XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-805-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UFG UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

PPGDP Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Encontramo-nos dessa vez na encantadora Goiânia, capital do Estado de Goiás, importante polo econômico, que se destaca pelo maior índice de área verde por habitante do Brasil e pela forte influência da música sertaneja. Reunimo-nos no GT 40, "Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência", sendo coordenadores Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim e Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão. Na ocasião, tivemos o privilégio de atentamente ouvir e discutir temas atuais e relevantes: 1) As tabelas processuais unificadas do PJE-JT e a violação aos direitos da personalidade na relação de trabalho; 2) A indústria dos jogos eletrônicos: novas tecnologias e propriedade intelectual; 3)As patentes verdes no Brasil 2011-2016: uma análise dos dados obtidos nos primeiros anos do programa; 4)Concorrência desleal virtual: a prática do Cybersquatting no conflito entre as marcas e os nomes de domínio; 5) Uma análise da instrução normativa n. 95 do INPI e à luz da Teoria da Igualdade de recursos de Ronald Dworkin: as indicações geográficas e as comunidades internacionais; 6) A estrutura normativa de propriedade intelectual e a justiça global: uma abordagem a partir das doenças negligenciadas nos países do sul social; 7) Patente de invenção no setor farmacêutico e as ferramentas legais e/ou comerciais para o acesso do medicamento de alto custo no Brasil; 8) As propostas de mudanças legislativas sobre agrotóxicos frente aos objetivos dos direitos de propriedade intelectual: desenvolvimento ou colonialismo; 9) Venmo e a Teoria da Análise Econômica do Direito: um olhar sobre a aplicabilidade normativa do direito civil e do consumidor; 10) Blockchain, vulnerabilidade nas relações jurídicas negociais e a alternativa ao modelo hierárquico de certificação digital; 11) Patentes Biotecnológicas em matéria agrícola, patentes verdes e a possibilidade de uma função social pantentária; 12) Sham Litagation: uso abusivo do direito de petição e seus reflexos na Propriedade Intelectual e no Direito da Concorrência; 13) Impactos do Streaming no Direito Autoral: a questão da execução pública; 14) Repensando as interfaces do Direito da Concorrência.

No Brasil, as políticas públicas desempenharam um papel muito importante na consolidação da ordem republicana que, desde a origem, manteve traços antidemocráticos cujas raízes penetram profundamente nas estruturas existentes, fundindo-se a interesses sociais objetivos e contraditórios entre si.

As políticas públicas devem ser implementadas pelo Estado, no intuito de enfrentar os problemas sociais, dentre eles os relacionados à saúde, patentes no setor farmacêutico, patentes biotecnológicas, dentre outros. As políticas públicas aplicadas na prática podem contribuir substancialmente para a elevação do nível de qualidade de vida das populações.

Evidencia-se que as políticas públicas devem ser alvo da ação regulatória do Estado. Ademais, a promoção da saúde no Brasil deve remeter à reflexão sobre a elaboração e implementação de políticas públicas aplicáveis não somente para a área da saúde, como educação, habitação, transporte, cultura, lazer..., inclusive aquelas que contemplem necessidades da população idosa.

Ao tratar dos princípios informadores da Ordem Econômica, o art. 170 da Constituição Federal situa os fundamentos e os princípios a serem observados. E é com a livre concorrência que as empresas melhoram suas condições de competitividade e são forçadas a aprimorar sua tecnologia, qualidade e custos, oferecendo assim condições mais favoráveis ao consumidor, funcionando como uma mola propulsora da economia de mercado.

Evidencia-se que a concorrência constitui um primordial elemento para o desenvolvimento da economia, funcionando como a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico.

Há que salientar que o Estado age como verdadeiro empresário no intuito de corrigir as imperfeições concorrenciais e o parágrafo primeiro do art. 173 da Constituição Federal demonstra, claramente, que o Estado pode desempenhar um papel semelhante àquele cumprido pelas empresas privadas. Assim, o Estado abstrai-se de sua condição de Poder Público para atuar no meio dos particulares, na tentativa de instaurar uma convivência harmônica entre o setor público e o privado.

No Brasil, o esmaecimento da separação entre a esfera privada e a pública explicita-se no âmbito do econômico, quando o Estado se apresenta como uma espécie de sócio do capital privado, ainda que no plano das políticas públicas não se tenha verificado nenhuma iniciativa comparável ao modelo do Estado de Bem-Estar Social.

Evidencia-se que não há inovação sem concorrência. A Propriedade Intelectual existe para fomentar as inovações, mas não pode restringir a concorrência além do que seja razoável para esse objetivo. E nada disso vai funcionar se não houver políticas públicas favoráveis à inovação, que garantam à segurança jurídica para a Propriedade Intelectual e que coíbam abusos desse tipo de direito que prejudique a concorrência.

Falar da Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência é falar das áreas que interagem e se alimentam. Discuti-las em conjunto é um caminho importante para fomentar o desenvolvimento nacional.

Até em Belém do Pará, em novembro/2019.

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – FGV/UNISAL

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REPENSANDO AS INTERFACES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

RETHINKING THE INTERFACES OF ANTITRUST LAW

Juliana Oliveira Domingues [1]
Breno Fraga Miranda e Silva

Resumo

A pesquisa trata dos desafios impostos à política antitruste diante do crescimento de grandes empresas que não encontram barreiras para seu crescimento diante da aplicação do instrumental antitruste tradicional. Busca responder duas questões. i) se os instrumentais do antitruste estão aptos a enfrentar os desafios da chamada Revolução 4.0 e ii) se diante da interface da politica antitruste e da politica anti-corrupção seria factível uma convergência em nível global.

Palavras-chave: Defesa da concorrência, Anticorrupção, Compliance, Regulação, Antitruste

Abstract/Resumen/Résumé

The research deals with the challenges imposed by antitrust policy in the face of the growth of large companies that do not find barriers to their growth in the face of the application of traditional antitrust instruments. It seeks to answer two questions. i) whether the antitrust instruments are able to face the challenges of the so-called Revolucion 4.0; and ii) if convergence at the global level is possible in the face of the antitrust policy and anti-corruption policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Competition, Anticorruption, Compliance, Regulation, Antitrust

[1] Professora de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Visiting Scholar pela Georgetown University. International Scholar pela American Bar Association – Antitrust

INTRODUÇÃO

Com o incremento, em nível mundial, das políticas públicas voltadas ao combate à corrupção e uma maior colaboração internacional, passa a ter mais relevância a análise do impacto dessas políticas na regulação antitruste.

