PAULO LEONARDO CASAGRANDE

**INOVAÇÃO, COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA:
DESAFIOS PARA A POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Diogo R. Coutinho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

FACULDADE DE DIREITO – FD

São Paulo/SP

2014

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Casagrande, Paulo Leonardo
Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para
a Política Antitruste no Brasil / Paulo Leonardo
Casagrande ; orientador Diogo R. Coutinho -- São
Paulo, 2015.
291

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2015.

1. Direito Concorrencial. 2. Inovação Tecnológica.
3. Políticas Públicas . 4. Cooperação . I. Coutinho,
Diogo R., orient. II. Título.

*Como vencer o oceano
se é livre a navegação
mas proibido fazer barcos?*

Drummond, Rola mundo

*Pela manhã semeia a tua semente,
e à tarde não retenhas a tua mão;
pois tu não sabes qual das duas prosperará,
se esta, se aquela, ou se ambas serão igualmente boas.*

Eclesiastes 11:4

*Se quer seguir-me, narro-lhe; não uma aventura, mas experiência,
a que induziram, alternadamente, séries de raciocínios e intuições. Tomou-
me tempo, desânimos, esforços.
Dela me prezo, sem vangloriar-me.*

Guimarães Rosa, O espelho

AGRADECIMENTOS

Há muito, e muitos a agradecer neste momento. A meu orientador, Diogo R. Coutinho, que ao longo da pesquisa me ajudou tantas vezes a sair de dilemas e ciladas, e sempre buscou apontar para uma abordagem crítica e realista do papel do direito em uma sociedade complexa como a brasileira, sempre respeitando minhas posições e escolhas. Se consegui incluir no trabalho alguma contribuição pertinente para a discussão sobre a política de concorrência do país, devo isso a ele.

Os outros integrantes da minha banca de qualificação, Paulo Furquim de Azevedo e Mario Gomes Schapiro, tiveram influência determinante na condução da pesquisa com suas precisas contribuições, especialmente ao apontarem para o caminho da análise institucional comparativa e para a literatura econômica neoschumpeteriana sobre inovação. Agradeço também apoio de Vera Korzun, minha colega de mestrado em Hamburgo no longínquo 2006, que foi fundamental para viabilizar minha estadia como *visiting scholar* na *Fordham Law School* nos últimos meses de 2014.

Contei ainda com o suporte e incentivo de um time excepcional de profissionais com quem tenho (ou tive) o prazer de conviver diariamente: Daniel Douek, Mateus Piva Adami, Joaquim Moraes, Filippo Lancieri, Felipe Pelussi, Fernando Stival, Fernanda Harari, Carlos Sartori, Andressa Fidelis, Barbara Assis, Marília Ávila. Um agradecimento especial cabe a Caio Mario da Silva Pereira Neto, com quem aprendo quotidianamente sobre o direito, a academia e a advocacia.

Há ainda quem leu, opinou ou discutiu comigo trechos e ideias da pesquisa, cuja generosidade marca para mim de forma indelével as páginas que se seguem: Silvia Fagá de Almeida, Daniel Ávila Vio, Camila Duran, Flavia Chiquito dos Santos, Valéria Guimarães Silva, Eric Jasper, Ivo Gico Jr., Paulo Lilla, José Inácio Prado Filho e tantos outros que me ouviram – empolgado ou aflito – falar de inovações tecnológicas, arranjos cooperativos interempresariais, sofisticação institucional e diversos conceitos que os atentos e pacientes ouvintes me ajudaram a entender e esclarecer.

Tenho a dívida de ser cercado por mulheres incríveis, cujo amor e carinho são inexprimíveis em palavras. Minha mãe, Maria, deu-me o privilégio de crescer em um ambiente universitário repleto de multímetros e fusíveis, e ensinou-me pelo exemplo a encarar os desafios com alegria, perseverança e fé. Kelly, minha esposa, sempre me apoiou e incentivou, vivenciando comigo situações as mais inusitadas nas andanças por Hamburgo, Manchester, Bruxelas e Brasília. Nossas meninas, Nina e Stela, vieram ao longo destes cinco anos completar-nos com a intensidade com que vivem.

A elas, este trabalho é dedicado.

Soli Deo gloria.

RESUMO

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para a Política Antitruste no Brasil**. 2015. 305 p. Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O trabalho submete a teste a hipótese de que o direito concorrencial brasileiro não possui hoje grau de *sofisticação institucional* adequado para lidar com arranjos cooperativos interempresariais utilizados por empresas a fim de desenvolver, implantar e difundir inovações tecnológicas. O critério da sofisticação institucional empregado para tanto consiste na verificação da implementação deliberada e estratégica de mudanças institucionais pelo Estado para prover vantagens institucionais comparativas para as empresas nele baseadas, em termos de maior segurança jurídica e menores custos de *compliance*. A fim de identificar os fatores relevantes para tal análise são empregados conceitos teóricos das linhas de pesquisa conhecidas como Nova Economia Institucional (NEI) e Variedades de Capitalismo (VdC), bem como uma análise empírica comparativa da política concorrencial aplicável a tais arranjos cooperativos nos Estados Unidos e no Brasil.

ABSTRACT

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Innovation, Cooperation and Competition: Challenges for Competition Policy in Brazil**. 2015. 305 p. Doctorate (PhD), School of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

This work tests the hypothesis that the Brazilian competition law has not today an appropriate degree of *institutional sophistication* to deal with interfirm cooperative arrangements employed by companies to develop, deploy and disseminate technological innovations. The criterion of institutional sophistication hereby employed consists on the verification of the deliberate and strategic implementation of institutional changes by the State in order to provide comparative institutional advantages for the companies based therein, in terms of more legal certainty and lower compliance costs. In order to identify the relevant factors for such analysis, theoretical concepts from New Institutional Economics (NIE) and Varieties of Capitalism (VoC) literatures are employed, as well as a comparative empirical analysis of the competition policy applicable to such cooperative arrangements in the United States and Brazil.

ZUSAMMENFASSUNG

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Innovation, Kooperation und Wettbewerb: Herausforderungen für Wettbewerbspolitik in Brasilien.** 2015. 305 Seiten. Dokorate (PhD), Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität von São Paulo, São Paulo, 2015.

Dieses Werk prüft die Hypothese, daß das brasilianische Wettbewerbsrecht bis heute kein geeignetes Maß an institutionelle Raffinesse besitzt, um zwischenbetriebliche Kooperationen, welche von Firmen verwendet werden, um technologische Innovationen zu entwickeln, zu nutzen und zu verbreiten, zu regeln. Das Kriterium der institutionelle Raffinesse, welches hier verwendet wird, überprüft die bewußte und vorsätzliche Implementierung institutioneller Veränderungen durch den Staat, um komparative institutionelle Vorteile bezüglich Rechtssicherheit und niedrigerer Befolgungskosten zu gewährleisten. Um die relevanten Faktoren für eine solche Analyse zu identifizieren, werden theoretische Konzepte der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) und Spielarten des Kapitalismus (VoC), sowie vergleichende empirische Analysen der Wettbewerbspolitik in den USA und Brasilien wegen diesen Art von Kooperationen.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
I. O FENÔMENO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA	14
1) ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS	17
A. <i>INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA HISTÓRIA DO CAPITALISMO</i>	<i>17</i>
B. <i>A TEORIZAÇÃO ECONÔMICA SOBRE A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: ABORDAGENS ORTODOXAS E HETERODOXAS.....</i>	<i>22</i>
C. <i>A PERSPECTIVA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO</i>	<i>30</i>
D. <i>O CONCEITO DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA</i>	<i>34</i>
2) COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA.....	44
A. <i>SCHUMPETER V. ARROW: A CONTROVÉRSIA SOBRE O PAPEL DA CONCORRÊNCIA COMO INCENTIVO À INOVAÇÃO.....</i>	<i>44</i>
B. <i>COOPERAÇÃO INTEREMPRESARIAL PARA DESENVOLVIMENTO DE INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS: RACIONALIDADE E INSTRUMENTOS</i>	<i>49</i>
i. <i>Joint Ventures de Pesquisa e Desenvolvimento</i>	<i>55</i>
ii. <i>Joint Ventures de Produção.....</i>	<i>57</i>
iii. <i>Licenciamento de Propriedade Intelectual e Tecnologia.....</i>	<i>61</i>
iv. <i>Normalização Técnica e Padronização</i>	<i>67</i>
C. <i>TENSÃO ENTRE COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA COMO PROBLEMA PARA NORMAS ANTITRUSTE</i>	<i>73</i>
II. INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO: REGIME JURÍDICO CONCORRENCIAL APLICÁVEL A COOPERAÇÕES EMPRESARIAIS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL	78
3) DIREITO E DESENVOLVIMENTO CAPITALISTA	81
A. <i>ORGANIZAÇÕES, GOVERNANÇA E INSTITUIÇÕES</i>	<i>83</i>
B. <i>FATORES RELEVANTES DE DINÂMICA INSTITUCIONAL.....</i>	<i>98</i>
i. <i>Inovação Tecnológica</i>	<i>98</i>
ii. <i>Comportamento Estratégico e Aprendizado Organizacional: a falácia de Robinson Crusoe.....</i>	<i>101</i>
iii. <i>Dependência de Trajetória (Path Dependence)</i>	<i>105</i>
C. <i>VARIEDADES DE CAPITALISMO: COMPLEMENTARIEDADE E SOFISTICAÇÃO INSTITUCIONAL</i>	<i>111</i>
4) ESTADOS UNIDOS: EXCEÇÕES LEGISLATIVAS E GUIDELINES PARA PROVISÃO DE VANTAGENS COMPARATIVAS INSTITUCIONAIS	124
A. <i>ASPECTOS HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS.....</i>	<i>125</i>
i. <i>Os primeiros oitenta anos de aplicação de normas antitruste nos EUA</i>	<i>125</i>
ii. <i>A influência da política antitruste no Sistema Nacional de Inovação e na correlata conformação de sua Variedade de Capitalismo</i>	<i>131</i>

B. REFORMAS LEGISLATIVAS, GUIAS E SISTEMATIZAÇÃO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO: NOVA MATRIZ INSTITUCIONAL APLICÁVEL A ARRANJOS DE COOPERAÇÃO INTEREMPRESARIAL PARA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA	138
i. A Escola de Chicago.....	141
ii. Isenções antitruste por reformas legislativas como instrumentos de política de inovação tecnológica: reforma da matriz institucional aplicável a processos de inovação.....	144
iii. Guias de orientação e expansão da isenção parcial antitruste: soft e hard law complementando a nova matriz institucional	156
c. ELEMENTOS DE SOFISTICAÇÃO INSTITUCIONAL.....	166
5) BRASIL: NORMAS GENÉRICAS, PRIMAZIA DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E AUSÊNCIA DE COORDENAÇÃO COM POLÍTICA DE INOVAÇÃO	183
A. ASPECTOS HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS.....	188
i. O Sistema Nacional de Inovação em capitalismo tardio e hierárquico	188
ii. Aprovação da Lei 8.884/94: reforma da matriz institucional da economia política brasileira em contexto de liberalização econômica e estabilização monetária	193
B. REGIME JURÍDICO-CONCORRENCIAL APLICÁVEL A ARRANJOS COOPERATIVOS INTEREMPRESARIAIS SOB A LEI 8.884/94: A PRIMAZIA DA JURISPRUDÊNCIA.....	200
i. Forma de controle de arranjos cooperativos	200
ii. Critérios de análise: guias de orientação genéricos e ausência de testes específicos pela jurisprudência	209
iii. Pontos de coordenação entre a política antitruste e política de inovação e grau de sofisticação institucional do direito antitruste aplicável a arranjos cooperativos sob a Lei 8.884/94	221
C. APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL DO SBDC PELA LEI 12.529/11	235
i. Incremento reformista em contexto de dependência de trajetória	235
ii. Implementação do novo regime de controle de concentrações: impactos sobre o grau de sofisticação institucional.....	240
CONCLUSÃO	254
BIBLIOGRAFIA	261

SIGLAS E ABREVIACÕES

ABDI	Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial
AC	Ato de Concentração
AP	Averiguação Preliminar
BKA	<i>Bundeskartellamt</i> (Ofício Federal de Cartéis – Alemanha)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CE	Comissão Europeia
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
DARPA	<i>Defense Advanced Research Projects Agency</i> (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada em Defesa – EUA)
DEE	Departamento de Estudos Econômicos do CADE
DOJ	<i>Department of Justice</i> (Departamento de Justiça – EUA)
DOU	Diário Oficial da União
EUA / U.S.	Estados Unidos da América / <i>United States</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> (Comissão Federal de Comércio – EUA)
Guia SEAE/SDE	Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> (Lei contra restrições à concorrência – Alemanha)
H.R.	<i>House of Representatives</i> (Câmara dos Deputados – EUA)
HHI	Índice de Herfindahl-Hirschmann
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICN	<i>International Competition Network</i> – Rede Internacional de Concorrência
ICT	Instituição Científica e Tecnológica
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
JV	<i>Joint venture(s)</i>
LDC	Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/11
MCT	Ministério da Ciência e Tecnologia (atualmente, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação - MCTI).
MF	Ministério da Fazenda
MJ	Ministério da Justiça
NCRA	<i>National Cooperative Research Act of 1984</i> (EUA)
NCRPA	<i>National Cooperative Research and Production Act of 1993</i> (EUA)

SIGLAS E ABREVIACÕES (continuação)

NEI / NIE	Nova Economia Institucional / <i>New Institutional Economics</i>
NSF	<i>National Science Foundation</i>
OCDE / OECD	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico / <i>Organisation for Economic Co-Operation and Development</i>
P&D / R&D	Pesquisa e Desenvolvimento / <i>Research and Development</i>
PA	Processo Administrativo
PDP	Política de Desenvolvimento Produtivo
PI / IP	Propriedade Intelectual / <i>Intellectual Property</i>
PINTEC	Pesquisa de Inovação (IBGE)
PITCE	Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior
ProCADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
RICADE	Regimento Interno do CADE
SDE	Secretaria de Direito Econômico do MJ
SDOAA	<i>Standards Development Organization Advancement Act of 2004</i> (EUA)
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do MF
SG	Superintendência Geral do CADE
SNI	Sistema Nacional de Inovação
SSO	<i>Standard Setting Organization</i> (organização de normalização técnica)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFEU	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento)
VdC / VoC	Variedades de Capitalismo / <i>Varieties of Capitalism</i>

LISTA DE FIGURAS, TABELAS E GRÁFICOS

Figura 1 – Cronologia de paradigmas tecnológicos.....	20
Figura 2 – Mapa dos fatores relevantes para a inovação tecnológica.....	40
Figura 3 – Etapas do Processo de Inovação.....	58
Tabela 1 – Níveis de análise institucional.....	90
Tabela 2 – Relações básicas e vantagens institucionais comparativas nos tipos ideais de capitalismo.....	119
Tabela 3 – Principais fatores de escolha institucional em contexto dinâmico.....	175
Tabela 4 – Atual regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica nos Estados Unidos.....	179
Tabela 5 – Regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica no Brasil ao fim da vigência da Lei 8.884/94 (maio de 2012).....	233
Tabela 6 – Regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica no Brasil sob a Lei 12.529/11.....	251
Gráfico 1 – Participação das empresas com relações de cooperação com outras organizações no total das empresas que implementaram inovações – Setor Industrial – período 2001-2011.....	228
Gráfico 2 – Importância dos parceiros das relações de cooperação – Setor Industrial – período 2001-2011.....	229
Gráfico 3 – Principal responsável pelo desenvolvimento da inovação de produto implementada – Setor Industrial – período 2001-2011.....	230
Gráfico 4 – Principal responsável pelo desenvolvimento da inovação de processo implementada – Setor Industrial – período 2001-2011.....	230

INTRODUÇÃO

WHEN technology is in flux, businesses must adapt to remain innovative and to deploy efficiently new and improved technologies. This process of adaptation is critical to the operation of a market economy, and ultimately is driven by competitive forces. During such times of change, the need to reallocate and recombine existing assets is especially important. For these fundamental reasons, we have been seeing a wave of mergers and acquisitions and a veritable explosion of all manner of business collaboration during the past five to ten years. On any given day, newspapers relate the day's round of joint ventures, alliances, and other business partnerships.

Carl Shapiro, 2002¹

AS maiores empresas inovadoras do país estão realizando com cada vez mais frequência pesquisas em parceria com outras companhias. E não só com clientes ou fornecedores. Chegam a se unir até mesmo com rivais para buscar inovação em conjunto. (...) As mais inovadoras do país veem na pesquisa uma forma de colocá-las de fato em uma melhor condição de competição, não só no mercado nacional, mas diante dos rivais internacionais.

Valor Econômico, “Empresas se unem a clientes e rivais em busca de inovação”, 21.01.2014

Este trabalho tem por tema a política de defesa da concorrência institucionalizada por meio de normas de direito concorrencial aplicáveis a mecanismos de cooperação entre empresas cujo objeto seja o desenvolvimento, a implantação e a difusão de inovações tecnológicas. Mais especificamente, discute-se o problema da ausência de um regramento antitruste específico no Brasil para o fenômeno cada vez mais relevante da colaboração interempresarial para criar e adotar novas tecnologias, o qual é imprescindível para o desenvolvimento econômico do país.

A fim de situar o objeto da pesquisa, e apresentar os principais aspectos do problema com que visa lidar, convém descrever, inicialmente, alguns aspectos relevantes da inovação tecnológica e de sua relação com a *competição* entre empresas. Então pode ser apontada a crescente importância das *cooperações empresariais* nos esforços de desenvolvimento tecnológico, bem como sua relação com a política pública de defesa da concorrência institucionalizada em regras jurídicas próprias.

¹ SHAPIRO, Carl, **Competition policy and innovation**, Paris: OECD, 2002.

A inovação tecnológica é vetor fundamental do desenvolvimento econômico, quer este seja entendido apenas como crescimento econômico, quer se tenha em mente também sua dimensão de mudança na estrutura socioeconômica de um país ou região², conforme reconhecido em diversos estudos acadêmicos³ e documentos sobre políticas públicas.⁴ A abertura de novas empresas para desenvolvimento de atividades econômicas antes inexistentes, e a capacidade de empresas produzirem novos produtos ou serviços, ou a adoção de métodos mais eficientes para produzi-los, incrementam o desempenho econômico na forma de crescimento do produto interno bruto e de aumento da produtividade dos fatores disponíveis.

As causas, características e efeitos das inovações tecnológicas nas economias capitalistas têm sido objeto de crescente número de estudos nos últimos anos.⁵ A análise de muitos desses estudos deixa clara a importância da *concorrência* entre agentes econômicos para a compreensão do fenômeno da inovação. Nesse sentido, é possível afirmar que a concorrência pode tanto *incentivar* quanto *inibir* esforços de inovação tecnológica.

Por um lado, a rivalidade é de extrema importância a fim de que empresas tenham incentivos para inovar: a possibilidade de obter alguma vantagem competitiva

² “(...) é importante distinguir o que vem a ser *desenvolvimento* e o que vem a ser *crescimento*. É curioso notar que estatisticamente eles poderão ser confundidos, porque em ambos os casos dá-se um crescimento do PIB. O que varia, num caso e no outro, é que, no primeiro, *desenvolvimento*, o crescimento daquela grandeza faz-se concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma séria enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social. (...) O *crescimento econômico* caracteriza-se, como o desenvolvimento, por entranhar um crescimento da disponibilidade de bens e serviços, porém sem que essa maior disponibilidade implique uma mudança estrutural e qualitativa da economia em questão.” (NUSDEO, Fabio, Desenvolvimento econômico—Um retrospecto e algumas perspectivas, in: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.), **Regulação e desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11–24.p. 17).

³ Vide, como exemplos representativos de autores que adotam distintas abordagens teóricas, SOLOW, Robert M., Growth Theory and After, **The American Economic Review**, v. 78, n. 3, p. 307–317, 1988; ROMER, Paul M., Endogenous Technological Change, **The Journal of Political Economy**, v. 98, n. 5, p. 71–102, 1990; NORTH, Douglass C.; WALLIS, John J., Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History: A Transaction Cost Approach, **JITE. Journal of institutional and theoretical economics**, v. 150, n. 4, p. 609, 1994; FAGERBERG, Jan; GODINHO, Manuel M., Innovation and Catching-up, in: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.), **The Oxford Handbook of Innovation**, New York: Oxford University Press, 2006, p. 514–542.; NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G., In search of useful theory of innovation, **Research Policy**, v. 6, n. 1, p. 36–76, 1977.

⁴ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE - CEPAL, **Inovar para crescer: Desafios e oportunidades para o desenvolvimento sustentável e inclusivo na Ibero-América**, Santiago: CEPAL, 2009.; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Dynamising National Innovation Systems**, Paris: OECD, 2002.

⁵ FAGERBERG, Jan, Innovation: A Guide to the Literature, in: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.), **The Oxford Handbook of Innovation**, New York: Oxford University Press, 2006, p. 1–26.

sobre os rivais por meio da inovação almejada é o principal motor para que empreendam tais esforços. Essas vantagens competitivas se traduzem, no mais das vezes, em algum grau de *poder de mercado*, o qual, por conferir ao seu detentor maiores lucros, atua como forte incentivo para esforços de inovação.⁶

Por outro lado, a competição pode inibir investimentos em inovação, pois os retornos destes tornam-se tanto mais incertos quanto maior a possibilidade de rivais da empresa inovadora copiarem-lhe ou imitarem-lhe o invento (sem necessariamente infringir propriedade intelectual), e com isso retirarem-lhe as condições para cobrança de preços supracompetitivos necessários para amortizar os investimentos feitos.⁷

A essa incerteza decorrente da disputa com outras empresas soma-se aquela intrínseca ao processo de inovação em si: não é possível saber *a priori* o resultado desse tipo de investimento, e há inúmeros casos em que pesquisas que visaram inovações não obtiveram quaisquer resultados economicamente úteis, ou estes ocorreram de forma totalmente inesperada.⁸

Essas características da inovação tecnológica informam fenômeno que se intensificou nas décadas de 1980, 1990 e 2000 em países industrializados: o do crescente emprego de mecanismos de cooperação empresarial. De acordo com trabalho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE:

“The growing technological complexity of products and processes, increased technological opportunities created by recent scientific advances (e.g. life sciences, ICT, nanotechnology), rapid technological change, more competition and higher costs and risks of innovation are forcing firms to work in greater collaboration. Firms are focusing a larger share of their R&D on activities that are linked to their specific competencies, and are acquiring complementary technologies from other firms, universities and government labs. This trend has been facilitated by the expansion of ICT, which reduces communication costs. The result has been a rapid rise in virtually all forms of collaboration, from sponsored and collaborative research to strategic alliances, mergers and acquisitions, and, notably, technology licensing”.⁹ (grifo nosso)

⁶ “More importantly, the very existence of some market power helps competition. It is precisely the prospect of enjoying some market power (i.e., of making profit) that pushes firms to use more efficient technologies, improve their product quality, or introduce new product variety.” (MOTTA, Massimo, **Competition policy: theory and practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64)

⁷ AGHION, Philippe *et al*, Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation, **The Review of Economic Studies**, v. 68, n. 3, p. 467–492, 2001.

