Showa Denko (2006). *Showa Denko KK v. Commission of the European
Communities*, Case 89/04 P. ECJ.

Sklar, M. J. (1988). *The Corporate Reconstruction of American Capitalism 1890-
1916. The Market, Law and Politics*. Cambridge, CUP.

Stocking, G. W. and M. W. Watkins (1946). *Cartels in action : case studies in
international business diplomacy*. New York, Twentieth Century Fund.

Stocking, G. W. and M. W. Watkins (1948). *Cartels or competition? : the
economics of international controls by business and government*. New York,
Twentieth Century Fund.

Tarbell, I. M. and D. M. Chalmers (1904/1966). *The History of the Standard Oil Company: Briefer Version*. NY, Harper & Row.

Timberg, S. 1955. 'Restrictive Business Practices as an Appropriate Subject for United Nations Action', *Antitrust Bulletin* 1.

UN 1974. *The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*. E/5500 rev.1. New York: United Nations.

UNCTAD (1997). *World Investment Report. Transnational Corporations, Market Structure, and Competition Policy*. Geneva, United Nations Conference on Trade and Development.

USA v. Sisal Sales Corp. (1927). 274 US 268. Sup. Ct.

Wall, J. F. (1990). *Alfred I. Du Pont. The Man and his Family*. NY, Oxford UP.

Weinstein, A. J. (1968). *The Corporate Ideal in the Liberal State 1900-1918*. Boston, MA, Beacon.

Wells, W. (2003). *Antitrust and the Formation of the Postwar World* New York, Columbia University Press.

Sobre o autor

Sol Picciotto

Professor emérito da Lancaster University (Reino Unido). Foi Diretor Científico do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati (IISJ). E-mail: s.picciotto@lancaster.ac.uk

O autor é o único responsável pela redação do artigo.