Nossa reflexão tem como questionamentos centrais: i) se os instrumentais do antitruste estão aptos a enfrentar os desafios da chamada Revolução 4.0 e ii) se diante da interface do direito antitruste com os instrumentos que enfrentam a corrupção seria factível a ampliação de políticas anticorrupção, em nível global.

O método de procedimento utilizado foi do tipo exploratório, trazendo autores mais contemporâneos quer procuram trabalhar a ideia de um novo paradigma antitruste, assim como a compreensão das funções regulatórias. Foi utilizada a técnica de pesquisa documental indireta primária e, supletivamente, o suporte de pesquisa bibliográfica.

No desenvolvimento da pesquisa foram trabalhados aspectos que relacionam microeconomia e os parâmetros de regulação anticorrupção em âmbito mundial, apontando que a ideia de convergência das políticas anticorrupção em nível mundial não seria factível ainda que muitas operações sejam globalizadas diante do enfraquecimento da Organização Mundial do Comercio (OMC) e ausência de uma autoridade compatível para essa tarefa.

2 REPENSANDO O DIREITO ANTITRUSTE: SEUS OBJETIVOS E SEUS INSTRUMENTOS NECESSITAM DE READEQUAÇÃO?

Para analisar os objetivos da defesa da concorrência, abordaremos as externalidades da aplicação dos instrumentos antitruste, assim como discutiremos se os critérios de aplicação da regulação - como a análise sobre a produção, o consumo e a eficiência - são suficientes para validar a atuação sobre as estruturas de mercado, as práticas corporativas e, em especial, controlar o tamanho das empresas.

Há uma clara divisão entre os argumentos trazidos pelos diversos autores que tratam o tema. Aqui escolhemos alguns mais contemporâneos para destacar a complexidade da questão. Por exemplo, de um lado se posicionam Hovenkamp (2017, p. 2) e Orbach e Rebling (2012, 113), assumindo uma visão claramente favorável à Escola de Chicago, na medida em que sustentam que a análise antitruste deve ser baseada em critérios econômicos objetivos e mensuráveis e deve ter seu foco no bem estar do consumidor (HOVENKAMP 2017, p. 02) e

no combate às práticas anticompetitivas, sustentando que o tamanho das empresas[1] não necessariamente seria um problema por si só, e por isso não deveria receber atenção especial da regulação antitruste, sob pena de criar ineficiências no mercado (ORBACH; REBLING, 2012, p. 633).

De outro lado, Bogus (2015, p.113-114) argumenta haver a necessidade de um novo paradigma antitruste, o qual pudesse ser acrescido ao estudo das eficiências de mercado e da manutenção do bem estar do consumidor, considerando as consequências econômicas e os efeitos sócio-políticos advindos do exercício do poder econômico consolidado, apresentando uma narrativa claramente utilizada para combater o gigantismo das empresas e defender que as fusões - e o aumento da produção econômica – não necessariamente são positivas para a economia e para a sociedade.

Assumindo a desigualdade de renda como um problema a ser solucionado, Hovenkamp (2017, p. 02), afirma que a distribuição de renda não seria um objetivo primário para a maioria das políticas antitruste. Neste contexto, entende que políticas públicas especificamente voltadas para a distribuição de renda, que tivessem passado formalmente pelo processo legislativo, seriam, portanto, mais representativas e eficazes para o seu objetivo final do que a utilização dos processos judiciais relacionados ao antitruste.

Por outro lado, a aplicação da regulação antitruste invariavelmente afetaria a distribuição de renda, por meio do aperfeiçoamento da competitividade e eficiência dos mercados, critérios que Hovenkamp atribui como principal ligação entre o antitruste e o tema de distribuição de renda (HOVENKAMP 2017, p. 02).

Citando Bork, Hovenkamp considera o bem estar do consumidor como o "único parâmetro capaz de uma razoável implementação" pelo antitruste e apresenta o debate sobre a divisão dos objetivos do antitruste entre "bem estar geral" e "bem estar do consumidor" (HOVENKAMP, 2017, p. 02), na medida em que o primeiro estaria contemplado pela mensuração da economia neoclássica que considera o bem estar como um todo - não só dos consumidores, mas também dos produtores, trabalhadores e dos outros competidores – e o segundo estaria baseado na análise exclusiva sobre o bem estar do consumidor.

Sobre esta última abordagem, Hovenkamp (2017, p. 03-04) justifica a aplicação da abordagem exclusivamente favorável ao consumidor sob três argumentos: "1) história legislativa, 2) princípios e 3) preocupações administrativas". Assim, passa-se a discutir novamente o modelo de "*welfare tradeoff*" proposto por Oliver Williamson (1966, p. 18 *apud*

[1] Para uma abordagem completa desta questão veja-se o livro *The Curse of Bigness* de autoria de Tim Wu. WU, Tim. The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age. 1ª Ed. Columbia Global Reports, 2018.

HOVENKAMP, 2017, p. 03-04) para fortalecer a aplicação da análise antitruste favorável ao bem estar do consumidor, uma vez que, dada a dificuldade em mensurar economicamente as perdas do consumidor - e a jurisprudência ter demonstrado que as fusões não são aprovadas caso esteja evidente algum prejuízo ao consumidor -, não haveria um *tradeoff* a se considerar, uma vez que o interesse do consumidor prevaleceria enquanto interesse a ser tutelado" (HOVENKAMP, 2017, p. 03-04).

Ou seja, o debate corrente nos EUA sustenta que o único caminho a ser perseguido pelo antitruste é encorajar a maximização da produtividade e da eficiência do mercado, ao invés de prejudicar as empresas que trazem preços baixos e produtos de qualidade ao consumidor. Para Hovenkamp, o antitruste não deveria condenar as práticas que eventualmente reduzam os preços e custos de uma empresa – ou aumentem a qualidade dos seus produtos - em prejuízo dos seus rivais, fornecedores ou até empregados (HOVENKAMP, 2017, p. 05-06), a não ser que estas práticas signifiquem a criação de um monopólio. Para fins de argumento, exemplifica citando o caso da *Amazon*, sobre o qual, para o autor, não restaram demonstrados os comportamentos predatórios ou o exercício de poder por meio de um alegado monopsônio[2].

Tendo em vista os argumentos apresentados, torna-se imprescindível firmar um contraponto ao que Hovenkamp sustenta, na medida em que é perceptível que a estrutura da análise antitruste, especialmente pela exclusividade de atenção ao bem estar do consumidor, não está equipada para capturar a atual arquitetura de poder de mercado online, quando consideramos apenas critérios de preço, produtividade e eficiência, uma vez que não há a apreciação devida aos riscos trazidos pelos preços predatórios e como a sua integração com a linha de produção do negócio pode ser prejudicial para a concorrência.