⁸ NELSON; WINTER, In search of useful theory of innovation; SOLOW, Robert M., Perspectives on Growth Theory, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 1, p. 45–54, 1994.

⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges**, Paris: OECD, 2004., p. 16.

Tais eventos impactaram as regras antitruste de países desenvolvidos. Durante as décadas de 1980 e 1990, por exemplo, Estados Unidos e União Europeia aprovaram diversas mudanças para incentivar cooperações empresariais por meio de novas isenções ou exceções às normas gerais de direito concorrencial, levando em conta críticas de que estas impediam esses arranjos cooperativos e punham suas empresas em desvantagem em relação às de Japão e Coreia do Sul, onde o antitruste seria empregado de maneira mais flexível.¹⁰ Em 1985, foi aprovado na União Europeia o Regulamento 418, que conferiu isenção prévia para certos tipos de acordos de pesquisa e desenvolvimento e à exploração conjunta de seus resultados.¹¹ Já os Estados Unidos adotaram medidas legislativas específicas estabelecendo isenções para acordos cooperativos de pesquisa, desenvolvimento e produção, a saber, o *National Cooperative Research Act*, de 1984, e o *National Cooperative Research and Production Act*, de 1993.

Nessas mesmas décadas, diversos países em desenvolvimento adotaram leis de defesa da concorrência. A implantação de normas antitruste deu-se em meio a reformas de caráter liberalizante¹², por vezes respaldada em recomendações ou condicionamentos

¹⁰ JACQUEMIN, Alexis, Cooperative agreements in R&D and European antitrust policy, **European Economic Review**, v. 32, n. 2-3, p. 551–560, 1988. JORDE, Thomas M.; TEECE, David J., Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 75–96, 1990.; AMSDEN, Alice H.; SINGH, Ajit, The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea, **European Economic Review**, v. 38, n. 3–4, p. 941–951, 1994.

¹¹ AUGUSTYN, Francene M, Antitrust Analysis of Joint Research and Development Agreements in the European Economic Community and the United States, An, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 16, p. 45, 1986.

¹² Exemplo ilustrativo do contexto e justificativas para adoção de regras de defesa da concorrência por países em desenvolvimento pode ser encontrado nas discussões tidas no âmbito de grupo de trabalho da Organização Mundial do Comércio (OMC) que avaliou a possibilidade de estabelecimento de conjunto mínimo de regras concorrenciais por meio desse organismo, entre o final da década de 90 e início dos anos 2000, iniciativa depois abandonada: “Un aspecto que varios Miembros destacaron en sus contribuciones orales y escritas al Grupo es que, en muchos casos, la adopción o el reforzamiento de leyes y políticas de competencia ha tenido lugar, no en forma aislada sino como parte de un conjunto de reformas políticas relacionadas entre sí y destinadas a promover el desarrollo económico y social. (...) Entre las reformas de referencia pueden figurar medidas de apertura a los mercados exteriores (incluida la liberalización del comercio y de los regímenes de inversión extranjera), la privatización y reformas reglamentarias o medidas de desregulación sectoriales. (...) [S]i bien en el pasado los países podían esperar resultados en materia de desarrollo aplicando otros instrumentos y enfoques (posiblemente más intervencionistas), éstos ya no eran viables dado el grado alcanzado de liberalización del comercio y de mundialización de las actividades comerciales y vista la importancia creciente de la inversión extranjera directa como motor del crecimiento en el actual entorno económico.” ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC, **Informe (1999) del Grupo de Trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia al Consejo General**, Ginebra: OMC, 1999. Vide também GERBER, David, **Global Competition: Law, Markets, and Globalization**, Oxford: Oxford University Press, 2010., p.107.

de órgãos multilaterais ou como requisito de tratados de livre comércio.¹³ O Brasil não foi exceção nesse quadro: embora tivesse uma legislação concorrencial desde 1962, esta tinha eficácia limitada¹⁴; foi em 1994 que se aprovou a primeira lei concorrencial efetiva no Brasil – a Lei 8.884 –, no mesmo ano de implantação do Plano Real e em meio a diversas reformas de caráter liberalizante e iniciativas de privatização de empresas estatais.¹⁵

Verifica-se, todavia, que as leis concorrenciais adotadas por países em desenvolvimento tendem a apresentar menos hipóteses de isenções e exceções para situações específicas do que se verifica na legislação dos países industrializados¹⁶, possivelmente por se tratar de normas ainda recentes que buscam refletir a recomendação de aplicação ampla e irrestrita do antitruste.¹⁷

Em resumo, verifica-se que a inovação tecnológica é reconhecida como fator fundamental para o desenvolvimento econômico, e está diretamente relacionada a importantes aspectos concorrenciais: empresas submetidas a pressões competitivas possuem incentivos para gerar inovações e com isso aumentar seus lucros pelo exercício, ainda que temporário, de poder de mercado; todavia, se tais inovações puderem ser imediatamente imitadas por concorrentes, tais incentivos diminuem. Em

¹³ Vide FOX, Eleanor M.; GAL, Michal S., **Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014; MARCOS, Francisco, **Do Developing Countries Need Competition Law and Policy?**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2006.

¹⁴ Trata-se da Lei 4.137/62, que, conforme FORGIONI (**Os fundamentos do antitruste**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 120-121), “em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas de aplicabilidade’, (...) não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010**, Paris: OCDE, 2010., p. 10.

¹⁶ “It is worth observing that there generally tend to be fewer exemptions in countries which have recently adopted competition laws (mainly developing and transition market economies) as compared with more industrialized nations. (...) Indeed, casual observation suggests that in more advanced industrial countries, exemptions granted from competition law have generally tended to evolve and expand over time because of specific issues and cases confronted in the application of the law, and the resulting lobbying by business. In addition to legal and economic reasons, various historical, cultural and political factors have played a role.” KHEMANI, R. Shyam, **Application of competition law: exemptions and exceptions**, Geneva: UNCTAD, 2002., p. 11.

¹⁷ Vide, por exemplo, recomendação constante em documento conjunto da OCDE e do Banco Mundial: “Competition law is an essential part of the economic constitution of a free market country. It should, as much as possible, apply to all market transactions and to all entities engaged in commercial transactions irrespective of ownership or legal form. All exceptions to the application of the law should be explicitly identified in pertinent legislation.” OECD; WORLD BANK, **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**, Washington: World Bank, 1999. p. 145.

face dessa e de outras incertezas, bem como dos custos envolvidos, a cooperação com outras empresas – inclusive concorrentes – mostra-se muitas vezes fundamental para suportar esforços de desenvolvimento tecnológico, e tem sido cada vez mais relevante na economia mundial. Tais aspectos influenciam a elaboração e aplicação de isenções, exceções ou outras formas de tratamento específico para esse tipo de arranjo cooperativo sob as regras de defesa da concorrência, especialmente nos países industrializados.

Levando isso em conta, este estudo visa refletir sobre o papel da política de defesa da concorrência na estratégia brasileira de desenvolvimento por meio da avaliação do tratamento dado por regras antitruste a mecanismos de cooperação empresarial que têm por escopo o desenvolvimento, a implantação e difusão de inovações tecnológicas. Dada a importância da inovação tecnológica para o desenvolvimento, e o crescente destaque da política de defesa da concorrência no país, justifica-se a realização de pesquisa específica sobre tal tema. Isso é ainda mais claro considerando-se dois fenômenos contemporâneos à elaboração deste trabalho: o atual quadro de discussão pública e acadêmica envolvendo a aplicação da Lei 12.529/11, a nova lei de defesa da concorrência, adotada em substituição à Lei 8.884/94¹⁸; e a implementação – não sem dificuldade – de políticas públicas para incrementar o grau de inovação tecnológica da economia brasileira¹⁹, lastreadas em medidas legislativas tais como a criação da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), pela Lei 11.080/2004, e a edição da Lei de Inovação (Lei 10.973/2004) e Lei do Bem (Lei 11.196/2005).

¹⁸ AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R., A evolução da legislação antitruste no Brasil, **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7/8, p. 139–159, 2011.

¹⁹ Cf. recente reportagem jornalística com entrevista a Cláudio R. Frischtak, especialista em inovação tecnológica e que elaborou estudo sobre políticas de inovação, “[n]a prática, mesmo com aumento no número de políticas públicas de incentivo às empresas nesse sentido, ainda é caro investir em inovação no Brasil (...) as companhias ainda se mantêm “isoladas” em relação às novidades em desenvolvimento nas universidades, e em outros países. Isso impede a formulação de parcerias que poderiam contribuir para um avanço maior na fatia das empresas brasileiras em pesquisa e desenvolvimento.” Fatia privada no investimento em inovação não cresce desde 2000, **Valor Econômico**, 12.05.2014.

Para tanto, são pertinentes algumas questões sobre a política de defesa da concorrência vigente no Brasil: as regras de direito antitruste abrangem hipóteses específicas para lidar com cooperações empresariais que visem criar ou implantar inovação tecnológica, tal qual vêm sendo adotadas nos países desenvolvidos? Ademais, de que maneira as experiências de outras jurisdições poderiam ser úteis para a avaliação das normas concorrenciais brasileiras aplicáveis a esse tipo de arranjo cooperativo? Finalmente, a política brasileira de defesa da concorrência possui algum grau de articulação com outras políticas públicas de fomento à inovação tecnológica?

Em suma, a política de defesa da concorrência no Brasil, consubstanciada pelas normas de direito antitruste, dá à inovação tecnológica tratamento específico, condizente com sua importância para o desenvolvimento do país?

A resposta a essa última questão é, para alguns, negativa. SCHAPIRO²⁰, ao analisar a legislação concorrencial brasileira, afirma que não há regras específicas para lidar com arranjos empresariais que visem desenvolvimento de inovação tecnológica, ao contrário do que ocorre com o direito antitruste em outros países, como a Coreia do Sul. CAMPOS²¹ chama a atenção para a inexistência, nas regras concorrenciais brasileiras, de mecanismos de isenção e exceção para determinadas formas de cooperação, ao contrário do que ocorre na Europa e nos Estados Unidos.

A ausência desse tipo de regramento específico pode ser considerada inadequada para um país em desenvolvimento como o Brasil, por ao menos dois motivos. Em primeiro lugar, a política de defesa da concorrência em países em desenvolvimento deve contribuir para (ou ao menos não dificultar) os esforços cooperativos das empresas que visem inovação tecnológica, como apontam diversos estudos. SINGH²², por exemplo, afirma que a política de concorrência de países em desenvolvimento deve contribuir para investimentos no aumento de produtividade das suas economias, por uma combinação adequada de competição e cooperação entre as empresas. Em outro trabalho em coautoria com AMSDEN²³, o mesmo autor apontou que a política antitruste

²⁰ SCHAPIRO, Mario Gomes, **Política Industrial e Disciplina da Concorrência pós-Reformas de Mercado: uma avaliação institucional do ambiente de inovação tecnológica**, Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005., p. 76-85.

²¹ CAMPOS, Marcos Vinicius, **Concorrência, cooperação e desenvolvimento**, São Paulo: Singular, 2008.

²² SINGH, A., *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions*, 2002.

²³ AMSDEN; SINGH, *The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea*.

de Japão e Coreia do Sul contribuiu para o desenvolvimento daqueles países ao incentivar determinadas cooperações empresariais.²⁴ BAUMOL²⁵ argumenta haver uma forte presunção dos efeitos benéficos de arranjos horizontais cujo objeto seja o compartilhamento de informações técnicas e o desenvolvimento e disseminação de tecnologia, motivo pelo qual as autoridades concorrenciais não deveriam coibir esse tipo de acordo.

O segundo motivo pelo qual a ausência de regras específicas sobre cooperações empresariais para inovação pode ser considerada prejudicial ao desenvolvimento é a *incerteza* causada a empresas que planejam estabelecer essas relações cooperativas. Como já apontado acima, o processo de inovação apresenta incertezas intrínsecas, às quais podem ser somadas aquelas decorrentes da aplicação das normas antitruste. Caso estas não detalhem hipóteses claras sob as quais a cooperação interfirmas pode ser considerada lícita, haverá o temor dos agentes privados de serem submetidos a pesadas sanções ou a restrições, mesmo no caso de possíveis operações benéficas para o desenvolvimento tecnológico. BAUMOL²⁶, em outro estudo, aponta para a importância de as autoridades tornarem públicas e explícitas regras e critérios de análise aplicáveis a cooperações empresariais para inovação, sob pena de inviabilizá-las por completo por conta desse tipo de incerteza. Tal aspecto é especialmente relevante no Brasil, tendo em vista que o CADE tem ampla discricionariedade na aplicação do direito concorrencial e suas decisões, embora sujeitas ao controle judicial, são majoritariamente mantidas pelos tribunais em seu mérito.²⁷ Logo, empresas que não saibam *ex ante* como proceder para

²⁴ Nesses países, em verdade, o direito concorrencial foi implementado de forma a servir diretamente os objetivos de desenvolvimento industrial: “Competition law has been enlisted *in the service of* economic development. A related theme is the interface between competition law and industrial policy, ie the idea that government should play a guiding role in shaping economic development.” (GERBER, **Global Competition Law**, p. 231)

²⁵ BAUMOL, William J., Horizontal Collusion and Innovation, **The Economic Journal**, v. 102, n. 410, p. 129–137, 1992.

²⁶ BAUMOL, William, When is inter-firm coordination beneficial? The case of innovation, **International Journal of Industrial Organization**, v. 19, n. 5, p. 727–737, 2001.

²⁷ Vide, por exemplo, acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “O julgador [de 1ª instância], entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões são exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo. Por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação.” Apelação Cível 2005.34.0/0.012752-0, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado, j. 09/07/2012, DJ 08/08/2012.

estruturar parcerias inovadoras levam em consideração o risco de tais operações serem sancionadas *ex post*, com poucas chances de reverterem eventual sanção no Judiciário.

Tendo em conta tais aspectos, o presente trabalho busca contribuir com a pesquisa jurídica brasileira ao avaliar essa lacuna de política pública e identificar possíveis medidas adequadas para tratá-la. Para tanto, tem por objetivo avaliar detalhadamente o tema e o problema descritos acima de tal forma a submeter a teste a hipótese de que *o direito brasileiro não possui hoje, em suas regras de defesa da concorrência, grau de sofisticação institucional adequado para um país em desenvolvimento, tendo em vista a ausência de instrumentos normativos específicos para lidar com cooperações empresariais que visem inovação tecnológica, tais como isenções parciais ou totais, exceções, critérios de análise, procedimentos próprios e meios institucionais de coordenação com outras políticas de suporte à inovação.*

O método empregado pelo presente trabalho concentra-se na análise de soluções jurídico-institucionais concretas quanto ao regime antitruste aplicável a cooperações empresariais visando inovações tecnológicas, de forma a sistematizar os tipos de instrumentos jurídicos empregados e assim melhor compreender e qualificar a sofisticação institucional referida acima. Para tanto, será detalhada a experiência histórica dos Estados Unidos, com referências também a aspectos pontuais de mudanças nos regimes da Alemanha (em nível nacional) e da União Europeia (em nível comunitário).

A escolha dos Estados Unidos para uma análise comparativa com a política concorrencial brasileira se dá por vários motivos. Trata-se de país com a experiência mais extensa e conhecida com regras de controle e repressão ao abuso de poder de mercado, adotadas ao final do século XIX em meio ao intenso desenvolvimento industrial que ocorria no país. Portanto, a experiência norte-americana é referencial extremamente relevante tanto para estudos acadêmicos quanto para considerações sobre a política de defesa da concorrência de outros países – muitos dos quais foram influenciados pelas normas antitruste dos Estados Unidos.²⁸

²⁸ GERBER, **Global Competition Law**, p. 34: “Many countries have turned to US law in shaping their own competition law decisions and US competition law thinking has influenced the thinking of scholars, administrators and political decision makers virtually everywhere.” Ademais, vide WELLS, Wyatt C., **Antitrust and the Formation of the Postwar World**, New York: Columbia University Press, 2002., cap. 5, sobre os esforços dos Estados Unidos para a implementação de normas de defesa da concorrência na Alemanha e no Japão quando da ocupação militar desses países após a Segunda Guerra Mundial; e

Além da relevância da experiência norte-americana em estudos de direito concorrencial comparado, há outros elementos mais específicos que justificam sua análise no presente trabalho. Na prática do direito concorrencial brasileiro, é bastante comum a referência a doutrinas, precedentes, testes e guias de orientação norte-americanos.²⁹ Ademais, na ainda restrita produção doutrinária brasileira na área de direito concorrencial, as referências e comparações com a experiência norte-americana são bastante comuns.

Outro aspecto que justifica a escolha da experiência dos Estados Unidos em um estudo de direito concorrencial comparado com o brasileiro é uma característica comum em ambos os regimes: o elevado grau de generalidade das principais normas antitruste. As disposições substantivas das principais leis antitruste norte-americanas (como *Shermann Act* e *Clayton Act*) e brasileiras (Lei 8.884/94, sucedida pela Lei 12.529/11) são bem mais genéricas que suas congêneres europeias, nas quais o dispositivo legal já contém critérios mais específicos para sua aplicação a casos concretos. Desse modo, o grau de discricionariedade de juízes (nos EUA) e do CADE (no Brasil) é bastante elevado, e é pertinente ao presente estudo a avaliação dos diferentes mecanismos institucionais adotados pelas autoridades responsáveis a fim de conferir segurança e previsibilidade para que agentes econômicos possam melhor administrar o risco de responsabilização antitruste e, assim, estruturar arranjos cooperativos inovadores que sejam benéficos ao desenvolvimento econômico.

Ademais, como será detalhado na Seção 4.B abaixo, o direito antitruste norte-americano passou por um importante movimento de inflexão ao longo dos anos 1980 e 90 que teve por preocupação central a competitividade das empresas norte-americanas diante da nova realidade econômica de globalização e rivalidade com *players* estrangeiros, especialmente europeus e japoneses. Elemento central de tal movimento foi a adoção de diversas medidas legislativas e administrativas que estabeleceram hipóteses normativas específicas para o tratamento de arranjos cooperativos interempresariais em suporte a projetos de inovação tecnológica. Essas mudanças institucionais claramente se deram em coordenação com a política pública de inovação a fim de conferir às empresas norte-americanas maior segurança jurídica para participação

cap. 6 sobre a influência americana na adoção de normas de defesa da concorrência por diversos outros países desenvolvidos, especialmente os europeus.

²⁹ Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando, **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**, Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio, 2008.

em arranjos cooperativos, benefício já disponível nos regimes antitruste da Alemanha, da Comunidade Europeia e do Japão. Trata-se de exemplo concreto em que se pode empregar o referencial teórico desenvolvido ao longo do Capítulo 3, e que também permite identificar aspectos relevantes da sofisticação institucional tratada neste trabalho.

Fala-se em soluções institucionais pois, como apontado acima, há tensão entre *competição* e *colaboração* subjacente ao fenômeno da inovação tecnológica, tensão que deve ser enfrentada por meio de regras jurídicas adequadas para viabilizar essas inovações, ao mesmo tempo em que impede restrições injustificadas à concorrência. Como se buscará demonstrar ao longo deste estudo, tem-se reconhecido em diversos estudos elaborados nas últimas duas décadas o papel de destaque do direito na estruturação de arcabouço institucional propício ao desenvolvimento econômico.³⁰

Por fim, para que tal reflexão seja melhor informada e consistente com as profundas diferenças verificadas entre o Brasil e os países desenvolvidos tomados por referência, a análise buscará a todo momento explicitar as peculiaridades relevantes de países em desenvolvimento.

Este estudo está dividido em duas partes principais. Na **Parte I**, analisa-se o *fenômeno* da inovação tecnológica em economias capitalistas, em abordagem que conta com apoio na teoria e na história econômicas, a fim de esmiuçar a tensão entre concorrência e cooperação indicada acima. Em especial, buscar-se-á detalhar em que medida cooperação e competição estão intimamente relacionadas a esse fenômeno, e como tais fatores aparentemente contraditórios entre si implicam desafio para normas de direito concorrencial.

Uma melhor compreensão dessa tensão intrínseca à inovação tecnológica é premissa fundamental para a **Parte II**, cujo objeto é a análise detalhada e comparada do desenvolvimento da política antitruste institucionalizada por normas jurídico-concorrenciais que regem cooperações empresariais para inovações tecnológicas tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil. Ela se inicia pela apresentação dos pressupostos teóricos adotados por este estudo, com consideração sobre os principais fatores a explicar a relação iterativa entre instituições jurídicas e mercados. Para tanto, serão empregados referenciais teóricos desenvolvidos pela linha de pesquisa econômica

³⁰ Vide TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota, **Advanced Introduction to Law and Development**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, cap. 4.

conhecida como Nova Economia Institucional (NEI), bem como pela correlata literatura sobre Variedades de Capitalismo (VdC).

Com isso, pode-se então proceder a uma análise da evolução de regras de defesa da concorrência nos Estados Unidos, de forma a identificar, com base nos pressupostos teóricos apresentados, como esse país lidou com essa tensão de forma a promover inovações tecnológicas via cooperação interfirmas. Tal análise se concentrará nas regras de controle de acordos entre empresas e de certos tipos de concentrações.³¹ Em face disso, o regime de condutas unilaterais não será, a princípio, objeto de avaliação. Esse estudo trará então a sistematização dos principais instrumentos jurídicos empregados como solução institucional para promover (ou ao menos não dificultar) cooperações empresariais inovadoras – ou seja, a detalhar em que consiste a já apontada *sofisticação institucional* do direito antitruste desse país. Como restará claro, as medidas adotadas pelos Estados Unidos para estabelecer um regime antitruste diferenciado para parcerias entre empresas integraram uma política mais abrangente de fomento à inovação tecnológica, com vistas a incrementar a competitividade das empresas norte-americanas frente a rivais europeus e japoneses, que também possuíam em suas respectivas jurisdições regras próprias para esse tipo de arranjo.