Neste sentido é necessário citar Khan (2017, p. 803) para afirmar que "deveríamos substituir a abordagem que analisa estritamente o bem-estar do consumidor por uma abordagem orientada a preservar o processo competitivo e a estrutura de mercado". O estudo de Khan procurou evidenciar o domínio da *Amazon* sobre as infraestruturas essenciais aos negócios online, assim como a estratégia adotada pela empresa. Trata-se de texto muito comentado entre os pesquisadores da matéria que não seguem o *mainstream*, uma vez que evidencia que os instrumentos tradicionais não compreenderiam o "gigantismo" da empresa como um elemento

[2] Em sentido contrário, é importante fazer menção à opinião de Lina Khan (2017), a qual entende que a atual configuração da análise antitruste, especificamente no que diz respeito aos critérios de bem-estar do consumidor que se direcionam exclusivamente aos efeitos relacionados aos preços, não está equipada para capturar a atual arquitetura do poder de mercado na economia moderna, de modo que não consegue reconhecer os danos potenciais à concorrência, originados da dominância da Amazon. – KAHN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal v. 126, n. 3, January 2017, p. 784-805.

passível de afetar o bem-estar social ou de despertar algum controle por meio do antitruste (KHAN, 2017, p. 803).

Entretanto, Hovenkamp, ao assumir uma postura que defende os aspectos econômicos mensuráveis e com o objetivo maior de proteção ao interesse do consumidor entende que o antitruste não deve endereçar sua regulação buscando uma interferência política. Explica que este posicionamento por uma interpretação sem viés político na análise antitruste, poderia ser considerada também uma posição ideológica, através da qual se opta a basear e justificar o antitruste exclusivamente pelos critérios econômicos (HOVENKAMP, 2017, p. 01).

Diante desse cenário com polaridades distintas, parece ser oportuno recuperar a discussão trazida por Pitofsky e reiterar o posicionamento pela necessidade de reconhecer que os critérios não-econômicos e políticos devem ser assimilados pelo instrumental antitruste como passíveis de aplicação (PITOFSKY, 1979, p.4).

No que diz respeito tanto ao histórico quanto à atual realidade do antitruste no Brasil, entendemos que qualquer análise que possa ser feita contribui para a afirmação de que nem sempre os critérios não-econômicos deixaram de estar presentes nas análises oferecidas pelo CADE. Seja pela tentativa de convergência entre as jurisprudências mundiais no que diz respeito às fusões que abrangem a autorização por mais de uma autoridade antitruste, seja pelas motivações políticas que justificaram a alteração da legislação antitruste em 2011 – a exposição de motivos da nova lei demonstra uma preocupação voltada para impedir uma nova ocorrência de discussão judicial como ocorrida no caso 'Nestlé/Garoto" -, o histórico antitruste no Brasil está abrangido por critérios não-econômicos sob a sua análise, ainda que indiretamente. De todo modo, não se deve presumir que haja sensação de protecionismo econômico ou que tais fatores exógenos possam caracterizar falta de *accountability* por parte do órgão judicante.

2.1 Fantasmas atuais do antitruste

Atualmente, em âmbito internacional, existe forte debate sobre o que os americanos denominam de "*too big to fail*[3]" que exploraremos mais à frente. Observamos que Orbach e Rebling buscam "desfazer o que denominaram como 'fantasmas da anti-grandeza' das empresas" na aplicação das leis concorrenciais. Dividindo a sua descrição entre "tamanho absoluto" – onde se deve considerar o aspecto econômico da empresa sem comparação com

[3] Esta expressão caracterizaria o pensamento que argumenta que quanto mais as empresas crescem, se torna mais difícil que elas falhem ou venham a ter problemas econômicos. ORBACH, B & REBLING, G. The antitrust curse of bigness. 85 Southern California Law Review 605, 2012.

seus rivais - e "tamanho relativo" – onde seria necessário assumir as especificidades relativas às análises metodológicas sobre o *market share* para deduzir o tamanho das empresas – os autores buscam defender que há uma confusão entre as noções de tamanho das empresas e consequentemente uma associação errônea entre o tamanho de uma grande empresa e os prejuízos experimentados pelos pequenos produtores que seriam seus concorrentes (ORBACH; REBLING, 2012, p. 625).

Para fortalecer o seu entendimento, Orbach e Rebling traçam o ideário do antitruste desde o seu nascimento no século XIX nos EUA, debatendo o entendimento originado pelos *Justices Louis Brandeis* e *William Douglas*[4]. Para ambos, o aumento do tamanho das empresas deveria ser combatido, pois contribuiria diretamente para o controle de preços, o exercício do poder econômico sobre a política e para a submissão do trabalho ao capital, momento em que atribui à influência dos entendimentos jurisprudenciais ao crescimento do medo por conviver com corporações gigantes (ORBACH; REBLING, 2012, p. 608).

Dando sequência, Orbach e Rebling buscam mostrar como se deu a ascensão do entendimento pela relativização do tamanho das empresas, apresentando o modelo de *Cournot* (ORBACH; REBLING, 2012, p. 633). O Modelo de *Cournot* indica *que* os produtos seriam homogêneos e as empresas competiriam em quantidade e escolheriam as quantidades simultaneamente, sendo o preço inversamente relacionado ao número de empresas no mercado, o que incentivaria as empresas a praticar colusão, reduzir quantidade e aumentar preços[5].

2.2 Teoria do Tamanho Relativo

Diante deste contexto, apresenta-se a teoria do tamanho relativo como principal instrumento usado para detectar a utilização de poder monopolista, a qual seria dividida entre dois principais aspectos de análise: (i) existência de imposição unilateral da vontade da empresa ao mercado; (ii) efeitos dos tamanhos das empresas rivais para a concorrência naquele mercado.

[4] Louis Brandeis foi advogado e *justice* na Suprema Corte Americana. Ainda no início da carreira passou a ser conhecido como o "advogado do povo" por suas representações em oposição ao aumento da influência do poder econômico que as grandes empresas da época – como a Standard Oil, por exemplo - passaram a exercer no início do século XX. Atuando como *justice* contribuiu significativamente para a aplicação do direito antitruste. Já William Douglas foi *scholar* na universidade de Columbia e se tornou *Justice* na Suprema Corte Americana, atuando em defesa das liberdades civis, da livre iniciativa e livre concorrência (ORBACH, 2012, p.624).
[5] Mais sobre o equilíbrio de Cournot em Domingues, Gaban, 2016, nota 825.

Orbach e Rebling (2012, p.635) citam ainda o '*Lerner Index*" como método econômico apropriado para definir os graus de monopólio, juntamente com o método de *Cournot*, do desenvolvimento da análise "estrutura-conduta-desempenho"[6].

Como reflexo desse suposto medo da grandeza das empresas, *Orbach* e Rebling afirmam que a aplicação contemporânea do antitruste é indiferente ao tamanho absoluto da empresa e se utilizam da teoria do tamanho relativo sem, contudo, perder a percepção de que o tamanho – qualquer que seja sua característica - deva ser objeto de apreciação pelo antitruste (ORBACH; REBLING, 2012, p. 653).

Para ilustrar o que o autor chama de "medo do tamanho", vale a pena trazer a análise de três doutrinas que os autores exploram sobre as quais entende que há evidente influência da busca pela regulação por meio do tamanho: *monopoly broth*; *essential facilities*, e *levarage theory* (ORBACH; REBLING, 2012, p. 640-642).

Iniciando pela *Monopoly broth*, os autores atribuem a esta o título de teoria mais abstrata e poderosa da estrutura de análise antitruste, na medida em que propõe que, em casos de monopolização, a conduta deve ser analisada em sua completude (ORBACH; REBLING, 2012, p. 640).

A ideia central é a de que a empresa, pelo seu tamanho, poderia se valer de várias práticas que, combinadas, preservariam a sua posição monopolista. Neste sentido, é possível observar uma consonância entre a teoria aqui descrita e algumas ideias de Khan, já apresentadas neste artigo, a qual estuda o caso do crescimento da empresa *Amazon* para analisar como a análise antitruste poderia ser aperfeiçoada (KHAN, 2017, p. 785).

A segunda teoria analisada versa sobre as *essential facilities*, cuja aplicação sofre críticas dos autores por significar uma adição de custos administrativos ao detentor do respectivo ativo e pelo fato deste ativo supostamente poder ser substituído, o que, por si só, questionaria a aplicação da teoria e desestimularia o desenvolvimento por ativos alternativos (ORBACH; REBLING, 2012, p. 640-645).

Atualmente esse assunto é ainda mais relevante, na medida em que a revolução da economia digital (Internet das Coisas[7]) que estamos presenciando transformou os dados dos

---

[6] Neste sentido: "A política antitruste tradicionalmente associada a essa escola (Harvard) foi representada por Areeda, Turner e Sullivan. A sua base normativa está no modelo de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D), desenvolvido pioneiramente por Mason (1939) e Clarck (1940). [...] Os modelos de E-C-D demonstram que a elevação das barreiras à entrada e a redução do número de vendedores facilitam a coordenação entre *players* (conduta), elevando a probabilidade de que os preços praticados no interior do mercado analisado sejam maiores que os do custo médio marginal a longo prazo (desempenho). Cf. Domingues e Gaban, 2016, p. 88-89.

[7] Neste sentido, é o conceito do termo: "A "Internet das Coisas" é uma frase conceitual [...] projetada para caracterizar esta grande transformação na evolução da Internet: sua expansão além da comunicação entre pessoas, ou entre pessoas e conteúdo de informação, e em bilhões de objetos do cotidiano. Os sistemas de IoT envolvem a

consumidores em verdadeiras *commodities*, trazendo preocupações concorrenciais reais sobre a possibilidade de acesso a esses dados (ou sobre a forma de captação desses dados) pelas outras empresas entrantes neste mercado, podendo ser considerados *essential facility*, guardadas as especificações de eventuais casos concretos.

A terceira teoria citada, trata-se da *Levarage Theory*. Por meio dela que se busca identificar e combater "a extensão de um poder monopolista de um mercado sobre outro mercado, por meio de práticas exclusionárias" (HOVENKAMP, 1985, p. 515-516).

Sobre esta teoria, Orbach e Rebling se filiam à Escola de Chicago para levantar críticas, ao afirmar que "haveria um entendimento errado sobre a percepção fixa da demanda e que um monopolista não poderia, hipoteticamente, extrair lucro através da criação de restrições a produtos complementares aos seus" (POSNER, 2001, p. 155-157 *apud* ORBACH; REBLING, 2012, p. 640). Entretanto, os autores reconhecem que a teoria tem valor ao identificar o exercício de poder em mercados cruzados, mas afirma que este poder não necessariamente estaria vinculado ao tamanho da empresa (ORBACH; REBLING, 2012, p. 640-642).

Por fim, Orbach e Rebling analisam a política denominada *Too big to fail* (TBTF), analisando os seus primórdios – em 1984 com o socorro ao Continental Illinois National Bank[8] – até a crise de 2007/2008. Evitando atribuir culpa ao tamanho dos bancos, o autor traz a ideia de risco sistêmico como a primeira preocupação que deve ser evitada (ORBACH; REBLING, 2012, p. 646).

Ao dividir a política TBTF no setor financeiro em duas grandes linhas de atuação[9] Orbach e Rebling argumentam que o antitruste não tem instrumentos para explorar quando uma instituição financeira é significativa para o sistema a ponto de não poder quebrar e que o tamanho da empresa no setor financeiro tem extrema importância, uma vez que traria restrições à eficiência do mercado e que os instrumentos de redução de riscos sistêmicos seriam suficientes para regular a matéria (ORBACH; REBLING, 2012, p. 646-648).

Sustentando pelo combate ao entendimento do tamanho da empresa como uma opção de análise antitruste e reconhecendo o crescimento da perspectiva da análise que leva este

---

aquisição de dados de sensores e entrega de instruções para dispositivos que fazem interface com ou fazem parte do mundo real." (DENARDIS; RAYMOND, 2017, p. 477) (tradução livre)

[8] Mais informações sobre este caso podem ser acessadas na pesquisa Continental Illinois and "Too Big to Fail," in An Examination of the Banking Crises of the 1980s and Early 1990s, https://www .fdic.gov/bank/historical/history/235_258.pdf

[9] As linhas se dividiriam entre (i) decisões de intervenção devem ser baseadas na proteção aos créditos não segurados e (ii) os bancos centrais somente poderiam intervir se houvesse um nítido prejuízo à saúde econômica como um todo. ORBACH, B & REBLING, G. The antitrust curse of bigness. 85 Southern California Law Review 605, 2012.

aspecto em consideração, os autores mantém seus argumentos de que a teoria do tamanho das empresas não é factível, em que pese a manutenção da narrativa contra o tamanho exacerbado nas corporações (ORBACH; REBLING, 2012, p. 649).