Trata-se, em resumo, da identificação de soluções adotadas de maneira deliberada e estratégica por esses países para a avaliação crítica e sugestão de medidas que possam ser adequadas à realidade brasileira: um exercício de “*scan globally, reinvent locally*”, conforme expressão cunhada por Joseph STIGLITZ.³²

³¹ SALOMÃO FILHO chama a atenção para os instrumentos jurídicos usualmente empregados para essas operações interempresariais: “Tipicamente, a forma jurídica da cooperação econômica é o contrato, enquanto a concentração se perfaz através de algum tipo de mudança estrutural societária. Por esse motivo, o estudo das formas societárias está tradicionalmente associado ao controle de concentrações. [Todavia] essa análise não é totalmente correta. Há formas de vinculação societária que não podem dar origem a concentração econômica, mas, sim, a estruturas cooperativas; assim como existem formas contratuais que podem dar origem a concentração.” (**Direito Concorrencial**, São Paulo: Malheiros, 2013., p. 298.)

³² STIGLITZ, J, *Scan Globally, Reinvent Locally: Knowledge Infrastructure and the Localization of Knowledge*, in: STONE, D (Org.), **Banking on Knowledge: the Genesis of the Global Development Network**, London: Routledge, 2000, p. 24–43.

A **Parte II** do trabalho também avaliará a política antitruste no Brasil, comparando-a aos elementos identificados ao longo da segunda parte a fim de detalhar a ausência de sofisticação institucional adequada para a realidade brasileira e propor possíveis soluções para tal problema. Em um primeiro momento, faz-se análise histórica do ambiente institucional em que se dão as inovações tecnológicas no país e da política brasileira de defesa da concorrência. Passa-se então a avaliar as regras brasileiras de defesa da concorrência, a fim de evidenciar e explorar a ausência de isenções, exceções, critérios e mecanismos específicos que visem lidar com a cooperação empresarial para inovações tecnológicas. Em seguida, o estudo busca identificar a inadequação de tal ausência para a estratégia de desenvolvimento do país.

Ao final, consta breve conclusão apontando para possíveis ajustes a fim de lidar com tal problema, bem como para pesquisas que podem ser elaboradas tendo por objeto problemas correlatos ao do presente trabalho.

I. O FENÔMENO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

UM tintureiro que tenha descoberto um meio para produzir uma cor específica com matérias-primas que custam apenas a metade do preço das normalmente utilizadas pode, se agir com grande prudência, gozar as vantagens de sua descoberta por toda a sua vida, e até legá-las à sua posteridade.

Adam Smith, 1776³³

A inovação tecnológica é um complexo fenômeno socioeconômico. Ocorre sob forte incerteza em contexto institucional composto por uma multiplicidade de agentes. Ademais, pode causar profundas mudanças nesse contexto mesmo, ou em outras áreas de interação social.

O objetivo desta **Parte I** é apresentar os principais aspectos desse fenômeno que sejam úteis para a análise jurídico-institucional a ser empreendida na **Parte II**. Tal opção justifica-se tendo em conta que a adequada compreensão das funções de normas de direito econômico não pode prescindir de uma cuidadosa avaliação dos aspectos socioeconômicos que lhes são subjacentes.³⁴ Sendo o tema deste trabalho as normas antitruste aplicáveis a cooperações empresariais estruturadas para o desenvolvimento de inovação tecnológica, é necessário verificar, ao menos, (i) o que se entende por inovação tecnológica; (ii) porque as empresas inovam individualmente ou em colaboração; e (iii) quais os mecanismos empregados pelas empresas para colaborarem entre si no desenvolvimento de inovações tecnológicas.

Esta Parte visa responder a tais questões, tendo por premissa de análise as significativas diferenças entre os países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento,

³³ SMITH, Adam, **A riqueza das nações**, São Paulo: Martins Fontes, 2003., p. 75.

³⁴ COMPARATO já afirmava, em ensaio pioneiro de 1965 sobre o direito econômico, que cabe ao jurista “não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional. (...) Cumpre-lhe também não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta toda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana.” (O indispensável direito econômico, in: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 470-471; originalmente publicado na **Revista dos Tribunais**, v. 353, março de 1965). Vide ainda SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, **Direito econômico**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 17: “A interpretação e aplicação das normas de Direito Económico e mesmo a sua criação apelam para o conteúdo das relações económicas. Metodologicamente, a ponderação dos efeitos económicos das decisões jurídicas é algo a que os jus-economistas não podem ficar alheios. Por vezes é mesmo necessário ter em conta a importação de conceitos nascidos no campo da economia e atender à aceção de aí lhes é dada.”

como o Brasil. Não é possível compreender esse complexo fenômeno sem levar em conta os distintos contextos socioeconômicos em que ele se dá nesses dois conjuntos de países. Tal abordagem, que permeia este trabalho, visa evitar generalizações de aspectos verificados em países desenvolvidos que podem ser inaplicáveis à realidade brasileira.³⁵ Trata-se de cuidado especialmente relevante tendo em vista a proposta de se avaliar a experiência de um país desenvolvido para a identificação de possíveis soluções jurídico-institucionais adequadas aos desafios do desenvolvimento brasileiro.

Esse fenômeno será inicialmente avaliado em sua perspectiva histórica, considerando elementos de história econômica e de correspondentes desenvolvimentos de teoria econômica, no **Capítulo 1**. Será inicialmente apontado de que forma certas inovações formaram os paradigmas tecnológicos fundamentais do sistema capitalista de produção (**Seção 1.A**), bem como a maneira pela qual a ciência econômica buscou compreender esse fenômeno (**Seção 1.B**). Neste ponto, as teorizações econômicas sobre inovação desenvolvidas ao longo do século passado serão apresentadas buscando seguir uma ordem cronológica e conforme suas duas abordagens metodológicas principais: as de caráter *neoclássico*, ou *ortodoxo*, predominante na atual produção acadêmica dessa disciplina; e as de cunho *heterodoxo*, que possuem como um de seus principais precursores Joseph SCHUMPETER, economista pioneiro na análise de inovações. Esse Capítulo também constata que tais teorias sobre inovações foram concebidas no contexto dos países industrializados, sem maior consideração sobre a realidade dos países em desenvolvimento. Portanto, serão também apresentados elementos encontrados na assim chamada *economia do desenvolvimento*, que abordam a questão da inovação tecnológica tendo em vista os desafios de países da periferia do capitalismo mundial (**Seção 1.C**).

Por fim, a **Seção 1.D** apresenta o conceito de inovação tecnológica usualmente considerado em estudos sobre esse fenômeno, o qual foi sendo estruturado por meio das teorias econômicas desenvolvidas ao longo do século XX. Será dado especial destaque para o Manual de Oslo, documento empregado por diversos países – inclusive o Brasil – para estruturar em bases objetivas e comparáveis pesquisas estatísticas nacionais para a

³⁵ GERBER aponta para a necessidade de avaliação ponderada da experiência dos países desenvolvidos (nomeadamente EUA e UE) para consideração das melhores soluções para países em desenvolvimento: “Moreover, their [Europa/EUA] experiences relating to law and legal institutions and to the market as an institution differ in often fundamental ways from those in many other parts of the world. Western models may not, therefore, be fully acceptable or appropriate for many countries who could nevertheless benefit greatly from some form of competition law. (GERBER, **Global Competition Law**, p. 228).

quantificação dos recursos empregados e dos resultados obtidos nos esforços para inovações.

O **Capítulo 2** abordará esse fenômeno sob a ótica do principal agente promotor de inovações tecnológicas: *a empresa capitalista*, que está sujeita à tensão existente entre desenvolver inovações de maneira independente para obter vantagens competitivas exclusivas e ao mesmo tempo estabelecer parcerias em diversos níveis – inclusive com concorrentes – para viabilizar certas inovações. Assim, serão apresentados os fatores que levam empresas a desenvolver inovações tecnológicas em competição (**Seção 2.A**) e em cooperação com outras empresas (**Seção 2.B**). Nesta, também serão apresentados os principais instrumentos empregados pelas empresas para estruturar parcerias tecnológicas, considerando sua racionalidade econômica bem como eventuais preocupações já externadas por autoridades de defesa da concorrência sobre tais tipos de arranjos.

Esta Primeira Parte termina com o detalhamento da *tensão* entre concorrência e cooperação nas iniciativas empresariais que visem desenvolver, implantar ou difundir inovação tecnológica, objeto da **Seção 2.C**. Trata-se de aspecto fundamental para a compreensão das regras de direito antitruste adotadas com vistas a lidar com tais iniciativas. Com o detalhamento dos aspectos dessa tensão, o estudo visa fornecer subsídios para a análise institucional a ser empreendida na Segunda Parte.

1) ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS

a. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA HISTÓRIA DO CAPITALISMO

As inovações tecnológicas desenvolvidas desde o final do século XVIII e ao longo do século XIX foram fundamentais para a estruturação de uma *economia de mercado*, i.e., de um sistema econômico que tem no mercado seu elemento organizador central.

A instituição do mercado – i.e., de ambientes para interações entre demandantes e ofertantes de bens e serviços para realização de transações comutativas – é conhecida desde a Antiguidade. Todavia, tal instituição não possuía papel central quer para o sistema econômico em particular, quer para o funcionamento da sociedade em geral, os quais eram estruturados primordialmente por meio de relações tradicionais, como a escravidão, a servidão, a vassalagem e a guilda.³⁶

É a partir do processo de mecanização da produção ocorrido inicialmente na Inglaterra no século XVIII, e depois também em outros países da Europa Ocidental ao longo do século XIX, que se estruturam mercados onde se dão a maior parte do intercâmbio econômico. Inovações tecnológicas associadas ao início da Revolução Industrial – como a máquina a vapor, os teares mecânicos, a produção de ferro, o emprego do carvão e as estradas de ferro³⁷ – implicaram profundas transformações socioeconômicas que viabilizaram a organização e a expansão de mercados.

O emprego de maquinário mais sofisticado exigiu a implementação de plantas industriais de crescente escala, a demandar maiores investimentos do outrora comerciante, agora empresário industrial. Crescentes riscos exigiam o planejamento de longo prazo para que a amortização se desse pela contínua

³⁶ Cf. APPLEBY, Joyce, **The relentless revolution: A history of capitalism**, New York: WW Norton & Company, 2011., p. 119: “There can be no capitalism, as distinguished from select capitalist practices, without a culture of capitalism, and there is no culture of capitalism until the principal forms of traditional society have been challenged and overcome.”

³⁷ “Tapping into the energy of fossil fuel changed forever the relation of human beings to their natural environment. (...) The amount of power that could now be generated and the diversity of uses to which it could be put transformed production processes everywhere. (...) During the eighteenth century it became apparent for the first time that innovation was the secret, if uncertain, spring behind capitalism. I say ‘uncertain’ because there is no way to compel innovation. Certainly it can be encouraged, and evidently some cultures foster it more than others, but innovative ideas begin in the secret recesses of a particular person’s brain.” *Ibid.*, p. 123; 155.

produção ao longo dos anos. A viabilização da empresa capitalista só foi possível pelo desenvolvimento de instituições que pudessem continuamente fornecer à empresa os insumos necessários para sua atividade: trabalho, terra e dinheiro (moeda).³⁸

Estruturam-se então o mercado de trabalho (em oposição à servidão, à escravidão e às guildas), a comercialização privada de terras e a livre exploração de recursos minerais (ao invés da transferência apenas por herança ou por titulação nobiliárquica)³⁹ e o controle centralizado da oferta de moeda pelo Estado, com a correlata organização de instituições bancárias, seguros, bem como da criação da sociedade anônima e do mercado de capitais.⁴⁰ Longe de serem processos harmoniosos e naturais, as transformações subjacentes ao desenvolvimento desses mercados são marcadas por fortes conflitos sociais e significativa intervenção estatal. POLANYI, em estudo paradigmático de história econômica, assevera:

“The nineteenth century – whether hailing the fact as the apex of civilization or deploring it as a cancerous growth – naïvely imagined that such a development was the natural outcome of the spreading of markets. It was not realized that the gearing of markets into a self-regulating system of tremendous power was not the result of any inherent tendency of markets toward excrescence, but rather the effect of highly artificial stimulants administered to the body social in order to meet the situation which was created by the no less artificial phenomenon of the machine”.⁴¹

³⁸ POLANYI, Karl, **The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time**, 2nd Beacon Paperback Edition. New York: Beacon Press, 2001. p. 78. Vide também FURTADO, Celso, **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**, 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000., p. 11: “[A]s relações mercantis, antes circunscritas ao intercâmbio de produtos finais ou semifinais, tendem a verticalizar-se: a penetrar na estrutura da produção, vale dizer, a transformar os ingredientes da produção em mercadorias. Tanto a terra quanto a capacidade do homem para produzir trabalho passam a ser vistas do ângulo de seu valor de troca, como objetos de transações mercantis.”

³⁹ “O severo controle que o governo exercia sobre a mineração – incluindo a operação de minas – foi virtualmente suspenso, como, por exemplo, na Prússia entre 1851 e 1865, e portanto (sujeito à permissão governamental) todo empresário poderia então reclamar o direito de explorar qualquer mineral que viesse a achar e conduzir as explorações da forma que melhor lhe aprouvesse. (...) [A] situação geral nos países desenvolvidos tendia então a transformar-se naquilo que havia sido estabelecido no *Gewerbewordnung* alemão de 1869: “As relações entre aqueles que independentemente praticam um comércio ou negócio e seus trabalhadores, assistentes ou aprendizes são determinados pelo livre contrato’. Apenas o mercado regulava a compra e venda da força de trabalho, como fazia com qualquer outra coisa.” HOBBSAWM, Eric, **A era do capital - 1848-1875**, 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007., p. 62-63.

⁴⁰ Conhecido trabalho sobre o desenvolvimento de institutos financeiros para suportar atividades econômicas é o de FERGUSON, Niall, **The ascent of money: A financial history of the world**, New York: Penguin, 2009.

⁴¹ POLANYI, **The Great Transformation.**, p. 60.

Esses novos mercados estruturados em suporte ao processo de mecanização da produção apresentavam distinção fundamental daqueles verificados desde a Antiguidade: seu escopo é *nacional*, em comparação a mercados estritamente locais (como na relação de burgos e cidades com os agricultores próximos) ou ao comércio entre distintas nações. O emprego de meios de transporte mais eficazes – notadamente a estrada de ferro – e a uniformização de regras de comercialização por meio de normas nacionais suportaram a ampliação da escala de transações. Ademais, tais mercados viabilizaram a obtenção de bens e serviços de fornecedores alternativos presentes no país, dada a maior facilidade de comparação entre as condições ofertadas por diferentes empresas.

Desse modo, é a partir do desenvolvimento dos mercados nacionais que se passa a conceber a *concorrência* como elemento organizativo central para o seu funcionamento.⁴² De forma correlata, é a partir do processo de concentração de capitais ínsito à industrialização que se passa a verificar a formação de entidades empresariais cada vez maiores e detentoras de maior poder econômico.⁴³

Se o início da industrialização contou com equipamentos desenvolvidos por indivíduos engenhosos, muitas vezes sem muita educação formal e que se utilizavam da base de conhecimentos técnicos existentes⁴⁴, as inovações tecnológicas ocorridas a partir da segunda metade do século XIX – especialmente a produção de aço e de outras ligas metálicas, a indústria química, os equipamentos

⁴² “In contrast to both external and local trade, internal trade, on the other hand, is essentially competitive; apart from the complementary exchanges it includes a very much larger number of exchanges in which similar goods from different sources are offered in competition with another. Accordingly, only with the emergence of internal or national trade does competition tend to be accepted as a general principle of trading.” *Ibid.* p. 63.

⁴³ “[C]om o acelerar-se da revolução industrial [séculos XIX e XX], em um número crescente de setores algumas unidades lograram antecipar-se às outras em obter as vantagens de redução de custos pelo aproveitamento das economias de escala. Mas isto implicou a elevação substancial de seu volume de produção e de vendas, e, conseqüentemente, a redução do volume produzido e vendido pelas demais. Estas últimas viam-se gradualmente expelidas do mercado por não poderem concorrer com os preços e mesmo a qualidade das primeiras, que acabaram por se ver sozinhas no mercado, tornando insubsistente o pressuposto da atomização, base da concorrência. Estava, assim, instalado o processo de oligopolização de inúmeros setores da economia, o qual cria uma certa barreira à entrada de novas unidades e, quanto mais ele for chegando ao monopólio, maior o seu poder de impor preços altos pelos seus produtos, apropriando-se de uma parcela da renda do consumidor.” NUSDEO, Fabio, **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico.**, 5. ed. São Paulo: RT, 2008.p. 146-149.

⁴⁴ Excelente estudo sobre pesquisas teóricas e empíricas realizadas sob o Iluminismo europeu e que estabeleceram bases de conhecimentos relevantes para a Revolução Industrial (tais como a invenção de instrumentos de medição mais precisos, estudos de hidráulica e o cálculo) pode ser encontrado em MOKYR, Joel, *The European Enlightenment, the Industrial Revolution, and modern economic growth*, in: ZUMBANSEN, Peer; CALLIESS, Galf-Peter (Orgs.), **Law, Economics and Evolutionary Theory**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 33–53.

elétricos e ópticos, a ampliação do uso da eletricidade, o refino do petróleo, o motor de combustão interna e a telefonia – foram o resultado da aplicação de conhecimentos científicos avançados à produção industrial. A Segunda Revolução Industrial, do aço e da energia elétrica, passa a depender do *laboratório de pesquisa*, tanto dentro de empresas quanto em instituições acadêmicas; o desenvolvimento de novos produtos é então conduzido por cientistas, engenheiros e técnicos especializados.⁴⁵

Desde então, as inovações tecnológicas concebidas em centros de pesquisas tiveram papel central no desenvolvimento capitalista, ao criar, ampliar e suplantiar mercados; facilitar o transporte e as comunicações; alterar custos relativos; criar novas formas de especialização do trabalho e viabilizar diferentes formas de organização da produção. A figura abaixo sintetiza o papel de inovações tecnológicas fundamentais para as transformações da economia capitalista:

Figura 1 - Cronologia de paradigmas tecnológicos⁴⁶

⁴⁵ HOBBSBAWM, **A era do capital - 1848-1875.**, p. 70-71.

⁴⁶ Baseado em VERSPAGEN, Bart, Innovation and Economic Growth, in: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.), **The Oxford Handbook of Innovation**, New York: Oxford University Press, 2006., p. 498, com modificações.

O desenvolvimento do capitalismo, impulsionado por inovações tecnológicas e suportado pela formação de mercados nacionais, teve também evidente dimensão *internacional*. O sucesso do processo de industrialização da Inglaterra levou outros países europeus a desenvolverem seus próprios parques fabris, havendo desde então casos de espionagem industrial, contrabando de máquinas, cooptação de técnicos e cientistas e até mesmo cópia pura e simples de produtos ingleses.⁴⁷ Países que estavam mais atrasados em termos de desenvolvimento industrial – notadamente Alemanha, Estados Unidos e Japão – adotaram diversas medidas a fim de acelerarem tal processo ao longo do século XIX e início do século XX.⁴⁸

Além de serem uma das causas da formação de mercados nacionais de trabalho, terra e moeda, as inovações tecnológicas empregadas na mecanização da produção também suportaram a integração de diversas regiões do globo à economia capitalista. Das fábricas de Manchester e outros centros industriais europeus saíam tecidos, cerâmicas, utensílios e máquinas para serem exportados a quase todo o planeta, transportados por trens e navios movidos a vapor. De igual modo, bens primários e outros insumos eram fornecidos à Inglaterra e aos outros países desenvolvidos.⁴⁹

Desde então, verificou-se também crescente desigualdade de renda entre os países industrializados e os outros países ou colônias. Abriu-se um grande hiato de renda entre os países industrializados e as regiões periféricas do capitalismo.⁵⁰ Tal desigualdade só veio a diminuir, em parte, com o desenvolvimento industrial de

⁴⁷ Diversos desses exemplos históricos são descritos por CHANG, Ha-Joon, **Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective**, London: Anthem Press, 2002.

⁴⁸ HOBBSBAWM, **A era do capital - 1848-1875**, p. 69; cap. 8; APPLEBY, **The relentless revolution**, cap. 6.

⁴⁹ “[P]arcialmente devido à estrada de ferro, ao vapor e ao telégrafo, que finalmente representaram os meios de comunicação adequados aos meios de produção, o espaço geográfico da economia capitalista poderia multiplicar-se repentinamente na medida em que a intensidade das transações comerciais aumentasse. O mundo inteiro tornou-se parte dessa economia. (...) Isto era particularmente crucial para o desenvolvimento econômico porque forneceu a base para a gigantesca expansão verificada nas exportações - em mercadorias, capital e homens -, que teve um papel tão importante na expansão daquele que era ainda o maior país capitalista, a Inglaterra. (...) A ferrovia, considerada do ponto de vista econômico, era basicamente um meio de ligar alguma área produtora de bens primários a um porto do qual esses bens poderiam ser enviados para as zonas industriais e urbanas do mundo.” HOBBSBAWM, **A era do capital - 1848-1875**, p. 61,91.

⁵⁰ “The history of capitalism from the Industrial Revolution onwards is one of increasing differences in productivity and living conditions across different parts of the globe.” FAGERBERG; GODINHO, **Innovation and Catching-up**, p. 514.

outras regiões do planeta ao longo do século XX, como certos países do Sudeste Asiático e da América Latina – inclusive o Brasil.⁵¹

Inovações tecnológicas desenvolvidas por empresas com base em instituições organizadas e garantidas pelo Estado, a criar e transformar mercados em nível nacional e internacional, influenciando o nível relativo de desenvolvimento econômico entre países distintos: esses são fenômenos fundamentais para o presente trabalho, o qual se concentrará em um dos seus aspectos, a saber, a cooperação entre empresas com vistas a desenvolver, implementar e difundir tais inovações.

*b. A TEORIZAÇÃO ECONÔMICA SOBRE A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: ABORDAGENS
ORTODOXAS E HETERODOXAS*

A economia como disciplina autônoma das ciências sociais é contemporânea à formação dos mercados nacionais e internacionais descrita acima. A partir do momento em que a maior parte do intercâmbio material da sociedade passa a se dar em mercados e a seguir a racionalidade capitalista instrumental de persecução do lucro⁵², são desenvolvidas teorias sobre o funcionamento desse novo fenômeno, bem como cursos acadêmicos específicos de economia para a formação de professores e profissionais especializados.⁵³

Ao analisarem as diversas transformações ocorridas nesse período, os economistas consideraram o papel das inovações tecnológicas em duas dimensões principais, estreitamente correlacionadas na teoria econômica: uma mais específica, tendo por objeto os fatores que propiciam *inovação tecnológica por empresas*; e outra mais abrangente, a considerar o impacto dessas inovações no *desempenho geral da economia*, especialmente quanto ao *crescimento econômico*. A análise das reflexões presentes na teoria econômica permitirá compreender melhor como os fenômenos verificados na experiência histórica foram apreendidos pelos economistas e influenciaram a criação de modelos conceituais que acabaram, por sua vez, por informar

⁵¹ Para abordagem histórica abrangente sobre países em desenvolvimento, vide NAYYAR, Deepak, **Catch Up: Developing Countries in the World Economy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁵² FURTADO, **Introdução ao desenvolvimento**., p. 12: “O capitalista, que antes tratava com senhores de terras, com corporações detentoras de privilégios e entidades similares, passa a lidar com ‘elementos da produção’, passíveis de serem visualizados abstratamente, comparados, reduzidos a um denominador comum, submetidos ao cálculo. A partir desse momento, a ‘esfera das atividades econômicas’ poderá ser concebida isoladamente das demais atividades sociais.”

⁵³ APPLEBY, **The relentless revolution**., p. 118.

tanto o desenho da política antitruste quanto a de fomento a inovação. Para a compreensão de tais teorias e de sua influência sobre a política antitruste aplicável a inovação, é útil identificar-lhes a filiação metodológica, como *ortodoxas* (ou *neoclássicas*) ou *heterodoxas*. Longe de esgotar todas as nuances dessas duas linhas de pesquisa econômica, esta seção visa descrever, em perspectiva histórica, seus principais desenvolvimentos e características, de forma a situar o debate dentro da economia e lançar bases para partes posteriores do trabalho.

A partir do final do século XIX e início do XX, o trabalho de diversos economistas – como Jevons, Marshall, Walras, Edgeworth e Pareto – passou a estruturar os principais parâmetros da abordagem *neoclássica*, tida como o paradigma metodológico predominante nos estudos econômicos na atualidade, e especialmente importante para a teoria e prática do direito concorrencial atual. De maneira bastante simplificada, pode-se afirmar que a economia neoclássica está fundamentada nas hipóteses (i) da *atuação racional* do indivíduo na satisfação de suas preferências, as quais teriam uma ordem sequencial clara e completa; (ii) de que consumidores sempre querem mais de um determinado bem do que menos, mas que unidades adicionais de tal bem trazem satisfação decrescente (‘utilidade marginal decrescente’); (iii) da *maximização de lucros* pelas empresas, a qual possui em regra retornos decrescentes de escala (isto é, o ganho da empresa com cada unidade adicional produzida/vendida é decrescente); (iv) do *mercado concorrencial*, em que consumidores e indivíduos atuam de forma pulverizada, e pela agregação de suas respectivas preferências resulta-se o *preço de equilíbrio*, o qual informa o nível de escassez econômica dos recursos disponíveis; (v) da ausência de excesso de demanda e, se um bem não é gratuito, também de excesso de oferta – o preço informa de maneira eficiente e impessoal o nível de escassez e com isso influencia adequadamente as interações no mercado.⁵⁴

Tais hipóteses simplificadoras da realidade permitiram a formalização de relações de causalidade por meio de equações matemáticas, garantindo forte consistência interna a estudos sob essa abordagem metodológica. Todavia, esses autores pioneiros da economia neoclássica não apresentaram uma teorização específica sobre o fenômeno da inovação tecnológica. Em seus esforços para identificar preços eficientes e

⁵⁴ HAUSMAN, Daniel M, **Philosophy of Economics**, Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/economics/>>, acesso em: 8 jul. 2012.

pontos de equilíbrio dos mercados, não houve preocupação de se estudar tal fenômeno intrinsecamente disruptivo.

O economista austríaco Joseph A. SCHUMPETER é tido como pioneiro na teorização sobre o fenômeno da inovação, fazendo-o de forma diretamente relacionada ao processo de desenvolvimento capitalista, em seu conhecido livro *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, de 1912.⁵⁵ Em tal obra, o desenvolvimento econômico seria o resultado de inovações, ou “novas combinações” de ativos econômicos por empreendedores, tais como a introdução de novos bens ou de novas qualidades a um dado bem, da introdução de um novo método de produção e da conquista de uma nova fonte de matéria-prima e insumos semiacabados, dentre outros fatores. Esses fenômenos, suportados pela disponibilização de crédito aos empreendedores, causam a constante mudança na estrutura de uma economia capitalista, tendo em vista que outros empreendedores passam a imitar a inovação pioneira (e, nesse sentido, também inovam na atuação de suas empresas), bem como a desenvolver suas próprias inovações correlatas, no mesmo ou em outros mercados.⁵⁶

A reflexão de SCHUMPETER sobre inovação continuou com a edição, em 1942, de seu livro *Capitalismo, Socialismo e Democracia*⁵⁷, em que desenvolveu a assim conhecida *hipótese schumpeteriana*: empresas com poder de monopólio apresentam melhores condições de inovar, pois têm acesso a financiamento interno mais barato, vantagens de economias de escala em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), e capacidade de apropriar ganhos com essas pesquisas por meio de lucros supracompetitivos e diminuição das incertezas.⁵⁸ Tais monopólios, todavia, são temporários, pois outras empresas vão desenvolver produtos concorrentes de forma a

⁵⁵ SCHUMPETER, Joseph, **The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1934. Trata-se tradução da obra originalmente publicada em alemão sob o título **Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung** (Berlin: Duncker & Humblot, 1912). Há versão em português: **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁵⁶ FAGERBERG, Innovation: A Guide to the Literature., p. 14-15.

⁵⁷ SCHUMPETER, Joseph A., **Capitalismo, Socialismo e Democracia**, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961., p. 81-120. Trata-se de versão em português do original **Capitalism, Socialism and Democracy**, cuja primeira edição é de 1942; a versão consultada é *e-book* da Routledge, 2010, com prefácio de Joseph Stiglitz.

⁵⁸ Em outras palavras: “the Schumpeterian hypothesis [is] the claim that a market structure involving large firms with a considerable degree of market power is the price that society must pay for rapid technological advance”. WINTER, Sidney G.; NELSON, Richard R., **An Evolutionary Theory of Economic Change**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982., p. 278.

contestar o poder econômico da firma originalmente inovadora, em um constante processo de *destruição criativa*.⁵⁹

Pouco depois, inicia-se linha de pesquisa teórica de caráter neoclássico sobre crescimento econômico, por meio do trabalho de SOLOW. Em artigo pioneiro de 1956⁶⁰, a mudança tecnológica foi considerada como fator predominante para o crescimento, ao lado do aumento da força de trabalho e do volume de poupança. Em trabalho posterior, em que avalia os desenvolvimentos dos trabalhos de abordagem ortodoxa sobre o tema, o mesmo autor deixa claro que a inovação tecnológica é o principal fator a explicar o crescimento econômico.⁶¹ Todavia, a inovação nessa abordagem é tida como um fator *exógeno* ao processo de crescimento econômico, ou seja, trata-se de um elemento dado, cuja ocorrência não se busca explicar.⁶² Em suma, não há uma teorização sobre a inovação tecnológica em si, apenas o reconhecimento de que este é o principal fator a determinar o crescimento econômico.

Esforços posteriores, ainda no âmbito da abordagem neoclássica, buscaram desenvolver teorias para a explicação de inovações tecnológicas, concentrando-se primordialmente na elaboração de modelos microeconômicos para explicar os incentivos das empresas para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, algumas delas com vistas a complementar o trabalho de SOLOW.⁶³ Esses modelos são

⁵⁹ HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura, Estrutura de mercado e inovação, *in*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.), **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 91–101; POSSAS, Mario L., Concorrência Schumpeteriana, *in*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.), **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 245–251.

⁶⁰ SOLOW, Robert M., A Contribution to the Theory of Economic Growth, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 70, n. 1, p. 65–94, 1956. Vide também SOLOW, Robert M., Technical change and the aggregate production function, **The Review of Economics and Statistics**, v. 39, n. 3, p. 312–320, 1957.

⁶¹ “More precisely, the permanent rate of growth of output per unit of labor input is independent of the saving (investment) rate and depends entirely on the rate of technological progress in the broadest sense.” SOLOW, Growth Theory and After., p. 308.

⁶² “Increasing the rate of *per capita* growth is not only not easy in this model, it is impossible unless the rate of technological progress can be altered deliberately. This reversal of conclusions has led to a criticism of the neoclassical model: it is a theory of growth that leaves the main factor in economic growth unexplained. There is some truth in that observation (...)” SOLOW, Perspectives on Growth Theory, p. 48.

⁶³ Vide, dentre outros, ARROW, K., Economic welfare and the allocation of resources for invention, 1962. AHMAD, Syed, On the Theory of Induced Invention, **The Economic Journal**, v. 76, n. 302, p. 344–357, 1966; BINSWANGER, Hans P., A microeconomic approach to induced innovation, **The Economic Journal**, v. 84, n. 336, p. 940–958, 1974; EVENSON, Robert E.; KISLEV, Yoav, A Stochastic Model of Applied Research, **Journal of Political Economy**, v. 84, n. 2, p. 265–281, 1976.; NORDHAUS, William D., An Economic Theory of Technological Change, **The American Economic Review**, v. 59, n. 2, p. 18–28, 1969.; SAMUELSON, Paul A., A Theory of Induced Innovation along Kennedy-Weisäcker Lines, **The Review of Economics and Statistics**, v. 47, n. 4, p. 343–356, 1965.

conhecidos como de inovação por incitação⁶⁴, e consideram que as empresas possuem diversas alternativas de investimentos em P&D, sendo que seu processo de escolha depende dos custos envolvidos, dos possíveis resultados esperados, das dificuldades para a apropriação de tais resultados e, também, da estrutura de mercado.

Considerando tais pesquisas microeconômicas, surgiram a partir da década de 1980 estudos de macroeconomia sobre crescimento econômico que incorporavam os esforços das empresas para inovação. Em tais modelos, a inovação tecnológica é modelada como o resultado *endógeno* de uma função envolvendo investimentos em P&D.⁶⁵ Em suma, esses modelos presumem que os esforços de P&D são como uma loteria em que o prêmio é uma inovação bem-sucedida, por meio da qual se obtém um monopólio temporário. Este se extingue quando outra empresa obtém uma inovação; desse modo, o processo de inovação é modelado como uma “escada de qualidade” (*quality ladder*), em que cada inovação se sobrepõe a uma antiga, gerando crescimento econômico.⁶⁶ Assim, como aponta ROMER, um dos principais expoentes dos modelos neoclássicos endógenos de crescimento econômico, a maior dificuldade enfrentada por tais modelos foi deixar a premissa de concorrência perfeita própria de modelos ortodoxos, de forma a incorporar o fato de que diversos mercados são habitados por empresas com poder de mercado, este muitas vezes derivado das próprias inovações tecnológicas⁶⁷ – constatação que suporta a hipótese schumpeteriana.

Ainda nos anos 1980, em paralelo aos estudos de crescimento endógeno sob a abordagem neoclássica, foram desenvolvidos importantes estudos sobre inovação de cunho *heterodoxo*. Trata-se de trabalhos que questionam pressupostos da abordagem neoclássica, tais como o postulado de racionalidade da atuação das empresas ou dos

⁶⁴ HASENCLEVER; FERREIRA, Estrutura de mercado e inovação., p. 92 a 95.

⁶⁵ Para excelente revisão teórica sobre a teoria endógena de crescimento econômico, vide ROMER, Paul M., The origins of endogenous growth, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 1, p. 3–22, 1994. Trata-se de um dos principais expoentes dessa linha de pesquisa. Vide também MAZZUCATO, Mariana, **The entrepreneurial state: debunking public vs. private myths in innovation.**, London: Anthem Press, 2013, p. 33-34.

⁶⁶ Tal resumo consta em VERSPAGEN, Innovation and Economic Growth., p. 502.

⁶⁷ ROMER, The origins of endogenous growth., p. 14.: “With the benefit of hindsight, it is obvious that growth theorists would eventually have to do what economists working at the industry and firm level have done: abandon the assumption of price-taking competition. Otherwise, there is no hope of capturing fact 5 [*Many individuals and firms have market power und earn monopoly rents on discoveries.*].”

consumidores, da eficiência do mecanismo de preço, da concorrência perfeita, e, principalmente, o respectivo método formal ou matemático-dedutivo.⁶⁸

Tais estudos visam explicar o fenômeno da inovação incorporando à análise a *incerteza* intrínseca aos esforços de progresso tecnológico, destacando-se o trabalho pioneiro de NELSON e WINTER de 1982.⁶⁹ Essa linha de investigação teórica se relaciona em importante medida às reflexões originais de SCHUMPETER, que destacava as dificuldades para a economia convencional neoclássica compreender o fenômeno do desenvolvimento econômico caracterizado por inovações ao presumir elevada previsibilidade por parte de agentes econômicos.⁷⁰ Desse modo, essa abordagem é usualmente identificada como *neoschumpeteriana* ou *evolucionista*.⁷¹

De acordo com tais estudos, a inovação apresenta um tipo de incerteza que torna a abordagem neoclássica de alocação de probabilidades predefinidas de obtenção de resultado inovador sobremodo irrealista, considerando-se a observação empírica de que inúmeras pesquisas não obtiveram quaisquer resultados economicamente úteis, ou isso ocorreu de forma totalmente inesperada.⁷²

⁶⁸ LAWSON, Tony, The nature of heterodox economics, **Cambridge Journal of Economics**, v. 30, n. 4, p. 483–505, 2006.

⁶⁹ WINTER; NELSON, **An Evolutionary Theory of Economic Change**. Há versão em português: **Uma teoria evolucionária da mudança econômica**, Campinas: Editora Unicamp, 2005.

⁷⁰ “However, where it is simply a question of making development or the historical outcome of it intelligible, of working out the elements which characterize a situation or determine an issue, economic theory in the traditional sense contributes next to nothing.” SCHUMPETER, **The Theory of Economic Development**, p. 59-60. De acordo com WINTER; NELSON, **An Evolutionary Theory of Economic Change**, p. 39: “Indeed, the term ‘neo-Schumpeterian’ would be as appropriate designation of our entire approach as ‘evolutionary’. More precisely, it could reasonably be said that we are evolutionary theorists *for the sake of being neo-Schumpeterians*(...)”.

⁷¹ Vide FAGERBERG, Jan, Schumpeter and the revival of evolutionary economics: an appraisal of the literature, **Journal of Evolutionary Economics**, v. 13, n. 2, p. 125–159, 2003; HANUSCH, Horst; PYKA, Andreas, Principles of Neo-Schumpeterian Economics, **Cambridge Journal of Economics**, v. 31, n. 2, p. 275–289, 2007.; HASENCLEVER, Lia; KUPFER, David, Introdução, *in*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.), **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. xxi–xxix. Essa linha de pesquisa tem como importante contribuição inicial artigo de ALCHIAN (Uncertainty, evolution, and economic theory, **The Journal of Political Economy**, v. 58, n. 3, p. 211–221, 1950.), em que se questionam as premissas de racionalidade e previsibilidade da abordagem neoclássica.

⁷² NELSON; WINTER, In search of useful theory of innovation.. Conforme HANUSCH; PYKA, Principles of Neo-Schumpeterian Economics., p. 276: “Precisely defined probability distributions over a closed set of possibilities cannot be assumed any longer; instead, the set of possibilities itself is subject to unexpected changes. By this intrinsic relationship between innovation and uncertainty, more complex modes of behaviour which include ‘potential surprises’ become relevant”. Desse modo, os estudos evolucionistas incorporam à sua análise o conceito de *incerteza* em distinção ao de *risco*; enquanto este abrange cenários futuros aos quais se pode alocar probabilidades de ocorrência, aquele se caracteriza pela impossibilidade de tal exercício pela ausência de informações confiáveis para tanto. Tal distinção foi originalmente desenvolvida por Frank KNIGHT, em seu livro ‘Risk, Uncertainty and Profit’, de 1921.

Assim, pode-se destacar uma primeira característica desses trabalhos, e que os distingue daqueles de abordagem neoclássica: a maior relevância conferida à análise de *história econômica*, em que se constata que inovações radicais inesperadas implicaram profundas alterações na estrutura econômica e rápido crescimento, estabelecendo paradigmas tecnológicos que por sua vez influenciaram novos desenvolvimentos tecnológicos incrementais em torno de tal paradigma. Inovações não se verificam de maneira uniforme entre firmas, mercados, regiões e países, mas se concentram em torno de alguns agentes, setores e *clusters* locais ou regionais.⁷³

Outro elemento distintivo da abordagem neoclássica é sua *premissa comportamental* dos agentes econômicos: estes não são concebidos como maximizadores racionais a ponderar probabilidades de todos os possíveis resultados conhecidos, mas sim organizações que possuem *rotinas* para suas diversas atividades – contratação de pessoal, investimento, P&D e outras decisões –, as quais são regras heurísticas desenvolvidas ao longo do tempo para lidar com os problemas imprevisíveis em um ambiente de incerteza, e que visam o lucro (não necessariamente *maximizando-o*).⁷⁴ Sob essa perspectiva, a empresa emprega suas rotinas para adotar decisões estratégicas de expansão, bem como busca novas rotinas para lidar com novos problemas – podendo nesse aspecto tanto ser inovadoras quanto imitar rotinas de outros *players*. Nesse sentido, a capacidade de inovação tecnológica de cada empresa depende das suas rotinas de P&D e de outros investimentos, estruturados a fim de obter resultados (incertos) que garantam sua lucratividade e sobrevivência no mercado. Com isso, empresas desenvolvem capacidades distintas para conseguir disputar o mercado,

⁷³ VERSAPAGEN, *Innovation and Economic Growth.*, p. 499. Tal aspecto decorre de constatação de SCHUMPETER sobre *clusters* de empresas (ou empreendedores) em setores inovadores e correlacionados (**The Theory of Economic Development.**, p. 229-230).

⁷⁴ “The orthodox assumption is that there is a global, faultless, once-and-for-all optimization over a given choice set comprising all objectively available alternatives. This clearly conflicts with, for example, an assumption that the firm operates at all times with a status quo policy, the profitability of which it inexactly compares from time to time, with individual alternatives that present themselves by processes not entirely under its control – changing policies when the comparison favors the presented alternative over the current status quo.” WINTER; NELSON, **An Evolutionary Theory of Economic Change.** p. 31. SCHUMPETER também questionava a presunção neoclássica de racionalidade: “The assumption that conduct is prompt and rational is in all cases a fiction. But it proves to be sufficiently near to reality, if things have time to hammer logic into man. Where this has happened, and within the limits in which it has happened, one may rest content with this fiction and build theories upon it. (...) Outside of these limits our fiction loses its closeness to reality. To cling to it here also, as the traditional theory does, is to hide an essential thing and to ignore a fact which, in contrast with other deviations of our assumptions from reality, is theoretically important and the source of the explanation of phenomena which would not exist without it.” (**The Theory of Economic Development.**, p. 80).

sobreviver e crescer – daí o caráter evolucionista dessa abordagem teórica.⁷⁵ Como conseqüência de tal abordagem, não se dá ênfase a estados de *equilíbrio* de curto ou longo prazo – aspecto central na abordagem neoclássica –, mas sim ao resultado das interações entre empresas com suas respectivas rotinas na conformação e desempenho de um determinado mercado ou indústria.⁷⁶

A incorporação da incerteza como fator central ao processo de inovação fez com que estudos de cunho heterodoxo destacassem a relevância de outras *instituições sociais* – além do mercado – na gestão e difusão do conhecimento tecnológico, bem como os efeitos de retroalimentação (*feedback*) entre inovação, crescimento e estrutura de mercado. O ambiente institucional passa a ser relevante pois pode tanto fomentar quanto impedir o desenvolvimento tecnológico. Esse contexto institucional é em si mesmo um fator endógeno, pois está sujeito à influência de inovações tecnológicas e de mudanças correlatas na estrutura da economia, de forma a se verificar uma causalidade recíproca.⁷⁷⁻⁷⁸

Verificam-se hoje, portanto, dois paradigmas teóricos principais na doutrina econômica sobre o fenômeno da inovação, o ortodoxo (ou neoclássico) e o heterodoxo (ou evolucionista). Uma vez apresentadas as principais características de tais abordagens desenvolvidas ao longo do século XX, três observações são pertinentes neste ponto do trabalho. A primeira refere-se ao fato já apontado acima de que a doutrina antitruste hodierna é primordialmente influenciada pela economia neoclássica.⁷⁹ Desse modo, as dificuldades de tal linha de pesquisa econômica em lidar com o fenômeno da inovação tecnológica podem se refletir na política antitruste.

⁷⁵ “Market environments provide a definition of success for business firms, and that definition is very closely related to their ability to survive and grow.” WINTER; NELSON, **An Evolutionary Theory of Economic Change**, p. 9.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 18: “We emphatically do not assume that our model industries are in long-run equilibrium, or focus undue attention upon the characteristics of long-run equilibria. The core concern of evolutionary theory is with the dynamic process by which firm behavior patterns and market outcomes are jointly determined over time.”

⁷⁷ Cf. VERSAPAGEN, *Innovation and Economic Growth*., p. 499.

⁷⁸ Quanto a esse aspecto, há diversos pontos de relacionamento entre tais pesquisas heterodoxas e aquelas desenvolvidas sob a assim chamada ‘Nova Economia Institucional’ (NEI), cujos principais expoentes são Oliver WILLIAMSON e Douglass NORTH. Análise mais detalhada sobre a relevância da NEI para o presente trabalho constará na Seção 2.B e Capítulo 3 abaixo.

⁷⁹ GERBER, **Global Competition Law**., p. 104-108.

A segunda observação é de que há diversos pontos de aproximação mais recente entre essas duas linhas de investigação acadêmica. Assim, modelos de crescimento endógeno do tipo *quality ladder* incorporam a hipótese schumpeteriana de poder de mercado temporário decorrente de inovações; ao mesmo tempo, estudos evolucionistas buscam desenvolver modelos formalizados matematicamente.⁸⁰

A tal observação relaciona-se a terceira, referente ao método empregado no presente trabalho: se a abordagem neoclássica pode ‘emprestar’ pressupostos mais realistas de estudos heterodoxos sobre inovação tecnológica, é importante levar em conta outros referenciais teóricos além do *mainstream* a fim de avaliar regras antitruste adequadas para lidar com o fenômeno da inovação tecnológica, especialmente aquela decorrente de esforços cooperativos entre empresas. Dito de outro modo, a compreensão da teoria econômica ortodoxa é extremamente relevante para que se entendam as principais características das políticas de defesa da concorrência empregadas em diversos países, inclusive no Brasil; não obstante, as limitações da abordagem neoclássica para apreender mudanças técnicas abrem espaço para reflexões heterodoxas que podem contribuir na avaliação que se busca empreender neste trabalho.

c. *A PERSPECTIVA DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO*

A reflexão teórica apontada no item anterior deu-se primordialmente tendo por referencial a realidade dos países desenvolvidos. SCHUMPETER, por exemplo, ao tratar do desenvolvimento econômico, tinha por preocupação central explicar as mudanças ocorridas na economia dos países industrializados, e não uma avaliação sobre os fatores do subdesenvolvimento.