Apesar das discussões ainda não conseguirem trazer um caminho seguro para o enfrentamento que os novos fenômenos e desafios trazem ao antitruste, os efeitos sociais e não-econômicos em geral costumam ser considerados em muitas jurisdições para fins de análise antitruste. O debate elucidado acima coloca em questão a necessidade de se repensar a finalidade da análise antitruste e, também, se os instrumentos tradicionais estariam aptos a dar respostas adequadas diante das novas tecnologias.

3. Um novo paradigma para a análise antitruste

Dando continuidade ao debate mais recente sobre a análise dos objetivos do direito da concorrência, é necessário analisar o pensamento de Bogus (2015, p. 85-86), o qual assume que o senso comum entende que a análise antitruste não deveria abranger aspectos sociais e não-econômicos, pois estes assuntos não seriam suscetíveis de uma análise objetiva.

Entretanto, o autor busca criticar o pensamento predominante da Escola de Chicago, para descrever como a análise antitruste vem mudando e se descolando da defesa estrita do bem-estar do consumidor. Neste sentido, traz argumentos contrários às afirmações de Bork, ao afirmar que o antitruste teria dois vieses: i) econômico - que se ocuparia de cálculos de preços e aplicação de modelos matemáticos, e; ii) político - que se ocuparia dos efeitos políticos e sociais do poder consolidado (BOGUS, 2015, p. 14-16).

O autor examina as preocupações com o poder econômico consolidado, observado sob algumas indústrias em específico. Por exemplo, cita o mercado de químicos, por meio da Monsanto[10]; indica a internet, por meio da *Google*[11] e da *Amazon*[12], dentre outros. Com base no contexto desenhado, o autor busca retomar a metodologia proposta pelo *Justice Brandeis* para observar que, se houver permissão para as empresas se tornarem muito grandes, elas não seriam mais *too big to fail* mas seriam sim "*too powerful to regulate*" (BOGUS, 2015, p. 114).

Por fim, o autor discute ainda as consequências do gigantismo corporativo e propõe um novo paradigma antitruste que considere os efeitos do poder econômico consolidado.

---

[10] Monsanto Signs Five Corn Seed Deals, CHEMICAL WK. (Sept. 7, 2005), available at 2005 WLNR 25475530. Cf. Bogus, 2015, p 102.
[11] Podem ser citadas como exemplo a aquisição pelo Google da DoubleClick.
[12] Podem ser citadas como exemplo as aquisições pela Amazon da Goodreads e da Zappo.

Ao propor uma mudança na política antitruste, Bogus (2015, p.114) reflete sobre a forma de atuação dos dois principais presidentes dos EUA que marcaram a aplicação da legislação antitruste: Thomas Woodrow Wilson e Theodore Roosevelt Jr (BOGUS, 2015, p.114).

Por meio da reflexão o autor pontua a atuação de Wilson como a assunção da retórica do *Justice Brandeis*, na medida em que entendia que as grandes corporações, no geral, seriam indesejáveis. Também atribui à atuação de Roosevelt o entendimento das grandes corporações como um prejuízo inevitável, uma vez não sendo possível o impedimento ao gigantismo, os governos nacionais deveriam se mostrar fortes o suficiente para manter as grandes corporações controladas. (BOGUS, 205, p. 114).

Bogus (2015, p. 9) afirma que o "gigantismo é camuflado ao nível de revenda, caracterizando um capitalismo de deslocalização, com efeitos prejudiciais para as economias regionais e locais que têm as suas empresas locais vendidas para as grandes corporações", perdendo tanto no que diz respeito à sua cultura empreendedora quanto na atividade econômica. Ou seja, sua linha de pensamento entende que as aquisições, no geral, presumem uma centralização geográfica da administração do negócio e aprimoramento na gestão do trabalho dos empregados, objetivando o aumento da produtividade (BOGUS, 2015, p. 9).

Ainda para o autor, quando as empresas se tornam grandes e consolidadas, a liberdade individual – inclusive no quesito poder de escolha e de compra[13] - é diminuída e o emprego tende a sofrer pressões de mercado. Atribuindo a injustiça salarial entre executivos e empregados médios como um dos reflexos diretos do tamanho da empresa, Bogus acredita que um dos problemas principais do gigantismo das empresas seria a "fluidez do poder político e econômico para a mão de poucos" (BOGUS, 2015, p. 2) e que estaríamos vivendo uma nova "*gilded age*", baseada no *rent-seeking* e no sistema de bem-estar corporativo *(corporate welfare).*

É curioso notar como a preocupação esmiuçada acima ecoou também nos textos de outros autores. Neste sentido Streek (2013, p. 70) critica a financeirização por meio de políticas

[13] Sobre o tema do poder de escolha e de compra, Paul Nihoul (2012) explica: "In the last years, the European Commission has adopted landmark decisions placing to the foreground a concept that had so far gained limited attention – the concept of choice, that is, the possibility, and the right, for customers, to choose freely the products/services best corresponding to their needs, and the economic partners they want to deal with. That new approach has not been limited to decisions issued by that institution but has also been adopted by the European courts, i.e. the General Court and the Court of justice, which, within the Union, have the highest authority to interpret European law, including the rules of competition. The consequence may be a radical transformation of the justifications used by European institutions to explain their decision to intervene, or not, in given cases." (NIHOUL, 2012, p. 1-2)

monetárias geradoras de inflação elevada, criando uma “desvalorização dos capitalistas e dos mercados financeiros, atribuída a um crescente conflito social e das classes”.

No mesmo sentido, veja-se o pensamento de Varoufakis (2013 p. 138) que considera o mercado financeiro dos EUA como o “principal mecanismo global de reciclagem de excedentes” criador dos déficits gêmeos (orçamentário e fiscal) sob os quais a crise de 2008 ganhou corpo e hoje se mostram economicamente enfraquecidos.

Streek e Varoufakis são autores que reforçam o ideário que justifica a necessidade de intervenção sistêmica no sistema financeiro observando, inclusive, o tamanho das corporações. Neste sentido, acreditamos que tais reflexões e propostas poderiam ser transportados para o instrumental antitruste, sob a condição da criação de critérios que pudessem, de alguma forma, ser melhor analisados de forma objetiva.

Por fim, Bogus (2015, p. 120) argumenta que não são todas as fusões e aquisições que fazem sentido enquanto decisões racionais, na medida em que as pessoas, e consequentemente as corporações formadas por elas, são caracterizadas por mais do que racionalidade: há desejo, esperança, medo, entre outros fatores, que influenciam diretamente a tomada de decisão sobre fusões e aquisições.

Diante do disposto, é necessário considerar como válidos os entendimentos sobre a premência de um novo paradigma para a análise antitruste que possa assumir a necessidade de abranger aspectos não-econômicos, reconhecendo que há outros pontos a serem analisados além da produção, do consumo e da eficiência.