No imediato pós-guerra, economistas confrontados com a realidade de diversas ex-colônias e outros países independentes da periferia do capitalismo buscaram tanto explicar os motivos do subdesenvolvimento quanto propor políticas para que países pobres pudessem alcançar maiores níveis de renda, principalmente por meio da industrialização mais acelerada de suas economias.⁸¹ De acordo com esses autores, os modelos neoclássicos não seriam aplicáveis à realidade dos países subdesenvolvidos, pois presumem escassez de mão de obra, ao passo que este fator de produção é

⁸⁰ VERSPAGEN, Innovation and Economic Growth.

⁸¹ Coletânea com alguns dos principais artigos seminais dessa linha de pensamento consta em AGARWALA, Amar Narain; SINGH, Sampat Pal (Orgs.), **A economia do subdesenvolvimento**, Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

abundante em países subdesenvolvidos. Ademais, transações de mercado sob o livre comércio não levaram e não levariam a uma convergência entre os países, pois preços de produtos agrícolas fornecidos por países pobres seriam em regra deprimidos em comparação aos industrializados das nações avançadas; logo, aqueles nunca acumulariam capital suficiente para incrementar sua produtividade e assim, aumentar sua renda para aproximarem-se destes. Por fim, investimentos industriais possuem retornos crescentes de escala, geram externalidades sociais positivas⁸² e dependem de investimentos em outras atividades industriais paralelas complementares, efeitos que podem não ser refletidos no preço de venda final naquele país subdesenvolvido e que desincentivam o investimento privado, o que justificaria a intervenção estatal para o desenvolvimento industrial desses países e regiões.⁸³

Essas obras deram origem a uma subdisciplina denominada *economia do desenvolvimento* (“development economics”, em inglês). Não convém, neste trabalho, apontar as diferentes teorias concebidas ao longo dos anos no âmbito de tal campo de estudo, as quais também abrangem tanto abordagens heterodoxas quanto, mais recentemente, também neoclássicas.⁸⁴ Não obstante, é útil apontar ao menos duas constatações de estudos de economia do desenvolvimento sobre o fenômeno da inovação no contexto dos países periféricos do capitalismo:

⁸² De acordo com a teoria econômica, externalidades são verificadas quando transações impactam, positiva ou negativamente, o bem-estar ou a atividade de terceiro, sem que tal impacto seja considerado pelas partes e, portanto, não seja refletido no preço que rege a transação. Exemplo clássico é a poluição causada por atividades industriais, caso não haja alguma medida que determine, ao menos em parte, a incorporação da degradação do ar e do meio ambiente no preço do produto resultante de tal atividade. Já quanto a externalidades positivas, o exemplo conhecido é a educação, dado que, mesmo quando contratada junto a prestadores privados, dificilmente o valor representará todos os benefícios à sociedade decorrentes da melhor formação de profissionais. Vide VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph E; VERNON, John M, **Economics of Regulation and Antitrust**, 4th. ed. Cambridge: MIT Press, 2005., p. 376-377.

⁸³ BASTOS, Carlos Pinkusfeld; BRITTO, Gustavo, Introdução, in: AGARWALA, Amar Narain; SINGH, Sampat Pal (Orgs.), **A economia do subdesenvolvimento**, Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 7–41. De acordo com Amartya SEN, “[i]t was argued by development economists that neoclassical economics did not apply terribly well to underdeveloped countries. This need not have caused great astonishment, since neoclassical economics did not apply terribly well anywhere else. However, the role of the state and the need for planning and deliberate public action seemed stronger in underdeveloped countries, and the departure from traditional neoclassical models was, in many ways, more radical.” SEN, Amartya, Development: Which Way Now?, **The Economic Journal**, v. 93, n. 372, p. 745–762, 1983. Para uma avaliação recente e crítica das abordagens desenvolvimentistas originais vide COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd, **Solomon’s Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**, Princeton: Princeton University Press, 2012., cap. 13.

⁸⁴ Vide TOYE, John, Changing perspectives in development economics, in: CHANG, Ha-Joon (Org.), **Rethinking development economics**, London: Anthem Press, 2003, p. 21–40.

- i. O subdesenvolvimento pode ser concebido como *distância da fronteira tecnológica conhecida*. Vale dizer: além de indicadores como baixos níveis relativos de educação e saúde da população e de expectativa de vida, a realidade econômica de países em desenvolvimento também pode ser avaliada em termos da ausência de tecnologias já conhecidas e empregadas em países industrializados.
- ii. Assim, o processo de desenvolvimento desses países pode também ser concebido como o de *mudança estrutural da economia*, por meio da incorporação de tecnologias já presentes nos países desenvolvidos e pela criação e adoção de inovações próprias, que viabilizam novas atividades econômicas de maior produtividade.

Celso FURTADO, economista que teve papel de destaque nas reflexões e nas políticas de desenvolvimento em nosso país⁸⁵, resume de maneira clara esses pontos:

“O processo de desenvolvimento se realiza seja através de combinações novas dos fatores existentes no nível da técnica conhecida, seja através da introdução de inovações técnicas. Numa simplificação teórica se pode admitir como plenamente desenvolvidas, num momento dado, aquelas regiões em que, não havendo desocupação de fatores, só é possível aumentar a produtividade (a produção real *per capita*) introduzindo novas técnicas. Por outro lado, as regiões cuja produtividade aumenta ou poderia aumentar pela simples implantação das técnicas já conhecidas são consideradas em graus diversos de subdesenvolvimento. O crescimento de uma economia desenvolvida é, portanto, principalmente, um problema de acumulação de novos conhecimentos científicos e de progressos na aplicação tecnológica desses conhecimentos. O crescimento das economias subdesenvolvidas é, sobretudo, um processo de assimilação da técnica prevalente na época”.⁸⁶ (grifo nosso)

⁸⁵ “Coautor de teses estruturalistas, [Furtado] aplicou-as ao caso brasileiro e divulgou-as no país com grande competência, dando consistência analítica e garantindo unidade mínima ao pensamento econômico de parcela significativa dos técnicos governamentais engajados no projeto de industrialização brasileira. Seu fôlego inesgotável e sua admirável capacidade de combinar criação intelectual e esforço executivo, assim como sua habilidade e senso de oportunidade para abrir espaço às tarefas desenvolvimentistas que propagava, explicam a enorme liderança que exerceu entre os economistas da época”. (BIELSCHOWSKY, Ricardo, **Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**, 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000., p. 132).

⁸⁶ FURTADO, Celso, **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**, 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. 85 (obra originalmente publicada em 1961). Vide também a posição de Richard NELSON: “The central question of development economics is, or ought to be: ‘How have and how can countries that are significantly behind the technological and economic frontier catch up?’” (The changing institutional requirements for technological and economic catch up, **International Journal of Technological Learning, Innovation and Development**, v. 1, n. 1, p. 4–12, 2007.).

Mais recentemente, RODRIK, economista de formação neoclássica, aponta para a inovação como elemento central para o desenvolvimento econômico:

“What we have in mind here is not innovation and R&D in the sense that these terms are used in the advanced economies, but the ability to identify and generate higher productivity activities. (...) The development process in less advanced countries is largely about structural change: it can be characterized as one in which an economy finds out – self-discovers – what it can be good at, out of the many products and process that already exist. (...) It is innovation that enables restructuring and productivity growth”.⁸⁷ (grifo nosso)

Tendo isso em conta, inovações relevantes para o desenvolvimento de países periféricos não são, necessariamente, aquelas presentes em setores de alta tecnologia, mas também, e principalmente, a adoção pelas suas empresas de tecnologias mais simples já conhecidas em outras regiões, o que em regra também envolve inovações incrementais para modificações necessárias ao atendimento das especificidades locais.⁸⁸ Trata-se de peculiaridade dos países em desenvolvimento que se deve ter em mente, pois diversos estudos brasileiros sobre a relação entre inovação e antitruste têm por referencial precípua mercados de alta tecnologia de países avançados, os quais não necessariamente se relacionam aos maiores desafios de política concorrencial em países em desenvolvimento.⁸⁹

⁸⁷ RODRIK, Dani, **One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth**, New Jersey: Princeton University Press, 2008., p. 76-77; 101. Em outro trecho da mesma obra, o autor expõe sua filiação metodológica: “At the core of neoclassical economics lies the following methodological predisposition: social phenomena can best be understood by considering them to be an aggregation of purposeful behavior by individuals – in their roles as consumer, producer, investor, politician, and so on – interacting with each other and acting under the constraints that their environment imposes. This I find to be not just a powerful discipline for organizing our thoughts on economic affairs, but the only sensible way of thinking about them. If I often depart from the consensus that ‘mainstream’ economists have reached in matters of development policy, this has less to do with different modes of analysis than with different reading of the evidence and with different evaluations of the ‘political economy’ of developing nations” (p. 3).

⁸⁸ Cf. Richard NELSON, “[s]taying competitive means different things in different national contexts. For firms located in high wage countries, being competitive may require having a significantly more attractive product or a better production process than firms in low wage countries. For the latter, being competitive may not require being at the forefront. Indeed much of the innovation in low-income countries involves the learning of foreign technology, its diffusion and perhaps its adaption to local circumstances of demand or production.” (A retrospective, in: NELSON, Richard R. (Org.), **National innovation systems: a comparative analysis**, New York: Oxford University Press, 1993, p. 509).

⁸⁹ Há trabalhos interessantes sobre questões concorrenciais envolvendo o uso e licenciamento de patentes que, não obstante serem elaborados no Brasil por autores nacionais, não identificam exemplos concretos no país como ilustração, acabando por se ater a problemas típicos de países com alta tecnologia. Vide, por exemplo, MENEGATTI, André Luís, Pools de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência, **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 1, p. p-16, 2013; SILVA, Denise Freitas, **Pools de patentes: impactos no interesse público e interface com problemas de qualidade do sistema de patentes**, Tese de Doutorado, Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

d. O CONCEITO DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

As reflexões da teoria econômica apresentadas nas Seções 1.A e 1.B acima, especialmente por SCHUMPETER e os neoschumpeterianos, influenciaram de maneira decisiva a forma com que se definem e qualificam inovações tecnológicas em sociedades capitalistas contemporâneas.

Uma primeira distinção relevante a ser feita é entre *inovação* e *invenção*: esta se caracteriza como a descoberta ou criação de um conhecimento novo – especialmente de caráter científico e tecnológico –, ao passo que aquela envolve a tentativa de aplicar na prática tal ideia, em termos de novos bens e serviços, mudanças em processos produtivos, utilização de novas combinações de matérias primas, alterações na organização da empresa, dentre outros.

Na avaliação pioneira de SCHUMPETER, uma invenção sem aplicação prática é irrelevante em termos econômicos. Inovações necessariamente envolvem novas combinações de ativos econômicos feitas por empresas, que podem ou não ter por base uma invenção. Ademais, as atividades inventiva e inovadora, embora possam estar correlacionadas, requerem habilidades bastante distintas das pessoas nelas envolvidas.⁹⁰ Invenções podem ocorrer em diversos ambientes – como universidades, laboratórios e centros de pesquisa –, ao passo que inovações em regra são implantadas por empresas, as quais devem combinar conhecimentos, habilidades e recursos para impactar o mercado.⁹¹ Exemplo histórico ilustrativo é a invenção do avião 14 Bis por Santos Dumont, da qual não decorreu o estabelecimento de uma inovadora indústria aeronáutica no Brasil.⁹²

Outra distinção relevante também inspirada na obra do economista austríaco se dá entre inovações *radicais* e *incrementais*. As primeiras envolvem a implantação e difusão de tecnologias que alteram de forma significativa a dinâmica de um determinado mercado, ou mesmo de toda a economia, como no caso do emprego da eletricidade e da tecnologia da informação (quando se pode falar em novos *paradigmas*

⁹⁰ SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development*., p. 88-89.

⁹¹ FAGERBERG, *Innovation: A Guide to the Literature*., p. 4-5.

⁹² Tal indústria só veio a ser estabelecida no país na década de 1970, durante o regime militar, em bases absolutamente distintas da criação original de Dumont; vide DAHLMAN, Carl J.; FRISCHTAK, Claudio R., *National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience*, in: NELSON, Richard R. (Org.), *National innovation systems: a comparative analysis*, New York: Oxford University Press, 1993, p. 414-449.

tecnológicos).⁹³ Por outro lado, tais inovações radicais decorrem de ajustes incrementais em tecnologias pretéritas ou dependem de melhorias marginais em outros conhecimentos correlatos a fim de que seus benefícios econômicos possam ser plenamente auferidos.⁹⁴ Assim, para usar exemplo já referido, ainda que a fabricação em série de aviões tenha revolucionado o transporte de passageiros e cargas, melhorias constantes em *design* aerodinâmico, tecnologia de materiais e sistemas de propulsão (hélices, motores, turbinas) são fundamentais para tornar tal transporte cada vez mais eficiente.

Essa distinção apresenta peculiaridades relevantes no contexto de países em desenvolvimento, pois uma eventual tecnologia já ultrapassada em economias industrializadas pode ser radical no contexto de um país subdesenvolvido. Ademais, a organização de novas atividades econômicas por meio da importação de tecnologias radicalmente inovadoras no país de destino em regra envolve ajustes incrementais para adaptá-la a outras condições de mercado.

A consideração sobre essas distinções – entre o que é ou não uma inovação, e seus possíveis tipos em diferentes contextos – chama a atenção para o fato de que a qualificação de uma determinada tecnologia como *inovadora* implica a identificação, por *alguém*, do que ela apresenta de *novidade*. Em outras palavras, em sociedades capitalistas complexas – tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento –, o conhecimento científico e tecnológico organiza-se por meio de instituições especializadas (universidades, centros de pesquisas, sociedades científicas, entidades de registro de patentes, órgãos de padronização, institutos de estatística, associações profissionais etc.), de forma a estabelecer parâmetros para a avaliação de criações que possuam características distintas daquelas verificadas em elementos já constantes na base de conhecimento vigente.⁹⁵

Tendo isso em conta, tem-se buscado métodos para identificar e quantificar a criação, difusão e implantação de conhecimentos científicos e tecnológicos, bem como de inovações em economias capitalistas. O primeiro conjunto de regras e critérios de ampla aceitação para tanto foi o *Manual de Frascati*, editado originalmente em 1963

⁹³ Vide Figura 1 acima.

⁹⁴ FAGERBERG, Innovation: A Guide to the Literature., p. 7-8.

⁹⁵ Cf. BORA, Alfons, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, *in*: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.), **Innovationsfördernde Regulierung: Innovation und Recht II.**, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 23–43.

pela OCDE para avaliação estatística de *projetos de P&D*, com base em material preparado por Christopher FREEMAN, economista neoschumpeteriano britânico.⁹⁶ Para tanto, o documento define certos conceitos elementares, tais como os de pesquisa básica e aplicada e de desenvolvimento experimental, tendo por preocupação central diferenciar de outras atividades científicas e industriais os esforços de P&D – i.e., o “trabalho criativo levado a cabo de forma sistemática para aumentar o campo dos conhecimentos (...) e a utilização desses conhecimentos para criar novas aplicações”; “a [P&D] aparece quando a resolução de um problema não é evidente para alguém que tenha o conjunto básico de conhecimentos da área e conheça as técnicas habitualmente utilizadas nesse sector”.⁹⁷

Atualmente em sua sexta edição (2002), o Manual de Frascati tornou-se o principal padrão internacional para identificação e sistematização de informações estatísticas sobre projetos de P&D, sendo empregado não só por países da OCDE, mas também por abrangente grupo de países em desenvolvimento.⁹⁸ Para fins deste estudo, é relevante a diferenciação feita pelo Manual entre as *atividades de P&D* e a *inovação tecnológica*:

“As actividades de inovação tecnológica são o conjunto de etapas científicas, tecnológicas, organizativas, financeiras e comerciais, incluindo os investimentos em novos conhecimentos, que levam ou que tentam levar à implementação de produtos e de processos novos ou melhorados. A [P&D] não é mais do que uma destas actividades e pode ser desenvolvida em diferentes fases do processo de inovação, não sendo utilizada apenas enquanto fonte de ideias criativas, mas também para resolver os problemas que podem surgir em qualquer fase até a sua implementação”.⁹⁹ (grifo nosso)

Tal diferenciação remonta àquela feita por SCHUMPETER entre *invenção* e *inovação*: os esforços de P&D visam criar/inventar novos conhecimentos científicos e tecnológicos, os quais podem ou não ser empregados em produtos ou processos produtivos inovadores. Ademais, estes podem tanto ser vinculados a projetos de P&D

⁹⁶ O Manual leva esse nome por ter sido aprovado em conferência realizada entre especialistas dos países-membros da OCDE na cidade italiana de Frascati em junho de 1962 (OECD, **Manual de Frascati 2002**, Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2008, p. 199).. Vide também FREEMAN, Christopher; SOETE, Luc, Developing science, technology and innovation indicators: What we can learn from the past, **Research Policy**, v. 38, n. 4, p. 583–589, 2009.

⁹⁷ OECD, **Manual de Frascati 2002**., p. 43, 48. A versão em português do Manual identifica as atividades de P&D como ‘Investigação e Desenvolvimento’ (ID), termo empregado em Portugal.

⁹⁸ Cf. OECD, **Measuring R&D in Developing Countries - Annex to the Frascati Manual**, Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2012, p. 3.

⁹⁹ OECD, **Manual de Frascati 2002**., p. 27.

quanto a outras iniciativas que dependem do emprego de elementos já presentes no estoque de conhecimento disponível.¹⁰⁰

Em vista de tal distinção, a OCDE, em iniciativa conjunta com o órgão da Comissão Europeia para pesquisa estatística (Eurostat), buscou criar no início dos anos 1990 metodologia para levantamento de dados específicos sobre inovação tecnológica, tendo por referência a experiência bem-sucedida do Manual de Frascati. O resultado foi o *Manual de Oslo*, cuja primeira edição foi publicada em 1992, e também foi bastante influenciado pelos estudos de SCHUMPETER e dos neoschumpeterianos.¹⁰¹ Desde então, o Manual teve duas novas edições, em 1997 e 2005, e vem sendo empregado por diversos países para pesquisa estatística de inovações implantadas por empresas, inclusive pelo Brasil, por meio da Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) desde 2000.¹⁰² O Manual de Oslo apresenta o seguinte conceito de inovação tecnológica:

“Inovações Tecnológicas em Produtos e Processos (TPP) compreendem as implantações de produtos e processos tecnologicamente novos e substanciais melhorias tecnológicas em produtos e processos. Uma inovação TPP é considerada **implantada** se tiver sido introduzida no mercado (inovação de produto) ou usada no processo de produção (inovação de processo). Uma inovação TPP envolve uma série de **atividades** científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais. Uma **empresa inovadora em TPP** é uma empresa que tenha implantado produtos ou processos tecnologicamente novos ou com substancial melhoria tecnológica durante o período em análise”.

¹⁰³

Trata-se de definição fundamental para o presente trabalho, pois é abrangente o suficiente a fim de abarcar a realidade de países em desenvolvimento como o Brasil: leva em consideração tanto inovações implantadas por uma determinada empresa que representa uma nova tecnologia de caráter genuinamente inovador em nível mundial,

¹⁰⁰ De acordo com FREEMAN e SOETE, citando diversos autores, “innovation capability had to be seen less in terms of the ability to discover new technological principles, and more in terms of the ability to exploit systematically the effects produced by new combinations and uses of components in the existing stock of knowledge.” Developing science, technology and innovation indicators., p. 587).

¹⁰¹ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo - Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica**, 2. ed. Brasília: FINEP - Financiadora de Estudos e Projetos, 2004., p. 18. Em outro trecho, o Manual reconhece a influência da economia evolucionista (ou evolucionária) em sua elaboração: “A abordagem evolucionária enfatiza a importância da variedade e da diversidade tecnológicas e das formas em que a variedade se traduz em oportunidades e resultados tecnológicos. Elas influenciam a capacidade de inovação das empresas e as ‘trajetórias’ ou direções em que as empresas inovam.” (p. 35)

¹⁰² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2011**, Rio de Janeiro: IBGE, 2013., p. 14. Mais informações podem também ser obtidas na página <<http://www.pintec.ibge.gov.br>>, acesso em: 15 jan. 2014.

¹⁰³ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo**., p. 54 - destaques no original.

quanto a adoção de tecnologia já existente no exterior para a oferta de novo produto ou incremento na eficiência de um determinado processo produtivo.

Por outro lado, é limitada a inovações *tecnológicas*, não abrangendo outros tipos de medidas inovadoras que são adotadas por empresas, notadamente aquelas relacionadas a formas de organização da atividade empresarial e de comercialização (*marketing*) de seus bens e serviços.¹⁰⁴ Embora extremamente relevantes na estratégia competitiva de empresas de países em desenvolvimento, inovações organizacionais não são objeto do presente trabalho.

Convém apontar para ao menos quatro aspectos da inovação tecnológica que são descritos pelo Manual de Oslo e que contribuirão para a análise a ser empreendida nos próximos capítulos deste estudo.

Em primeiro lugar, a inovação tecnológica é analisada ao nível *da empresa*: essa organização é a unidade básica de análise para a identificação de inovações tecnológicas, pois nas economias capitalistas é a ela que cabe empregar conhecimentos existentes ou desenvolver novos para que, pelo novo arranjo dos recursos disponíveis, seja empregado um novo processo produtivo ou ofertado um novo produto.¹⁰⁵ Ademais, a difusão de uma tecnologia inovadora para novas empresas (ainda que por imitação de uma empresa líder) implica o aumento da produtividade da economia como um todo, fenômeno bastante relevante.¹⁰⁶

¹⁰⁴ A terceira edição do Manual de Oslo buscou ampliar seu escopo de forma a criar regras padronizadas para pesquisas estatísticas não só de inovações *tecnológicas*, mas também as de cunho *organizacional* e de *marketing*. Levando isso em conta, é mais relevante como referência para este trabalho a segunda edição do Manual, que é a citada nas notas acima.

¹⁰⁵ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo**, p. 19. Fábio Konder COMPARATO, em conhecido artigo, aponta para o papel central da empresa para a inovação tecnológica: “O fato novo, responsável pela grande transformação da atividade produtiva, na era contemporânea, é justamente a organização e a programação do progresso tecnológico, como função da empresa, pública ou privada. Mesmo quando a pesquisa científica é patrocinada e custeada pelo Estado para fins políticos – como sucede na indústria bélica – ela acaba se moldando às exigências do funcionamento das empresas. Tanto mais que, atualmente a simples demonstração, pela pesquisa, da solução prática de determinado problema não é bastante para seu aproveitamento industrial, sem um trabalho mais ou menos longo de desenvolvimento da invenção para fins de sua exploração empresarial.” (A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 47, 1982, p. 45).

¹⁰⁶ Sobre a importância das empresas no processo de desenvolvimento, vide FAGERBERG; GODINHO, *Innovation and Catching-up*, p 536.

O segundo aspecto relevante é que o conhecimento tecnológico a suportar essas inovações apresenta, em muitos casos, características de *bens públicos* (no sentido econômico do termo).¹⁰⁷ De acordo com o Manual de Oslo:

“Muitos dos conhecimentos tecnológicos exibem as características de um *bem público* já que os custos de torná-los disponíveis a muitos usuários são baixos em comparação com os custos de seu desenvolvimento e que, uma vez disseminados, não se pode negar novos acessos aos usuários. Esta característica é a fonte de dois dos problemas principais enfrentados pelos inovadores privados. O primeiro é o transbordamento dos benefícios da inovação (externalidades positivas), o fato de que o retorno social da inovação é geralmente mais alto do que o retorno privado (clientes e concorrentes se beneficiam das inovações de uma empresa). O segundo problema é, na verdade, outro aspecto do primeiro — o conhecimento não pode ser apropriado. Em tal caso, a empresa não pode capturar todos os benefícios gerados por sua inovação, o que reduz o incentivo para investimento em atividades inovadoras. Assim, onde o conhecimento tecnológico tiver características de bem público, haverá uma falha nas forças de mercado (*falha de mercado*) que, não fora isto, poderiam motivar as empresas a inovar”.¹⁰⁸

Dito de outra forma, há muitas vezes problema intrínseco às iniciativas de empresas para desenvolver e implementar inovações: os conhecimentos subjacentes aos novos produtos e processos podem ser copiados ou imitados por concorrente, diminuindo os preços do bem ou serviço inovador, de forma que tal empresa pode não se apropriar dos resultados desse investimento. É por conta de tal problema que se desenvolveu um sistema de proteção de propriedade intelectual – em especial de patentes.¹⁰⁹ Todavia, nem sempre os conhecimentos relevantes para inovações podem ser adequadamente protegidos pelas normas patentárias e de *copyright*, e, em países menos desenvolvidos, atividades inovadoras a ampliar a produtividade geral da economia muitas vezes não são passíveis de proteção por patentes.¹¹⁰

¹⁰⁷ Cf. Anthony OGUS (**Regulation: Legal Form and Economic Theory**, Oxford: Clarendon Press, 1994., p. 33): “[A] public good is a commodity the benefit from which is shared by the public as a whole, or by some group within it. More specifically, it combines two characteristics: first, consumption by one person does not leave less for others to consume; and, secondly, it is impossible or too costly for the supplier to exclude those who do not pay from the benefit.”

¹⁰⁸ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo**., p. 34. Sobre o conceito de externalidades, vide nota de rodapé 82 acima.

¹⁰⁹ Vide análise detalhada na Subseção 2.B.iii abaixo.

¹¹⁰ As dificuldades enfrentadas por empreendedores para investir em novas atividades econômicas em países em desenvolvimento são retratadas por RODRIK: “The problem with innovation is that it is hard to create but easy to copy or imitate. This means that part (or most) of the returns to innovation spill over to other people. This reduces the expected private return to innovation and hence may cause it to be inadequately supplied. In response to this, the world has opted to consider the output of innovators as an item of property that needs protection: hence the development of patents, copyrights, and other forms of intellectual property rights protection. (...) The problem is that the ideas that are valuable at low levels of development are typically not patentable.” (**One Economics, Many Recipes**., p. 76).

O terceiro aspecto a ser destacado é o reconhecimento, pelo Manual de Oslo, de que inovações tecnológicas não decorrem de um processo linear, com etapas sequenciais claramente delimitadas e predefinidas, mas sim de processos iterativos, que, não obstante possam ser estruturados e organizados, envolvem diversos *feedbacks* e retrocessos ao longo do caminho, com fortes elementos de incerteza. Desse modo, a inovação é entendida como “atividade complexa e diversificada em que diversos componentes interagem”.¹¹¹

O quarto e último aspecto de inovações tecnológicas a ser destacado dentre aqueles descritos no Manual de Oslo relaciona-se diretamente aos três primeiros: empresas, embora sejam a unidade básica do complexo processo de inovação, não o conduzem de maneira isolada, mas sim em interação constante com outras organizações e com seu ambiente institucional, tendo como preocupação central a apropriação dos resultados econômicos da inovação (i.e., auferir lucros) e a diminuição de incertezas. A figura abaixo, constante no Manual, mapeia os fatores relevantes à empresa inovadora:

Figura 2 – Mapa dos fatores relevantes para a inovação tecnológica¹¹²

¹¹¹ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo**, p. 44.

¹¹² *Ibid.*, p. 37, com modificação do título.

Como é assente na literatura especializada, empresas não inovam em isolamento, de maneira autossuficiente.¹¹³ Elas dependem, em primeiro lugar, de uma *base de conhecimentos científicos e tecnológicos*, i.e., de instituições acadêmicas e científicas (geralmente geridas pelo Estado) que organizem o estoque de conhecimento e o disponibilizem por meio de formação e treinamento de profissionais, dentre outros meios. A inovação por empresas depende também da incorporação (ou aprendizado) desses conhecimentos, o que se dá pelos *fatores de transferência*. Estes abrangem, dentre outros, “elos entre empresas, formais ou informais, incluindo redes de pequenas firmas, relações entre usuários e fornecedores, relações entre empresas [e] estímulos dentro dos ‘conglomerados’ [*clusters*] de concorrentes”, que ‘podem produzir fluxos de informações que propiciem inovações, ou que levem as empresas a serem mais receptivas a elas’”.¹¹⁴ As atividades e habilidades da empresa para incorporar os conhecimentos necessários (inclusive por meio de cooperação com outras empresas), bem como combiná-los com outros recursos de forma a se aproveitar das oportunidades de mercado disponíveis que gerem novas oportunidades de lucro compreendem o *dinamo da inovação*, as quais variam de empresa a empresa.¹¹⁵

A esses três conjuntos de fatores soma-se um quarto, de caráter mais abrangente: as *condições estruturais*, que compreendem o sistema educacional básico, as características do mercado em que atua a empresa, a disponibilidade de crédito para financiamento de iniciativas inovadoras, e – o mais relevante para o presente estudo – o regime jurídico-institucional aplicável às atividades empresariais, incluindo-se o sistema de proteção a patentes e a política de defesa da concorrência.¹¹⁶

¹¹³ FAGERBERG, Innovation: A Guide to the Literature., p. 20.

¹¹⁴ OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo.**, p. 40.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 41

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 37-38.

A conjunção desses quatro grupos de fatores em nível nacional compõe o que vem sendo denominado pela literatura especializada de *Sistema Nacional de Inovação* – SNI¹¹⁷, conceito que também faz parte do referencial analítico do Manual de Oslo.¹¹⁸ De acordo com estudo da CEPAL:

“A ideia central do SNI é que a aprendizagem não depende somente das empresas individualmente, mas de redes formadas por organizações de diferentes tipos e objetivos. **É cada vez mais difícil que as empresas individualmente possam dispor de todas as capacidades requeridas para competir num mundo em que o progresso técnico se acelera e no qual a especialização se aprofunda.** Essas capacidades só podem ser plenamente desenvolvidas num contexto de redes, onde os fluxos de informação e tecnologia entre empresas e organizações são tão importantes como os de bens e insumos. A inovação é antes de tudo um processo interativo em que diversos agentes convergem no esforço inovador, e o marco institucional que os articula é fundamental. A empresa é o lugar da inovação, mas sem dúvida a intensidade da mesma depende fortemente das externalidades que dispõe, tanto a nível setorial como macroeconômico”.¹¹⁹ (grifo nosso)

Nota-se que a formação desses Sistemas Nacionais decorre de aspectos fundamentais do fenômeno da inovação tecnológica nas sociedades capitalistas contemporâneas apontados acima: a incerteza e a complexidade intrínsecos e crescentes no processo de inovação implicam a necessidade de aparato institucional adequado provido primordialmente pelo Estado quanto a interações entre empresas e outras organizações, de forma que empresas inovadoras atuais e futuras possam ter condições de promover mudanças tecnológicas para explorar oportunidades, obter lucro, sobreviver no mercado e, de forma agregada, incrementar a produtividade geral da economia e ampliar o nível de renda e bem-estar da população. Nesse contexto, os diferentes conjuntos de normas aplicáveis às empresas – tais como o direito antitruste e as regras de fomento à inovação – são elementos centrais dos Sistemas Nacionais de

¹¹⁷ Trata-se de estudos de caráter mais heterodoxo, dentre os quais se destacam FREEMAN, Chris, The “National System of Innovation” in historical perspective, *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, n. 1, p. 5 –24, 1995; LUNDVALL, Bengt-Åke *et al*, National systems of production, innovation and competence building, *Research Policy*, v. 31, n. 2, p. 213–231, 2002; PATEL, Parimal; PAVITT, Keith, National Innovation Systems: Why They Are Important, And How They Might Be Measured And Compared, *Economics of Innovation and New Technology*, v. 3, n. 1, p. 77–95, 1994; MOWERY, David C., The U.S. national innovation system: Origins and prospects for change, *Research Policy*, v. 21, n. 2, p. 125–144, 1992; NELSON, Richard R. (Org.), *National innovation systems: a comparative analysis*, New York: Oxford University Press, 1993..

¹¹⁸ OCDE; EUROSTAT, *Manual de Oslo*, p. 17; 35.

¹¹⁹ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE - CEPAL, *Inovar para crescer*, p. 24.

Inovação¹²⁰, e, como tal, devem idealmente ser consistentes entre si, de forma a promover a coordenação adequada da atuação entre os *players* envolvidos.

Em suma, os Manuais de Frascati e de Oslo contêm a sistematização, feita por comunidade de especialistas e técnicos governamentais e bastante influenciada por concepções schumpeterianas, de critérios objetivos e comparáveis para a definição, identificação e contabilização de esforços de P&D e de inovação tecnológica por empresas. É de fundamental importância para as próximas partes deste estudo a constatação de que inovações tecnológicas dependem, primordialmente, da capacidade das empresas de executar complexos e custosos processos não-lineares de resultados incertos para empregar conhecimentos já existentes ou obtidos via investimentos de P&D (cujas características de bens públicos dificultam a apropriação dos resultados do investimentos) em novos produtos e serviços, em interação com outras empresas ou instituições acadêmicas e científicas que se dão em ambiente institucional no qual o regime jurídico e as políticas públicas por ele estruturadas possuem papel fundamental.¹²¹

¹²⁰ “What might define and delineate these broader national systems? Certainly, the policies and programs of national governments, the laws of a nation, and the existence of a common language and a shared culture define an inside and outside that can broadly affect how technical advance proceeds. Put another way, national differences and boundaries tend to define national innovation systems, partly intentionally, partly not.” NELSON (Org.), **National innovation systems: a comparative analysis.**, p. 16 (grifo nosso).

¹²¹ Cf, BORA, Innovationsregulierung als Wissensregulierung. p. 29.

2) COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA

a. SCHUMPETER V. ARROW: A CONTROVÉRSIA SOBRE O PAPEL DA CONCORRÊNCIA

COMO INCENTIVO À INOVAÇÃO

Uma vez apresentados os contornos do fenômeno da inovação tecnológica, convém detalhar de que maneira a *cooperação* e a *concorrência* entre empresas influenciam tal fenômeno. Quanto à última, o Manual de Oslo aponta ser elemento fundamental do *dinamo da inovação*:

“O complexo sistema de fatores que conformam a inovação no nível da empresa é chamado “dinamo da inovação”. Ao se colocar o dinamo da inovação no centro do mapa, está-se reconhecendo a importância da empresa para que uma economia seja inovadora. É importante, portanto, entender quais são as características que tornam as empresas mais, ou menos, inovadoras e como a inovação é gerada no seio das empresas. A propensão de uma empresa para inovar depende das oportunidades tecnológicas que ela tenha pela frente. Além disso, as empresas diferem em sua capacidade de reconhecer e explorar as oportunidades tecnológicas. Para inovar, uma empresa precisa descobrir quais são essas oportunidades, estabelecer uma estratégia apropriada, e ter a capacidade de transformar esses insumos em inovação real — e fazê-lo mais rápido do que seus concorrentes. Mas parar aqui induziria em erro. Diversas oportunidades tecnológicas não surgem por si sós. Antes, são imaginadas pelas empresas para atender algum objetivo estratégico (como satisfazer uma demanda identificada no mercado, por exemplo). A capacidade de inovação consiste em um conjunto de fatores que a empresa tem ou não tem, e nos modos de combiná-los de maneira eficiente”. (grifo nosso)

Todavia, em que medida a concorrência fomenta a atividade inovadora das empresas? A questão é objeto de controvérsia na teoria econômica, que pode ser representada pelo posicionamento de dois importantes economistas, SCHUMPETER e Kenneth ARROW. Essa discussão é usualmente apresentada na literatura antitruste como referente à estrutura de mercado mais propícia à inovação tecnológica.¹²²

Como já apontado acima, SCHUMPETER apresentou a denominada hipótese schumpeteriana em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*: grandes empresas com poder de monopólio podem gerir melhor as incertezas envolvidas no processo de P&D (pela distribuição do risco em maior volume de faturamento) e apropriar-se dos ganhos resultantes por meio de lucros supracompetitivos, além de terem acesso a financiamento interno mais barato. Por conta disso, elas teriam *mais* incentivos para

¹²² Vide BAKER, Jonathan B., Beyond Schumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation, **Antitrust Law Journal**, v. 74, p. 575, 2007.; GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E.; BAKER, John B., **Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy**, Saint Paul: West Group, 2008., p. 1158-1160; MOTTA, **Competition policy**; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD, **Competition policy and the exercise of intellectual property rights**, Geneva: UNCTAD, 2008., p. 4-5.

inovar do que pequenas empresas; em outros termos, mercados compostos por grandes empresas com poder de mercado são mais propensos a desenvolver inovações incrementais e radicais que, no longo prazo, resultam em crescimento econômico mais significativo. Desse modo, o economista austríaco questionava de maneira enfática os pressupostos da análise neoclássica, em que o máximo de bem-estar social seria atingido em cenário de concorrência perfeita.¹²³

Em sentido oposto, ARROW, um dos mais importantes economistas neoclássicos, desenvolveu em 1962 modelo para demonstrar que os incentivos das empresas para implantar tecnologias de redução de custo são maiores em regime de concorrência perfeita do que em monopólio.¹²⁴ Em tal trabalho, argumenta que o monopolista tem poucos incentivos para promover inovações, pois já se beneficia de lucros supracompetitivos *antes* de inovar. Por outro lado, empresas sujeitas à competição por preços no mercado de produtos só podem obter maiores lucros se inovarem, quando então (presume o modelo) podem se apropriar das receitas adicionais geradas pela inovação pela cobrança de royalties de todos os agentes que se utilizarem de sua criação.¹²⁵ Assim, quanto mais competitivo for o mercado, mais os agentes terão incentivos para inovar.

Todavia, mais do que avaliações distintas quanto à estrutura de mercado mais conducente à inovação tecnológica, as abordagens desses dois grandes economistas divergem quanto à *natureza* mesma do fenômeno da concorrência entre empresas. Na abordagem neoclássica de ARROW, a concorrência (perfeita) é concebida como um estado, uma determinada forma de organização do mercado – ao lado do monopólio e do oligopólio – em que se verifica resultado ótimo de equilíbrio a maximizar o bem-estar social. Entretanto, não se busca explicar como se dá essa concorrência; não há uma

¹²³ “What we have got to accept is that [the large scale establishment or unit of control] has come to be the most powerful engine of (...) progress and in particular of the long-run expansion of output not only in spite of, but to a considerable extent through, this strategy which looks so restrictive (...). In this respect, perfect competition is not only impossible but inferior, and has no title to being set up as a model of ideal efficiency.” SCHUMPETER, **Capitalism, Socialism and Democracy**., p. 92.

¹²⁴ ARROW, Economic welfare and the allocation of resources for invention.

¹²⁵ “Provided only that suitable royalty payments can be demanded, an inventor can profit without disturbing the competitive nature of the industry. The situation for a new product invention is not very different; by charging a suitable royalty to a competitive industry, the inventor can receive a return equal to the monopoly profits. ... [T]he monopolist's incentive is obviously less than the inventor's incentive under competition (...). The preinvention monopoly power acts as a strong disincentive to further innovation.” *Ibid.*, p. 619-620.

teorização sobre tal fenômeno.¹²⁶ Já SCHUMPETER e outros economistas heterodoxos descrevem a concorrência como um *processo*, caracterizado por constantes desequilíbrios decorrentes de inovações implementadas por empresas visando lucros supracompetitivos de forma que possam sobreviver no ambiente de mercado. Desse modo, a estrutura de mercado não é um dado que impacta o comportamento de agentes maximizadores, mas sim fator *endógeno* impactado pelas próprias estratégias das empresas. Logo, para tais autores não faz sentido simplesmente contrapor estados de concorrência perfeita, oligopólio e monopólio, mas sim considerar um processo econômico em que são inerentes posições oligopolísticas e mesmo monopolísticas, ainda que temporárias.¹²⁷

Assim, trata-se de conceptualizações bastantes distintas sobre aspectos qualitativos das interações estratégicas entre empresas no ambiente econômico, i.e., sobre a natureza da concorrência. Não há em verdade controvérsia entre SCHUMPETER e ARROW sobre a importância da rivalidade entre empresas para que inovem, mas sim quanto às características de tal condição.

Ademais, os estudos de ambos os economistas possuem suas limitações. Os elementos da hipótese schumpeteriana foram apresentados em *Capitalismo, Socialismo e Democracia* de forma fragmentária, sem precisão conceitual ou embasamento empírico.¹²⁸ Por sua vez, ARROW adota premissas sobremodo irrealistas, em especial quanto à capacidade de empresas inovadoras apropriarem-se dos resultados de sua invenção pelo exercício de uma ‘patente perfeita’, a dar-lhe condições de cobrar royalties de todos os que se utilizarem do novo conhecimento.¹²⁹

¹²⁶ BERGH, Roger J. Van Den; CAMESASCA, Peter D., **European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective**, Antwerpen: Intersentia nv, 2001., p. 19; cf. POSSAS (Concorrência Schumpeteriana, p. 245-246), a teoria neoclássica vê a concorrência mais pelo seu resultado (equilíbrio e lucros normais) do que pelo processo em si.

¹²⁷ POSSAS, Mario L., **Limites Normativos da análise econômica antitruste**, Rio de Janeiro: Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Cf. NELSON e WINTER, “it is apparent that there is no way that the performance of a competitive regime in generating innovations can be brought within the scope of the standard optimality theorems.” WINTER; NELSON, **An Evolutionary Theory of Economic Change**., p. 363).

¹²⁸ SCHERER, F. M., Schumpeter and Plausible Capitalism, **Journal of Economic Literature**, v. 30, n. 3, p. 1416-1433, 1992., p. 1418.

¹²⁹ O autor explicitamente ignora o problema de apropriação dos resultados (ARROW, Economic welfare and the allocation of resources for invention., p. 619). Vide MOURA E SILVA, Miguel, **Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia**, Coimbra: Almedina, 2003., p. 84.

A tais reflexões pioneiras seguiram-se diversos estudos teóricos e empíricos a respeito da relação entre o grau de concorrência entre empresas e propensão à inovação tecnológica. Em diversos deles, verifica-se aproximação entre abordagens neoclássicas e heterodoxas, especialmente pela incorporação explícita, por aquelas, da hipótese schumpeteriana. Em artigo bastante citado, DASGUPTA e STIGLITZ¹³⁰ desenvolvem modelo microeconômico no qual a estrutura e o grau de inovação são variáveis endógenas: não há relação causal entre concentração e inovação, já que ambos se afetam mutuamente. O modelo é consistente com diversos estudos empíricos anteriores que identificam que maior concentração pode gerar maior intensidade de inovação e também forte concorrência em preços; todavia, um monopolista passa a ter maiores incentivos para inovar quando confrontado com a competição por outras empresas.¹³¹ Destaca-se também o trabalho de AGHION *et al*¹³², em que se desenvolve modelo aplicado a diversos setores industriais do Reino Unido, o qual conclui que a relação entre nível de competição e inovação tecnológica pode ser apresentada como um ‘U’ invertido: em níveis muito baixos de competição por preço (medidos pelo índice de Lerner)¹³³, incrementos no nível de competição levam empresas a desenvolver inovações para ‘escapar da concorrência’ e com isso terem maiores lucros; todavia, após atingir um ápice, verifica-se o assim chamado ‘efeito schumpeteriano’, i.e., a menor capacidade das empresas obterem ganhos financeiros com inovações por conta da forte competição por preços implica menores incentivos para inovar.¹³⁴

¹³⁰ DASGUPTA, Partha; STIGLITZ, Joseph, Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity, **The Economic Journal**, v. 90, n. 358, p. 266–293, 1980.

¹³¹ *Ibid.*, p. 288-289.

¹³² AGHION, Philippe *et al*, Competition and Innovation: An Inverted U Relationship, **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, v. 9269, 2002.

¹³³ Trata-se de índice que visa medir o grau de exercício de poder de mercado, em termos da diferença entre o preço e o custo marginal de uma dada empresa. Vide VISCUSI; HARRINGTON; VERNON, **Economics of Regulation and Antitrust**, p. 294-296.

¹³⁴ “This paper has investigated the relationship between product market competition and innovation. A Schumpeterian growth model was developed in which firms innovate ‘step-by-step’, and where both technological leaders and their followers engage in R&D activities. In this model, competition may increase the incremental profit from innovating; on the other hand, competition may also reduce innovation incentives for laggards. (...), the relationship between product market competition (PMC) and innovation is an inverted U-shape: the escape-competition effect dominates for low initial levels of competition, whereas the Schumpeterian effect dominates at higher levels of competition.” AGHION *et al*, Competition and Innovation., p. 43.

Com base em tais referenciais teóricos, Roberta ALVES elaborou interessante estudo empírico baseado nos dados da PINTEC executada pelo IBGE, correlacionando as informações sobre esforços de inovação tecnológica aos níveis de concentração de setores medidos pelo índice Herfindahl-Hirschman (conhecido por seu acrônimo em inglês HHI).¹³⁵⁻¹³⁶ As conclusões do trabalho são, em larga medida, consistentes com a hipótese do U invertido apresentada acima, especialmente para atividades de P&D, de elevados riscos e retorno em longo prazo: verifica-se maior intensidade de investimentos em P&D em setores bastante concentrados (em torno 3.000 pontos).¹³⁷

Em suma, não obstante discussões teóricas e empíricas em aberto sobre características e estruturas de mercado que podem incentivar as empresas a inovar mais, resta claro que a moderna teoria econômica não suporta argumento simplista de que, quanto mais concorrência, mais inovação.¹³⁸ De igual modo, também não são plausíveis alegações de que empresas devem ser fortemente resguardadas de pressões competitivas a fim de que tenham condições de promover investimentos em produtos e processos tecnologicamente mais avançados.¹³⁹ Situações intermediárias, com *players* detendo algum poder de mercado mas fortemente disputando os clientes entre si, parecem ser aquelas em que empresas individualmente consideradas conseguem lidar melhor com as dificuldades de incerteza dos resultados e de apropriação financeira dos benefícios econômicos de um novo produto ou processo, tendo incentivos para buscar vantagens competitivas e, com isso, obter maiores lucros e sobreviver.