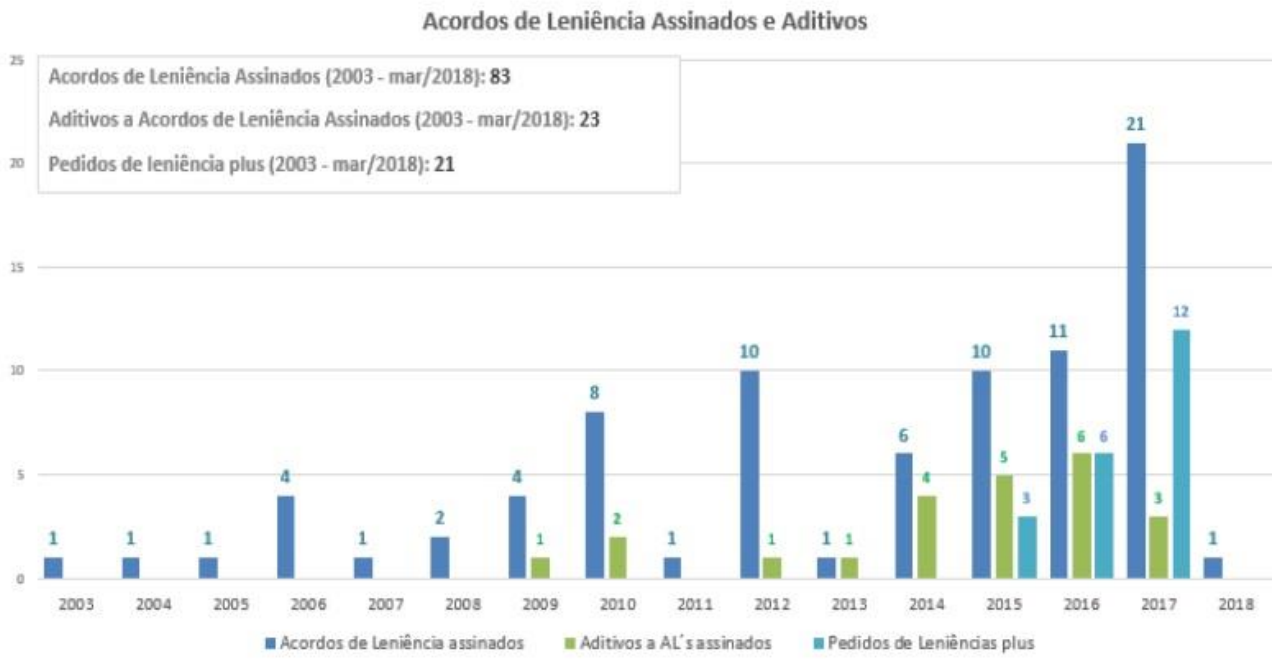
Contudo, para que isso possa se efetivar enquanto instrumental antitruste, entendemos ser imprescindível ajustar estas novas métricas para que possa ocorrer uma abordagem que se mantenha técnica e que diminua uma eventual discricionariedade do poder regulador.

4. A relação entre corrupção e mercados competitivos

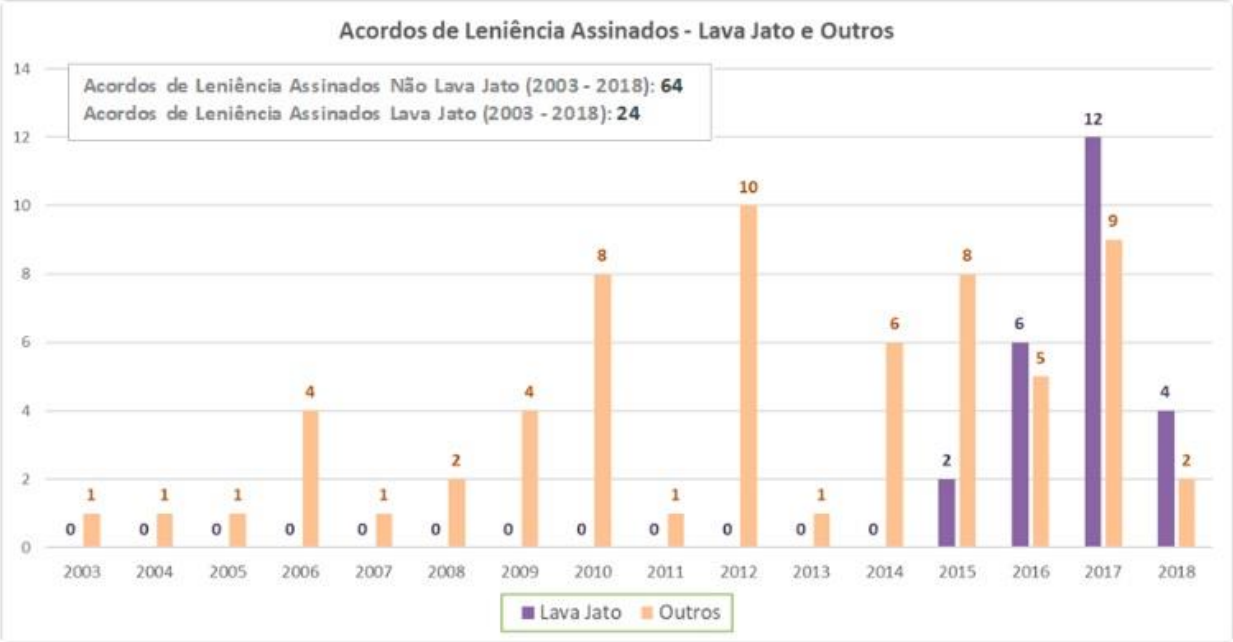
Outro desafio ao antitruste reside na necessária análise interdisciplinar quando o antitruste se encontra com casos que também estão tipificados como corrupção. Com o incremento, em nível mundial, das políticas públicas voltadas ao combate à corrupção e uma maior colaboração internacional, é necessário analisar os melhores instrumentos de enfrentamento a este tema.

A ligação do antitruste com a corrupção é bastante evidente. Apenas a título exemplificativo, veja-se o impacto da operação lava-jato no sentido de impulsionar os acordos

de leniência na SG do CADE (gráficos logo mais abaixo). Para se ter uma ideia sobre a quantidade de acordos de leniência celebrados pelo Cade, apresentamos a tabela que demonstra o aumento da celebração dos acordos de leniência e o comparativo:



Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia



Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia

Desta forma, os gráficos apontam a evidente a impulsão da celebração dos acordos de leniência na Superintendência Geral do Cade pela operação Lava Jato, a qual, abrange vários casos e mercados identificados onde existem problemas concorrenciais e que também não estão desvinculados de questões que envolvem corrupção.