¹³⁵ ALVES, Roberta Maitino de Oliveira, **Estrutura de mercado e esforço tecnológico**, Dissertação de Mestrado, Escola de Economia de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2007.

¹³⁶ O HHI é índice usualmente empregado para cálculo de nível de concentração de mercado, e é obtido pela soma dos percentuais de participação de mercado das empresas elevados ao quadrado. Vide U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, Horizontal Merger Guidelines, 2010., item 5.3.

¹³⁷ De acordo com o guia de análise de concentrações horizontais norte-americano, indústrias com HHI acima de 2500 são consideradas bastante concentradas (*Ibid.*).

¹³⁸ “Indeed, firm’s incentives to innovate are determined not only by the existence of competition but also by the possibility of appropriating the results of their investment. If competition is too strong, appropriability is reduced, and so is the incentive to invest and innovate” (MOTTA, **Competition policy**., p. 57).

¹³⁹ NELSON, ao concluir obra coletiva sobre Sistemas Nacionais de Inovação em diversos países – inclusive no Brasil –, deixou claro que traço comum às empresas inovadoras é estarem sujeitas a forte competição: “Being strong did not necessarily means that firms were large. Economists long have understood that although in some industries a firm has to be large to be a capable innovator, in other industries this is not the case. (...) in all of our cases becoming strong involved actually being exposed to strong competition and being forced to compete. (...)” (NELSON, A retrospective, p. 510-511).

b. COOPERAÇÃO INTEREMPRESARIAL PARA DESENVOLVIMENTO DE INOVAÇÕES
TECNOLÓGICAS: RACIONALIDADE E INSTRUMENTOS

Se, por um lado, a doutrina econômica contém diversas avaliações sobre os efeitos da competição entre empresas quanto aos incentivos à inovação tecnológica, verificam-se menos estudos sobre arranjos cooperativos interempresariais. A análise econômica concentra-se no funcionamento do *mercado*, buscando avaliar a forma de funcionamento do mecanismo de preço considerando várias estruturas industriais – oligopólio, monopólio ou concorrência entre múltiplos agentes –, havendo menor ênfase aos mecanismos *extramercado* de relacionamento cooperativo entre organizações independentes.

Como apontado brevemente na Introdução deste trabalho, um conjunto mais amplo de estudos por parte de diversos economistas sobre a importância da cooperação entre empresas para suportar iniciativas de inovação tecnológica se deu nos Estados Unidos nos anos 1970 e 80.¹⁴⁰ Tais estudos foram motivados, em larga medida, pela percepção de que as normas antitruste norte-americanas seriam muito restritivas a acordos cooperativos, ao passo que no Japão, país que vivenciava forte ascensão industrial e tecnológica, tais interações seriam permitidas e até mesmo fomentadas.¹⁴¹ Outro país levado em consideração pelos pesquisadores norte-americanos foi a

¹⁴⁰ Vide, dentre outros, JORDE; TEECE, Innovation and Cooperation; BRODLEY, Joseph F., Antitrust Law and Innovation Cooperation, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 97–112, 1990; KATZ, Michael L., An Analysis of Cooperative Research and Development, **The RAND Journal of Economics**, v. 17, n. 4, p. 527–543, 1986; KATZ, MICHAEL L.; ORDOVER, JANUSZ A., R&D Cooperation and Competition; TEECE, David J., Competition, cooperation, and innovation: Organizational arrangements for regimes of rapid technological progress, **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 18, n. 1, p. 1–25, 1992; GROSSMAN, Gene M.; SHAPIRO, Carl, Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis, **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 2, n. 2, p. 315–337, 1986; BRESNAHAN, Timothy F.; SALOP, Steven C., Quantifying the competitive effects of production joint ventures, **International Journal of Industrial Organization**, v. 4, n. 2, p. 155–175, 1986; KATTAN, Joseph, Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation, **Antitrust Law Journal**, v. 61, p. 937, 1992; PIRAINO, Thomas A. Jr, Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures, **William and Mary Law Review**, v. 35, p. 871, 1993; SHAPIRO, Carl; WILLIG, Robert D., On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 113–130, 1990.

¹⁴¹ Em interessante artigo sobre a relevância de arranjos cooperativos entre concorrentes, PIRAINO resume bem a percepção do início dos anos 1990 nos EUA: “The joint research and development projects, purchasing alliances, and production joint ventures now being formed in several American industries amount to a uniquely American version of *Keiretsu*-groups of allied corporations that traditionally have dominated Japanese industry” (PIRAINO, Reconciling Competition and Cooperation., p. 874). Descrição detalhada da experiência japonesa com cooperações empresariais consta em SUZUMURA, Kotaro; GOTO, Akira, Collaborative R&D and Competition Policy: Economic Analysis in the light of Japanese experience, in: COMANOR, William S.; GOTO, Akira; WAVERMAN, Leonard (Orgs.), **Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Co-operation**, London: Routledge, 2005, p. 174–196.

Alemanha, cuja avançada base tecnológica também se baseia em abrangente cooperação entre empresas.¹⁴²

Esses trabalhos, e outros que os seguiram, apresentam justificativas econômicas para que empresas independentes estabeleçam relações cooperativas entre si a fim de viabilizar investimentos em inovação tecnológica, com destaque para P&D. Tais justificativas são diretamente relacionadas à já apontada dependência da inovação tecnológica de complexos processos não-lineares sujeitos à significativa incerteza de resultados por conta, dentre outros fatores, da dificuldade de apropriação de benefícios econômicos pela empresa inovadora.

Tendo isso em conta, a literatura econômica especializada aponta que arranjos cooperativos viabilizam a apropriação mais adequada dos resultados econômicos pelos parceiros, ao abranger a contribuição de empresas que, de outro modo, atuariam como ‘caronas’ (*free riders*) dos resultados de projetos inovadores. Aspecto correlato é a pronta difusão da inovação tecnológica entre os parceiros, em condições preestabelecidas que permitem internalizar os resultados econômicos decorrentes do novo produto ou processo.¹⁴³

A cooperação entre empresas também pode suportar o compartilhamento dos riscos do processo de inovação, especialmente quando visa atender a uma demanda incerta ou envolve tecnologia pouco conhecida. Ademais, permite a obtenção de economias de *escala* e de *escopo*¹⁴⁴, ao facilitar a persecução de mais de um caminho de pesquisa e conjugar ativos e expertises complementares das empresas envolvidas,

¹⁴² Cf. TEECE, Competition, cooperation, and innovation., p. 3: “European companies, and particularly German companies, have a long tradition of cooperation in innovation from the beginning of the development of modern science-based industries in the early years of the 20th century.” Sobre o desenvolvimento histórico de diversas formas de arranjos cooperativos setoriais e interempresariais na Alemanha, vide KECK, Otto, The National System for Technical Innovation in Germany, *in*: NELSON, Richard R. (Org.), **National innovation systems: a comparative analysis**, New York: Oxford University Press, 1993, p. 115–157.; e LÜBBERS, Thorsten, Unternehmenskooperation auf dem Gebiet gewerblicher Schutzrechte in der chemischen, pharmazeutischen und elektrotechnischen Industrie, 1880–1914, **VSWG: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, v. 96, n. 2, p. 147–172, 2009.

¹⁴³ GROSSMAN; SHAPIRO, Research Joint Ventures.

¹⁴⁴ Sobre os conceitos de economias de escala e de escopo, vide IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina, Economias de Escala e Escopo, *in*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.), **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 25–40.

viabilizando assim a estruturação de processos de inovação com maiores chances de sucesso.¹⁴⁵

Neste ponto, convém lembrar de que arranjos cooperativos interempresariais são *fatores de transferência*, nos termos do Manual de Oslo (cf. Figura 2 acima). Trata-se, portanto, de mecanismos pelos quais se dá fluxo de conhecimentos científicos ou tecnológicos necessários às empresas para que possam desenvolver produtos e processos inovadores. Se tais conhecimentos pudessem sempre ser objeto de direitos de propriedade bem definidos e facilmente transferíveis – sob uma já aludida ‘patente perfeita’¹⁴⁶, por exemplo –, mecanismos de mercado estruturados por meio de transações comutativas com condições simples de serem especificadas seriam adequados para seu intercâmbio entre empresas, sem qualquer problema para a apropriação de resultados econômicos decorrentes de inovações. Todavia, o regime de propriedade intelectual nem sempre apresenta essas características, mesmo em países desenvolvidos.¹⁴⁷

Logo, soluções cooperativas vêm sendo estruturadas por agentes privados para lidar com tais problemas e apropriar-se dos benefícios apontados, sob diversos formatos que podem ser apresentados em escala de acordo com o grau de integração das atividades das empresas envolvidas: desde a constituição de *joint ventures* concentracionistas, com efetiva integração de ativos incorporados a empresa de controle compartilhado; passando pela celebração de alianças estratégicas abrangentes e de acordos de longo prazo, tais como consórcios de P&D, licenças, ou contratos de fornecimento de peças e insumos com desenvolvimento conjunto de especificações; até contratos de curto prazo e, por fim, transações comutativas simples (‘spot’) de mercado.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BAUMOL, When is inter-firm coordination beneficial?; JORDE; TEECE, Innovation and Cooperation.; PIRAINO, Reconciling Competition and Cooperation.; SHAPIRO; WILLIG, On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures.

¹⁴⁶ Vide nota de rodapé 129 acima.

¹⁴⁷ Cf. JORDE, Thomas M; TEECE, David J, Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology, **Antitrust Law Journal**, v. 61, p. 579, 1992., p 591 e ss.; GILBERT, Richard, Competition policy for intellectual property, *in*: BUCCIROSSI, Paolo (Org.), **Handbook of antitrust economics**, Cambridge: The MIT Press, 2008, v. 1, p. 519–542..

¹⁴⁸ JORDE; TEECE, Innovation and Cooperation., p. 84-85; SHAPIRO, **Competition policy and innovation**., p. 23; OXLEY, Joanne E., Appropriability Hazards and Governance in Strategic Alliances: A Transaction Cost Approach, **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 13, n. 2, p. 387–409, 1997.

A economia ortodoxa concentra sua análise neste último extremo da escala. A partir da década de 1970, todavia, desenvolveu-se importante linha de pesquisa teórica e empírica denominada Nova Economia Institucional – NEI, que incorpora considerações explícitas sobre a importância e os detalhes de funcionamento de *instituições* (i.e., regras sobre a interação entre agentes sociais, tais como normas jurídicas), de *organizações* (como empresas e entes governamentais) e de arranjos de governança (como contratos de longo prazo).¹⁴⁹ A NEI emprega o referencial analítico neoclássico para explicar o surgimento e modificações de instituições, por meio de consideração explícita a preços relativos, custos e escassez. Todavia, representa razoável afastamento aos princípios básicos da ortodoxia econômica, apresentando diversos pontos de similitude com abordagens evolucionistas, ao considerar que agentes com limitada capacidade de processamento de informações (ou racionalidade *limitada*) dependem de instituições (ou *rotinas*) para executar atividades econômicas complexas.¹⁵⁰

A NEI tem como um de seus conceitos centrais o de *custos de transação*, os quais podem ser entendidos, em uma primeira abordagem, como “os custos de se organizar a atividade produtiva da economia”.¹⁵¹ Estes envolvem os custos de se organizar o intercâmbio de bens e serviços entre diferentes agentes econômicos, tanto por meio do *mercado* (como a identificação da contraparte e definição das condições aplicáveis – preço, objeto, forma de entrega e pagamento, medidas em caso de descumprimento etc.), quanto de maneira *hierárquica*, i.e., dentro da empresa (como os custos de supervisão decorrentes da diferença de incentivos entre acionistas, administradores e empregados), passando por arranjos de governança, como contratos de longo prazo.¹⁵² Desse modo, ao contrário da presunção neoclássica de que o mercado é a forma mais eficiente de organização da produção, a NEI perquire qual dentre

¹⁴⁹ Cf. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., **Economics and the law: from Posner to post-modernism**, 3. ed. Princeton: Princeton Univ. Press, 2006., cap. 5 e WILLIAMSON, Oliver E., **The Mechanisms of Governance**, Oxford: Oxford University Press, 1996.

¹⁵⁰ cf. NELSON, Richard R.; NELSON, Katherine, Technology, institutions, and innovation systems, **Research Policy**, v. 31, n. 2, p. 265–272, 2002. Vide também nota de rodapé 74 acima e trecho correspondente na Seção 1.B, bem como KERBER, Wolfgang, Competition, Knowledge, and Institutions, **Journal of Economic Issues**, v. 2, p. 457–463, 2006.

¹⁵¹ FIANI, Ronaldo, **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011, p. 61.

¹⁵² Vide WILLIAMSON, Oliver E., Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations, **The American Economic Review**, v. 63, n. 2, p. 316–325, 1973.; WILLIAMSON, **The Mechanisms of Governance**, ‘Prologue’.

diversos desenhos institucionais pode ser o mais adequado para tanto, considerando os custos de transação envolvidos em uma situação específica.

De acordo com a NEI, há três fatores principais que impactam os custos de transação para acordos entre empresas¹⁵³: i) *racionalidade limitada* (‘bounded rationality’) dos agentes econômicos, ou seja, a limitada habilidade destes para avaliar e antecipar todas as variáveis relevantes para as transações; ii) a possibilidade de *comportamento oportunista*, i.e., a busca de benefícios próprios pelas partes da transação por meio de artifícios fraudulentos¹⁵⁴; e iii) o grau da *especificidade de ativos* (‘asset specificity’), caracterizado pela desvalorização proporcional de um determinado ativo quando é empregado para uso distinto daquele para o qual foi originalmente concebido. Quanto a este último fator – o menos intuitivo dos três –, “[u]m ativo que sofre uma desvalorização importante, se realocado em uma atividade diferente da atividade original que justificou o seu investimento, é considerado um *ativo específico*”.¹⁵⁵

As possíveis colaborações entre empresas para desenvolver projetos de inovação em produtos e processos são repletas desses fatores e, assim, podem ser inviabilizadas por conta dos elevados custos de transação, mesmo tendo o potencial de trazer diversos benefícios econômicos relevantes, como apontado acima. Fornecedores usualmente investem significativas somas para desenvolver peças ou insumos com requisitos específicos para atender um novo produto de determinado cliente; todavia, temem que este aja oportunisticamente, ao procurar outro fornecedor com menores preços uma vez que a solução técnica seja obtida, sem que o insumo possa ser fornecido a outro cliente. Em outro cenário, as partes podem não ter condições de calcular adequadamente se a demanda pelo novo produto será suficiente para amortizar os investimentos necessários. Ademais, essas colaborações envolvem o compartilhamento de informações estratégicas sobre tecnologias e *know-how*, que podem ser empregadas de maneira oportunista pelo parceiro. Por fim, em eventual tentativa de arranjo horizontal entre concorrentes para conjugação de conhecimentos e ativos complementares, as partes têm incentivos para prover informações limitadas quanto aos seus respectivos ativos, buscando contribuir

¹⁵³ Cf. MERCURO; MEDEMA, *Economics and the law.*, p. 269.

¹⁵⁴ “More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse.” (WILLIAMSON, Oliver E, *The economic institutions of capitalism*, New York: Free Press, 1985., p. 47).

¹⁵⁵ FIANI, *Cooperação e conflito.*, p. 91 - destaque no original.

menos e beneficiar-se mais do resultado do esforço inovador comum – algo potencializado pela natureza de bem público dos conhecimentos envolvidos.

As formas de colaboração a serem brevemente analisadas nos itens (i) a (iv) desta Seção 2.B são exemplos de arranjos de governança desenvolvidos e empregados por empresas com racionalidade limitada presentes em economias capitalistas industrializadas e em desenvolvimento a fim de lidar com os problemas da incerteza, da apropriação insuficiente e da complexidade do processo de inovação, de forma a minimizar os inevitáveis custos de transação aplicáveis e, com isso, viabilizar inovações tecnológicas. Como tal, a relevância desses arranjos para o desenvolvimento econômico não pode ser subestimada. De acordo com HALL e SOSKICE, em obra que concentra a análise na realidade institucional de países desenvolvidos:

“Inter-firm relations [are] relationships a company forms with other enterprises, and notably its suppliers or clients, with a view to securing a stable demand for its products, appropriate supplies of inputs, and access to technology. These are endeavors that may entail standard-setting, technology transfer, and collaborative research and development. Here, coordination problems stem from the sharing of proprietary information and the risk of exploitation in joint ventures. On the development of appropriate relationships in this sphere, however, depend the capacities of firms to remain competitive and technological progress in the economy as a whole”.¹⁵⁶

A análise dessas espécies de arranjos institucionais buscará apresentar, inicialmente, suas principais características, e a maneira com que visam lidar com os problemas da incerteza, da complexidade do processo de inovação e da apropriação insuficiente de resultados, minimizando custos de transação. Convém destacar, neste ponto, que foram escolhidos tipos de arranjos cooperativos entre empresas que possuam alguma relevância para a política de defesa da concorrência dos países a serem comparados. Desse modo, serão também apontadas quais as possíveis preocupações concorrenciais a que podem dar causa, de acordo com a literatura especializada e documentos oficiais.

¹⁵⁶ HALL, Peter A.; SOSKICE, David (Orgs.), **Varieties of Capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**, Oxford: Oxford University Press, 2001., p. 7 (grifo nosso). Em abordagem mais abrangente, FIANI afirma que a cooperação possui papel central para o processo de mudança estrutural que caracteriza o desenvolvimento econômico: “Sem cooperação não é possível atingir este objetivo [desenvolvimento], pois o progresso exige uma série de mudanças e investimentos que alteram significativamente as atividades econômicas, a renda e a riqueza. Com isso, vários agentes têm de tomar decisões que, por sua vez, têm de ser consistentes entre si. Por exemplo, de nada adianta construir mais usinas hidrelétricas para gerar energia sem os investimentos necessários para ampliar a capacidade de seus fornecedores em equipamentos de transmissão e geração. Da mesma forma, se duas empresas que desejam reunir esforços para criar um laboratório de pesquisas não chegarem a um acordo sobre qual será o investimento de cada uma no novo laboratório, o projeto não se concretizará. (...) O desenvolvimento – com sua necessidade de organização das decisões em uma situação de transformação acelerada – coloca em primeiro plano o problema da coordenação.” FIANI, **Cooperação e conflito.**, p. 58.

i. *Joint Ventures de Pesquisa e Desenvolvimento*

As *joint ventures* (JVs) podem ser entendidas como arranjos societários ou contratuais pelos quais duas ou mais empresas combinam ativos produtivos (tanto tangíveis quanto intangíveis, como propriedade intelectual e *know-how*) para desenvolver determinada atividade empresarial de forma coordenada e permanente.¹⁵⁷ Desse modo, são características importantes das *joint ventures* i) ter por objeto colaboração para determinado empreendimento comum, e não atividade *ad hoc*; e ii) a manutenção da independência das partes em outras atividades que não aquela integrada sob o empreendimento comum.¹⁵⁸

Cada vez mais presente no dia a dia das empresas, JVs abrangem uma grande variedade de formas de cooperação, para atender os mais diversos tipos de necessidades estratégicas das empresas.¹⁵⁹ Para a presente seção, são relevantes as *joint ventures* que têm por objeto a cooperação entre empresas para projetos de P&D relacionados à geração ou adaptação de avanços tecnológicos para novos produtos e processos.¹⁶⁰

As justificativas para a estruturação de *joint ventures* para P&D sob a Nova Economia Institucional são claras. Dados os elevados custos e riscos envolvidos, bem como as características de bem público do conhecimento tecnológico preexistente das empresas participantes e daquele a ser criado sob a JV, há escopo significativo para comportamentos oportunistas das partes, o que incrementa os custos de transação para a definição e execução de um acordo. Desse modo, as JVs para P&D são formas intermediárias de organização econômica (i.e., entre a hierarquia das empresas e a comutatividade dos mercados) que buscam diminuir tais custos de transação, por meio

¹⁵⁷ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Issues in Joint Ventures**, Paris: OECD, 2000, p. 20.

¹⁵⁸ Cf. PITOFISKY, “[a] joint venture allows businesses to pool resources for a limited time or for limited purposes without entirely abandoning their independent corporate structure. The result is that joint ventures, like mergers, frequently allow substantial efficiencies of integration to be achieved without the disappearance of one or more of the business partners. Typically, each partner makes a substantial contribution to the joint undertaking and, ideally, the contributions are complementary and therefore enhance the efficiency of the undertaking compared to alternative business arrangements.” (Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, A, **Georgetown Law Journal**, v. 74, p. 1606).

¹⁵⁹ SALBU e BRAHM citam como objetivos estratégicos para a celebração de *joint ventures* a expansão geográfica, a expansão para novas linhas de produtos, a diluição de riscos, o compartilhamento de custos e a racionalização de atividades produtivas (Strategic Considerations in Designing Joint Venture Contracts, **Columbia Business Law Review**, v. 1992, p. 253, 1992).

¹⁶⁰ CALOGHIROU, Yannis; IOANNIDES, Stavros; VONORTAS, Nicholas S., Research Joint Ventures, **Journal of Economic Surveys**, v. 17, n. 4, p. 541–570, 2003.

de estruturas de governança que tratem da divisão das responsabilidades e dos resultados do empreendimento comum, alinhando os incentivos dos parceiros, que permanecem independentes. Ademais, tais arranjos estabelecem mecanismos de adaptação em caso de eventos imprevisíveis, bem como formas de resolução de conflitos que ocorram ao longo da duração do arranjo. As JVs também visam lidar com o problema da apropriação dos resultados, ao abrangerem empresas que se beneficiem do novo invento para que também contribuam com esforços para seu desenvolvimento e estructurem mecanismos que permitam incorporar externalidades decorrentes da natureza de bem público das tecnologias.¹⁶¹

Para tanto, as partes de uma JV em regra negociam e celebram um contrato de médio ou longo prazo – ou mesmo por prazo indeterminado –, o qual prevê diversos aspectos da parceria. No caso de *joint ventures* de P&D, o objeto da parceria será a combinação de ativos em suporte a projeto conjunto para criar ou melhorar produtos de maneira comercialmente viável, ou aprimorar processos produtivos. Ademais, tal contrato regerá o relacionamento das partes ao longo do projeto, com dispositivos quanto às respectivas obrigações; “aos investimentos de cada uma das partes e à forma da divisão dos resultados positivos e negativos; compartilhamento e alocação de responsabilidades e riscos; forma de gestão e de divisão do poder de controle do negócio; formato legal a ser adotado pelas partes (criação de uma nova sociedade ou não); lei e forma de solução de controvérsias”.¹⁶² Por meio de tal arranjo contratual privado, empresas independentes têm então condições de colaborar para fins de desenvolver conjuntamente P&D, i.e., o “trabalho criativo levado a cabo de forma sistemática para aumentar o campo dos conhecimentos”.¹⁶³

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 550; OXLEY, Appropriability Hazards and Governance in Strategic Alliances. Cf. KATTAN (Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures, p. 943), “[t]he joint venture format may offer at least a partial solution to the appropriability problem in the case of ‘leaky’ innovations. Rivals who otherwise may be reluctant to invest in an appropriable innovation might do so if potential free riders join them in the investment; a reduction in competition may thus increase incentives to innovate.”