As operações policiais que surgiram nos últimos anos no país criaram uma verdadeira demanda por serviços de consultoria e assessoramento voltados à celebração de acordos de leniência no âmbito da regulação antitruste, os quais experimentaram um incremento substancial depois da promulgação da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Destas circunstâncias é possível depreender que a comunicação entre os órgãos de investigação é necessária e traz eficiência à atuação ao poder público. Por outro lado, para que haja alguma cooperação por parte do administrado, esse trabalho em conjunto demanda também alguma uniformização de entendimento por parte dos reguladores.

A prática de cartel se mostra frequente no ordenamento jurídico brasileiro e, quando se trata de cartéis em licitações, as chances de existir também os tipos penais relacionados à corrupção são altas. Desta forma, como a competência do órgão antitruste não autoriza uma abordagem que ultrapasse a responsabilização civil, é necessário e saudável o compartilhamento da atuação.

4.1 Estamos preparados para uma convergência global?

Nesta parte deste estudo, gostaríamos de fazer uma menção especial a um artigo de 2012 do professor Paul B. Stephan da Universidade da Virginia que traz ideias provocativas - e ao mesmo tempo polêmicas - sobre a convergência da regulação da concorrência e da política anticorrupção.

Stephan divide-se em três pontos para tratar da relação entre regulação antitruste e a política anticorrupção: i) teoria geral da regulação antitruste, ii) política antitruste e a relação entre esta última e a iii) política anticorrupção.

Em linhas gerais, o autor busca analisar se uma concorrência, em âmbito internacional, entre os sistemas regulatórios nacionais de combate à corrupção significaria um aumento ou diminuição do bem-estar geral global. Em conclusão, o autor não vê grandes prejuízos à sobreposição das estruturas nacionais anticorrupção, de modo que a OMC serviria justamente como última fronteira para as discussões sobre abusos de políticas anticorrupção que eventualmente sejam utilizadas como barreiras ao livre comércio (STEPHAN, 2012, p. 69).

Ainda segundo o autor a sobreposição das estruturas regulatórias faria com que os Estados mais "fracos" neste aspecto se submetessem à regulação mais rígida dos demais, principalmente das nações desenvolvidas (STEPHAN, 2012, p. 68-69)[14]

Inicialmente o autor trata da teoria geral da regulação pela concorrência, trazendo a dinâmica de Tiebout[15] como ilustrativa para o tipo de regulação que não considera externalidade. Em seguida, apresenta considerações sobre como as externalidades e a política econômica podem produzir efeitos negativos para o bem-estar geral (como no caso das empresas produtoras de produtos tóxicos que são exportados e consumidos em outro país e, por conta disso, o produtor não internaliza completamente os custos, o risco e o potencial prejuízo social e ambiental no seu negócio). Há ainda a dinâmica que Stephan denominou "*race to the bottom*", que seria a pressão que os países enfrentam para diminuir as suas respectivas regulações para evitar que os investimentos escoem para jurisdições menos reguladas (STEPHAN,2012, p. 55).

O segundo ponto que o autor levanta é a incapacidade dos Estados de capturar os benefícios das externalidades, o que faz com que não tenham o incentivo correto para produzir um nível ótimo de regulação. Como exemplo, o autor cita o mercado de créditos de carbono, diante do qual os benefícios são repartidos em nível mundial, de modo que todos os Estados têm incentivos para serem *free riders* diante dos demais (STEPHAN, 2012, p. 55).

Como terceiro ponto de discussão, o autor traz a percepção de que os produtores têm um poder de captura muito mais expressivo do que os consumidores em geral, de modo que a regulação tem a tendência de refletir os interesses e preferências dos produtores e beneficiar os interesses de determinados grupos econômicos, em restrição dos demais atores econômicos

---

[14] Por fim, para analisar o contexto e a interrelação entre a defesa da concorrência e combate à corrupção é necessário tratar da pesquisa realizada por David Lewis, diante da qual é possível extrair o conceito econômico de renda14, a categorização para o conceito de corrupção, bem como a relação entre corrupção e concorrência e as sugestões para o aperfeiçoamento dessa relação. Uma das argumentações marcantes da pesquisa é a de que baixos níveis de concorrência levam ao aumento de renda pelos concorrentes e assim aumentam o potencial retorno dos incentivos para se utilizar de atos de corrupção. A relação contrária também pode ser afirmada da mesma forma: altos níveis de corrupção favorecem a construção de mercados com baixos níveis de concorrência. A impressão que o texto deixa é de que o principal problema a ser enfrentado pela estrutura regulatória é o *rent-seeking*. Se, por um lado, a necessidade de utilizar o *enforcement* dos dois contextos regulatórios – antitruste e política anticorrupção para se fortalecerem mutuamente parece ser intuitiva, o mesmo não se pode falar do *rent-seeking* Sobre este tema é necessário criar um contraponto, na medida em que muitas vezes é impossível o cálculo prático dos gastos em *rent-seeking*. Sua importância para a análise de atuação institucional do Estado na concessão de direitos e na regulação deriva, necessariamente, de sua capacidade de demonstrar *a priori* a dissipação do valor da riqueza no próprio processo da busca desses direitos. Sem essa demonstração *a priori*, a teoria tende a perder sua força analítica em função da indeterminação do seu modelo. Cf. LEWIS, 2014, p. 22-24.

[15] Charles Tiebout produziu a "teoria dos gastos locais" que trata da forma pela qual devem ser providos os bens públicos de acordo com as preferências dos habitantes de diferentes localidades, de forma que se consiga "forçar o eleitor a revelar suas preferências, satisfazê-lo da mesma forma que o mercado de bens privados o faz e, também, taxá-lo adequadamente" (TIEBOUT, 1956, p. 417-418).

(STEPHAN, 2012, p. 55-56). Diante disto, o autor postula que nesta seara não existiria uma solução *one size fits all*, de modo que uma análise sobre as particularidades dos mercados e das regulações se faz necessária para determinar o custo marginal e os benefícios de uma cooperação regulatória (STEPHAN, 2012, p. 57). Stephan argumenta pelo potencial da política econômica em diminuir o bem-estar geral e afirma que a regulação pela concorrência pode facilmente servir para fins protecionistas (STEPHAN, 2012, p. 69).

Diante deste cenário, o autor defende vantagens da multirregulação, de modo que os mercados situados em países com instituições com regulações fracas na seara concorrencial e de anticorrupção se mostram em desvantagem diante das estruturas com melhor regulação, na medida em que os investidores vêm se mostrando adversos ao risco de se inserirem em mercados mais "abertos" à corrupção e futuramente se verem imersos em problemas legais nos seus próprios países de origem.

Em que pese o entendimento explicitado por Stephan ser carismático, acreditamos que a ideia de sobrepor estruturas regulatórias e concentrar as atividades regulatórias na OMC não é factível. O órgão vem sendo cada vez mais fragilizada diante de posturas nacionalistas de seus atores mais fortes. A Rodada Doha tem sido clara em evidenciar que, neste momento, a OMC não teria capacidade de absorver atividades alheias às funções que já exerce.

Outro ponto importante é o incremento de posturas protecionistas dos países desenvolvidos, denunciando a ausência de uma convergência internacional e de uma autoridade capaz de gerenciar o sistema de soluções de controvérsias de uma forma adequada do ponto de vista multilateral. Neste sentido:

> O protecionismo velado ainda é tema sensível, tanto para os países em desenvolvimento quanto aos países desenvolvidos, os quais, ainda que detentores de maior poder econômico, consideram o comércio internacional como uma válvula propulsora importante, até mesmo essencial, para suas economias. [...] As relações entre Estados, e consequentemente entre os Membros da OMC, precisam estar pautadas pela boa-fé e, via de consequência, os acordos negociados no contexto multilateral precisam de mecanismos garantidores do cumprimento dessas regras. (DOMINGUES, 2017, p.331)

Desta forma, observamos que o contexto político e econômico no qual se insere a OMC, atualmente, não permite ventilar a hipótese de atribuição de novas responsabilidades, de modo que não haveria qualquer eficiência neste procedimento.

Trazendo a questão para o âmbito nacional, por outro lado, o fortalecimento de outras frentes de atuação regulatória, como se observa por meio da análise dos acordos de leniência, demonstra a necessidade de diálogo institucional e aperfeiçoamento dos órgãos ainda em âmbito nacional, para que somente após esta fase, seja possível pensar em uma convergência global – ou regional - no âmbito regulatório.

CONSIDERACOES FINAIS

O atual contexto regulatório demonstra que o antitruste precisa acompanhar o desenvolvimento tecnológico e crescimento de grandes mercados até então inexistentes. A consolidação dos mercados digitais e das relações transnacionais obriga a interação, cada vez maior, entre autoridades de regulação: seja no âmbito nacional, regional ou global.

Para endereçar esta necessidade, o questionamento sobre como a regulação acompanha a tecnologia e as novas práticas do mercado merece ser tratado. Neste sentido – e para se ilustrar o que aqui se afirma - é possível citar o caso Itaú/XP[16], no qual houve uma clara divergência entre os entendimentos das autarquias que tinham competência para tratar do assunto – Banco Central do Brasil e Cade. O voto vencido no Cade esteve mais alinhado `a decisão do Bacen, o que denota que o tema da convergência regulatória é um tanto complexo para respostas prontas.

Neste sentido, é possível afirmar que o direito antitruste precisa refinar seus instrumentos para atender tanto às investigações multifacetadas entre os mais diversos órgãos da administração pública, quanto à análise dos mercados de plataforma e também aos novos desafios impostos pela internet das coisas, na medida em que o atual ferramental não consegue endereçar boa parte dos problemas levantados nesta pesquisa.

Ao trabalhar de forma cada vez mais interdisciplinar, o regulador precisa compreender os fenômenos que excedem o antitruste, mas que estão ligados a ele, como ficou evidente com na produtividade originada pela operação Lava Jato, a qual contribuiu substancialmente para o aumento da celebração de acordos de leniência e para a criação de um novo padrão de atuação nesta área do direito antitruste.

Observamos que há uma relação clara entre a concorrência e o combate à corrupção, na medida em que muitos problemas enfrentados merecem um tratamento simultâneo entre os dois instrumentais regulatórios, mas propor uma convergência global, com o intuito de uniformizar e concentrar a atuação sob a estrutura da OMC, mostra-se desarrazoado, dada a atual conjuntura global.

Esta afirmativa, por sua vez, não exclui a possibilidade de tentar mitigar uma atuação mais suave e ao mesmo tempo persuasiva, do direito antitruste, com o objetivo maior de dialogar com a prática antitruste internacional e com o combate à corrupção, seja através do fortalecimento do *advocacy* concorrencial, seja por meio de instrumentos simples de

[16] Ato de Concentração 08700.004431/2017-16.

cooperação formal entre autoridades regulatórias para troca de experiências e procedimentos e para desenvolver melhores práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOGUS, C. **The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust**. (29) 49 U. Mich. J. L. Reform 1, 2015, pp. 85-114.

BORK, R. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy**. 65 Columbia L. Rev. 365, 1965.

BRASIL**. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: Senado, 2011.

DOMINGUES, J. O. **Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste**. 318 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

DOMINGUES, J. O (Org.). **OMC - Funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias - Reflexões dos Especialistas sobre os Principais Casos.** 1ª Ed. São Paulo: Juruá, 2017

GABAN, E. M.; DOMINGUES, Juliana. O. **Direito antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOVENKAMP, H. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Faculty Scholarship. 1769, 2017.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2003

LEWIS, D. **Fighting Corruption and Promoting Competition**. OECD, 2014.

Nihoul, Paul. **Freedom of Choice - The Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law** (June 5, 2012). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2077694 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2077694

KHAN, L., **Amazon's Antitrust Paradox**. Yale Law Journal, Vol. 126, 2017. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2911742 Acesso em 15 de Novembro de 2018.

ORBACH, B; REBLING, G. **The antitrust curse of bigness**. 85 Southern California Law Review 605,2012.

SOKOL, D. **Monopolists without borders: The institutional challenge of international antitrust in a Global Gilded Age**. Berkeley Business Law Journal. v. 4, 2007. pp. 37-122.

SOKOL, D. **Tensions Between Antitrust and Industrial Policy**. 22 Geo. Mason L. Rev. 1247, 2015.

STREECK, W. **Tempo comprado – A crise adiada do capitalismo democrático**. Coimbra. Ed. Actual, 2013.

STEPHAN, P. B. **Regulatory Competition and Anticorruption Law**. Virginia Journal of International Law. p. 53-70, 2012.

VAROUFAKIS, Y. **O Minotauro global: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia**. 2ª ed. São Paulo: Autonomia Editora, 2017

WILLIAMSON, Oliver E. **Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs**. The American Economic Review, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966. pp. 18 e ss.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. 1ª Ed. Columbia Global Reports, 2018.