¹⁶² TIMM, Luciano Benetti; RODRIGUES, Marcelo Gonçalves, Os conflitos nas *joint ventures* e a arbitragem, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 21, p. 66, 2009.

¹⁶³ Vide nota de rodapé 97 acima.

Embora as *joint ventures* de P&D tenham evidentes benefícios e justificativas econômicas, elas também são objeto de preocupação por autoridades concorrenciais por conta de possíveis restrições à concorrência. JVs verticais que envolvam um fornecedor ou cliente com poder de mercado podem conter dispositivos que dificultam o acesso de terceiros a um determinado insumo, ainda que este não integre o projeto de P&D.

Por sua vez, *joint ventures* entre concorrentes diretos são potencialmente mais preocupantes, pois podem tornar-se mecanismo para a coordenação da atuação das empresas no mercado, por meio do compartilhamento de informações comercialmente sensíveis ou estabelecimento de cartéis. Uma JV também pode coordenar empresas que teriam condições de desenvolver soluções tecnológicas independentes, ou estabelecer vínculo entre empresa já estabelecida em um mercado com outra que se mostre como possível entrante. Em ambos os casos, verifica-se possível restrição da concorrência potencial entre esses *players*. Outra preocupação é a adoção de restrições acessórias que não sejam necessárias para viabilizar os esforços de P&D, tais como a fixação do preço de venda do produto ou a divisão geográfica de mercados. Finalmente, a JV pode gerar nova posição dominante no mercado ao integrar ativos de seus controladores.¹⁶⁴

ii. *Joint Ventures de Produção*

Muitas das observações apresentadas na última seção se aplicam também a outro tipo de arranjo cooperativo de suporte à inovação tecnológica bastante comum entre empresas: as *joint ventures* de produção. Antes porém de apresentar as principais características e tipos desse tipo de parceria, deve-se recordar que os esforços de P&D são apenas parte do complexo processo de inovação tecnológica.¹⁶⁵ Tal processo pode ser resumido por meio da figura abaixo, presente em conhecido trabalho de KLINE e ROSENBERG¹⁶⁶, a qual representa as inter-relações entre as fases do processo de inovação, tendo por aspecto inicial a identificação de uma determinada demanda potencial para o novo produto, e finalizado por sua produção, distribuição e comercialização. Entre tais etapas, não há uma sequência predeterminada e natural, mas

¹⁶⁴ GROSSMAN; SHAPIRO, Research Joint Ventures.; BRODLEY, Antitrust Law and Innovation Cooperation; PITOFKY, Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, A.

¹⁶⁵ Vide Seção 1.D acima, a partir da página 36.

¹⁶⁶ KLINE, Stephen J.; ROSENBERG, Nathan, An overview of innovation, *in*: LANDAU, Ralph; ROSENBERG, Nathan (Orgs.), **The positive sum strategy: Harnessing technology for economic growth**, Washington: National Academy of Sciences, 1986, p. 640.

sim diversos avanços e retrocessos repletos de incerteza, que devem ser superados por meio de pesquisa alicerçada na base de conhecimentos das empresas, sob pena de fracasso do projeto.

Figura 3 – Etapas do Processo de Inovação¹⁶⁷

Mais precisamente, a invenção de novo produto ou processo depende da avaliação e incorporação dos resultados de etapas seguintes, envolvendo o projeto detalhado, ensaio e produção. Desse modo, a depender das características do processo em questão, pode ser contraproducente separar P&D e produção.

Tendo isso em conta, JVs para esforços conjuntos de P&D visando a criação de novos produtos podem também abranger a produção do novo bem ou serviço, ainda que apenas em um primeiro momento, de forma a viabilizar os *feedbacks* necessários entre as diversas etapas do processo.¹⁶⁸ Tais acordos possuem características semelhantes às JVs limitadas a P&D: trata-se também de estruturas de governança híbridas (entre mercado e hierarquia) para viabilizar cooperação em atividade em que a incerteza e a dificuldade de apropriação dos resultados são relevantes. Tais JVs de P&D e produção, além de garantir maior integração entre as etapas do processo de inovação para viabilizar comercialmente um novo produto (permitindo melhor administração das incertezas), também lidam com o problema da apropriação dos resultados, na medida em que o controle conjunto da produção gere eficiências produtivas e maiores retornos às parceiras inovadoras.

¹⁶⁷ Cf. OCDE; EUROSTAT, **Manual de Oslo**, p. 43 (com modificação do título), o qual foi baseado em KLINE; ROSENBERG, The positive sum strategy.

¹⁶⁸ JORDE; TEECE, Innovation and Cooperation., p. 77-86; KATTAN, Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures., p. 939; 968.

Ao lado das JVs de produção associadas a projetos de P&D, há também parcerias que envolvem a produção conjunta de determinado produto ou prestação de um serviço sem que este seja criado pelas empresas parceiras. Esse tipo de acordo é relevante para a presente pesquisa na medida em que implique inovação tecnológica ao nível da empresa, i.e., caso viabilize o lançamento de um novo bem ou serviço ou adoção de novo processo produtivo por uma, algumas ou todas as empresas participantes. Isso pode ocorrer em diversas hipóteses, tais como a constituição de nova sociedade para entrar em mercado antes não explorado pelas parceiras, por meio da combinação de ativos complementares (JVs clássicas); a parceria entre empresa estrangeira e nacional atuantes em um mesmo segmento para a produção local de produtos mais avançados que os então manufaturados no país, usando a tecnologia da primeira; a produção conjunta de insumo antes adquirido de terceiros; ou a construção de novo ativo produtivo (uma planta ou obra de infraestrutura) a ser operado conjuntamente pelos parceiros.

As JVs de produção que não estejam associadas a projetos de P&D não apresentam o problema da apropriação de resultados de forma tão acentuada, por não envolverem investimentos na criação de novas tecnologias. Não obstante, caso o ativo a ser contribuído por um dos parceiros seja uma patente ou *know-how*, a possibilidade de comportamento oportunista pela contraparte igualmente se verifica. Ademais, tais arranjos de governança podem gerar outras formas de eficiência, tais como divisão de riscos para desempenho de nova atividade econômica inédita no país; economias de escopo pela combinação de ativos complementares; e economias de escala não atingíveis por cada empresa individualmente.

Tendo em conta esses possíveis benefícios, tais parcerias são especialmente relevantes em países em desenvolvimento. Embora não envolvam a criação de novos conhecimentos tecnológicos, colaborações privadas inovadoras podem gerar importantes mudanças estruturais na economia do país ou região. Parcerias entre empresas nacionais e estrangeiras envolvendo importação de tecnologia podem aumentar a produtividade de um dado setor e de diversas atividades correlatas. Novas atividades econômicas que não são protegidas por patentes¹⁶⁹ podem

¹⁶⁹ Há diversas inovações tecnológicas extremamente relevantes que não são protegidas por propriedade intelectual. KATTAN, por exemplo, cita a ideia de um computador pessoal (PC), bem como novas formas de comercialização, como a entrega de pizza em domicílio com entregadores subcontratados, e os

depende de parcerias para administração de riscos e levantamento dos recursos necessários; se bem-sucedidas, gerarão maior nível de emprego e renda. Finalmente, JVs entre empresas de um setor ou região podem viabilizar novas obras de infraestrutura de uso comum, como um duto, porto ou rodovia, de forma a incrementar a produtividade dessas empresas.

Embora essas parcerias para produção conjunta possam viabilizar importantes eficiências, elas também geram preocupação por parte das autoridades antitruste. Além das preocupações já apontadas acima para JVs de P&D, órgãos de defesa da concorrência devem averiguar em que medida as controladoras de uma JV de produção realmente permanecerão independentes quanto à comercialização e precificação do produto manufaturado conjuntamente. Quanto maior o percentual de custos em comum sob a JV, maiores devem ser as suspeitas das autoridades quanto à alegada manutenção da independência entre as empresas parceiras.¹⁷⁰ SHAPIRO e WILLIG¹⁷¹, por sua vez, apontam para a preocupação de a JV eventualmente unificar o controle de parte substancial da capacidade produtiva de um setor, ou implicar, além da produção conjunta, também a coordenação das vendas das empresas parceiras. Por outro lado, PITOFISKY argumenta que, em caso de parceria para construção de nova unidade produtiva, intervenções de cunho antitruste deveriam ser mais limitadas.¹⁷²

supermercados em que os próprios clientes identificam e coletam os produtos que desejam (KATTAN, *Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures.*, p. 942). RODRIK, por sua vez, chama a atenção para novas atividades agrícolas que podem aumentar significativamente a produtividade dos recursos disponíveis, como a implantação da cultura do café na América Central (RODRIK, *One Economics, Many Recipes.*, p. 76). Todavia, tais atividades podem ser inviabilizadas em países subdesenvolvidos, dada a possibilidade de imitação por outros empreendedores (que tomam carona na demanda identificada pela primeira empresa inovadora) e incertezas no ambiente de negócios próprias desses países. Cf. SABEL, “[i]n the real world of course it is very difficult for the first potential investor in some sector either to estimate the costs of adapting available technology to local conditions or gauge the size of the market accessible to domestic producers, except by going some way towards actually realizing the project.” (*Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth*, 2005, p. 51).

¹⁷⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, *Competition Issues in Joint Ventures.*, p. 10-11.

¹⁷¹ SHAPIRO; WILLIG, *On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures.*

¹⁷² “Full integration, and hence the highest level of likely efficiencies, usually occurs where two companies agree to create a completely new facility for the manufacture and sale of a product. (...) Differing processes and expertise were contributed by each parent along with substantial amounts of capital to create a wholly new source of supply. That situation, which is the classic joint venture, rightly deserves to be treated, all other things being equal, more generously than other types of collaboration.” PITOFISKY, *Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures*, A., p. 1619.

Tendo em conta a ampla variedade de formas de estruturação de *joint ventures* (emprego ou não de sociedade específica; tipos de ativos contribuídos pelos parceiros; prazos; relações de exclusividade etc.), bem como a ambiguidade entre benefícios econômicos e efeitos anticompetitivos desses arranjos, o regime jurídico-concorrencial que lhes é aplicável tende a ser dos mais complexos. Essa complexidade dificulta a compreensão e o cumprimento das regras por parte dos agentes econômicos. Não por outro motivo, a OCDE, no já citado estudo sobre JVs, recomenda a adoção de guias e outros materiais informativos pelas autoridades para orientar as empresas quanto aos principais aspectos da forma de tratamento e controle desse tipo de cooperação.¹⁷³ As soluções institucionais adotadas por diversos países para lidar com tal complexidade compõem elemento central do objeto do presente estudo.

iii. *Licenciamento de Propriedade Intelectual e Tecnologia*

Outra forma relevante de colaboração interempresarial para a promoção de inovação tecnológica é o licenciamento de propriedade intelectual, especialmente de patentes. Por meio desse instrumento, o detentor de um título sobre propriedade intelectual autoriza seu uso por outra empresa, a fim de que esta possa ofertar produto ou serviço que se utilize de tal bem imaterial. No caso de patentes, as quais são a principal forma de proteção jurídica de conhecimento tecnológico, seu licenciamento permite a difusão de inovações tecnológicas para novas empresas, passando a ser empregadas para atender novos clientes em áreas geográficas e segmentos de mercado distintos daqueles em que o inventor atua originalmente. Caso o acordo envolva outros aspectos, especialmente transferência de *know-how* e treinamento, fala-se em *fornecimento de tecnologia*, e não apenas em licenciamento de propriedade intelectual. Trata-se, portanto, de instrumentos empregados, primordialmente, para a *difusão de tecnologia já conhecida*, ao contrário das JVs de P&D, que visam gerar novos conhecimentos.

Ao menos três aspectos merecem ser destacados para a análise do licenciamento de propriedade intelectual como forma de cooperação relevante para inovação tecnológica, sob a perspectiva dos custos de transação observáveis e de potenciais preocupações concorrenciais. Em primeiro lugar, a propriedade intelectual é uma *forma*

¹⁷³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, *Competition Issues in Joint Ventures*, p. 10.

especial de direito de propriedade, posto que visa conferir exclusividade de uso e fruição a uma informação, com características de bem público.¹⁷⁴ Como amplamente reconhecido, o objetivo de tal instituto jurídico é incentivar esforços privados de inovação tecnológica, ao permitir ao inventor esse tipo de exclusividade (para tratar do problema da apropriação de resultados), e, ao mesmo tempo, viabilizar sua difusão pela economia ao delimitar no tempo tal direito e tornar público o conhecimento por meio de um registro.¹⁷⁵ Todavia, como já apontado, nem sempre há delimitação precisa sobre os contornos desse direito de propriedade, em especial quanto ao objeto da patente e os limites de seu uso exclusivo, necessários para caracterizar o uso ilícito de tal conhecimento por terceiros.¹⁷⁶

O segundo aspecto tem a ver com as diferentes formas com que agentes privados lidam com a falta de clareza de patentes. Caso tal insegurança não seja muito elevada, e seja possível estabelecer de maneira relativamente simples as condições para o uso da patente por terceiros (i.e., caso não haja significativos custos de transação), pode-se estruturar *mercados de tecnologia*, baseados primordialmente em contratos de licenciamento entre inventoras (como ofertantes) e empresas que desejam empregar tais conhecimentos em seus produtos (como demandantes).¹⁷⁷ Nesses casos, há maior

¹⁷⁴ Sobre a caracterização do conhecimento tecnológico como bem público, vide Seção 1.D acima, a partir da página 39.

¹⁷⁵ “Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvesse imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições legais a tais forças. Pois que a criação da propriedade intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação”. BARBOSA, Denis Borges., **Uma introdução à propriedade intelectual**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003., p. 88. Vide ainda COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Law and Economics**, 4. ed. Reading: Pearson/Addison Wesley, 2003., p. 122-132; DAM, Kenneth W., The Economic Underpinnings of Patent Law, **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 1, p. 247–271, 1994; e LILLA, Paulo Eduardo, **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS**, São Paulo: Quartier Latin, 2014., p. 33-58.

¹⁷⁶ GILBERT, Competition policy for intellectual property, p. 527-529.

¹⁷⁷ De acordo com estudo da OCDE, reformas recentes no regime patentário de países-membros (especialmente EUA, UE e Japão) facilitaram a proteção de patentes por inventores, o que incentivou a criação de verdadeiros mercados de tecnologia nesses países (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges**, p. 7.) Por sua vez, ARORA e GAMBARDELLA (Ideas for rent: an overview of markets for technology, **Industrial and Corporate Change**, v. 19, n. 3, p. 775–803, 2010) elaboraram estudo que sistematiza pesquisas recentes sobre mercados de tecnologia, o qual aponta como fatores relevantes para o desenvolvimento desses mercados a maior proteção à propriedade intelectual e desenvolvimentos de tecnologia da informação que permitem a representação de fenômenos físicos cada vez mais complexos, o que facilita a transmissão de conhecimento científico e tecnológico. Outro estudo interessante, que analisa os custos de transação a determinar o funcionamento do (imperfeito) mercado de tecnologia, é o de

facilidade para precificação e determinação de responsabilidades das partes, e assim a cooperação entre empresas se dá com base em contratos de caráter comutativo, tratando-se de instrumentos mais simples do que as *joint ventures* analisadas acima. Todavia, quando invenções patenteadas apresentam dificuldades de delimitação e proteção, soluções colaborativas híbridas – tais como JVs de produção – se apresentam mais adequadas a fim de lidar com a incerteza e possíveis comportamentos oportunistas relacionados à transferência da tecnologia, de forma a internalizar o resultado financeiro do uso do conhecimento.

O terceiro aspecto a ser destacado é que, em diversas situações, e de forma cada vez mais frequente, patentes são *complementares entre si* para suportar inovações tecnológicas.¹⁷⁸ Assim, é usual que um único produto incorpore tecnologias de diversas patentes distintas. O problema é que na maior parte das vezes essas múltiplas patentes são detidas por empresas diversas, o que torna mais complexo para o demandante de tais tecnologias conseguir todas as licenças necessárias para um novo produto ou serviço, mesmo que já tenha parte delas; fala-se de um ‘matagal de patentes’ (*patent thicket*) para ilustrar essa situação.¹⁷⁹ Nesse contexto, inovações podem ser dificultadas ou inviabilizadas caso um dos proprietários de patente complementar não licencie seu uso¹⁸⁰, ou se a empresa inovadora temer que o lançamento do novo produto ou processo implicará infração a uma patente existente ou pendente de aprovação final, situação realista ante a multiplicidade de patentes e a demora na análise do pedido por órgãos de registro.¹⁸¹

CAVES, Richard E.; CROOKELL, Harold; KILLING, J. Peter, The Imperfect Market for Technology Licenses, **Oxford Bulletin of Economics and Statistics**, v. 45, n. 3, p. 249–267, 1983.

¹⁷⁸ GILBERT, Competition policy for intellectual property., p. 533.

¹⁷⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Intellectual Property Rights**, Paris: OECD, 2004., p. 21; SHAPIRO, Carl, **Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting**, Cambridge, MA: NBER, 2001; SCHWIEBACHER, Franz, **Complementary assets, patent thickets and hold-up threats: Do transaction costs undermine investments in innovation?**, Mannheim: ZEW Discussion Papers, 2012..

¹⁸⁰ Tal situação é exemplo de problema conhecido na literatura econômica como ‘tragédia dos anticomuns’, caracterizado quando o uso de determinado recurso econômico está sujeito à autorização de diversos agentes distintos (cf. artigo pioneiro de HELLER, Michael A., The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, **Harvard Law Review**, v. 111, n. 3, p. 621–688, 1998; vide também MENEGATTI, Pools de patentes.).

¹⁸¹ SHAPIRO, **Navigating the patent thicket.**, p. 124-126.

Em suma, a detenção de patentes complementares por empresas distintas aumenta sensivelmente os custos de transação, por conta da possibilidade de comportamentos oportunistas. Foram desenvolvidos então arranjos cooperativos com governança mais sofisticada que a do simples licenciamento em bases comutativas a fim de viabilizar inovações tecnológicas baseadas em patentes complementares: as licenças cruzadas (*cross licences*) e o agrupamento de patentes (*patent pools*).¹⁸² No primeiro caso, empresas que tenham patentes complementares entre si licenciam-se mutuamente quanto àquelas já outorgadas ou mesmo as ainda pendentes, o que lhes permite respectivamente desenvolver e ofertar seus produtos sem o receio de infringir as patentes da outra. No segundo tipo de arranjo, patentes complementares podem ser agrupadas por uma das proprietárias ou sob uma nova pessoa jurídica, a fim de facilitar seu licenciamento a terceiros que queiram ofertar produtos com essas tecnologias. Assim, as patentes são licenciadas em um único pacote, junto a um só licenciante, o que facilita sua contratação, trazendo benefícios tanto para licenciados – que podem se utilizar de um conjunto de tecnologias com base em um só contrato –, quanto para os inventores, que obtêm maior volume de royalties com suas patentes.

Convém ainda destacar um quarto aspecto do licenciamento de propriedade intelectual: as profundas diferenças entre a realidade dos países industrializados e a daqueles em desenvolvimento. Os elevados custos de transação para combinação de patentes complementares detidas por diferentes empresas é problema típico de grandes empresas multinacionais de alta tecnologia, usualmente sediadas nos Estados Unidos, Europa e Japão, que então fazem uso de licenças cruzadas e de *pools* de patentes para viabilizar inovações tecnológicas, em constantes interações no âmbito de um verdadeiro mercado de tecnologia.

Por outro lado, em países em desenvolvimento há um volume muito menor de registro de patentes, e a maior parte destas é requerida por empresas estrangeiras ou suas controladas locais, não por empresas nacionais.¹⁸³ Não se verifica nesses países a formação de um ‘mercado de tecnologia’, i.e., um conjunto significativo de transações

¹⁸² *Ibid.*, p. 127-128.

¹⁸³ Cf. COMPARATO, A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos., p. 41-42; DAVIS, Kevin E., Regulation of Technology Transfer to Developing Countries: The Relevance of Institutional Capacity, *Law & Policy*, v. 27, n. 1, 2005, p. 10. Conforme levantamento feito por LILLA (**Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência**, p. 257-258), 3/4 das patentes concedidas no Brasil são para não-residentes.

padronizadas entre *players* locais lastreadas em patentes.¹⁸⁴ O acesso de países em desenvolvimento a tecnologias mais avançadas depende do investimento direto por parte de empresas multinacionais (inclusive por meio de JVs com empresas locais), ou do licenciamento dessas tecnologias a empreendedores locais.¹⁸⁵ Trata-se de evidência bastante significativa do subdesenvolvimento como distância da fronteira tecnológica conhecida.¹⁸⁶

Desse modo, o típico licenciamento de propriedade intelectual relevante para países em desenvolvimento é aquele em que a licenciante é empresa sediada em países industrializados, e o licenciado é uma empresa local – esta, muitas vezes, uma subsidiária ou coligada daquela. Em suma, as empresas dos países mais atrasados participam dos mercados de tecnologia presentes nos países industrializados como clientes, representando parcela pouco significativa da demanda.¹⁸⁷ O licenciamento de tecnologia possui preponderante dimensão internacional nos países em desenvolvimento, estando usualmente sujeito a regras legais específicas referentes a câmbio, tributos e forma de registro, inclusive no Brasil. Tal regulação tendia a ser mais intervencionista no passado em diversos países em desenvolvimento, havendo órgãos específicos com discricionariedade para rever os termos desses acordos. Mais recentemente, em especial após a aprovação em nível multilateral do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (conhecido por sua sigla em inglês TRIPS), países em desenvolvimento membros da OMC tornaram esses sistemas de controle menos estritos.¹⁸⁸

¹⁸⁴ CRESPI, Gustavo; ZUNIGA, Pluvia, Innovation and Productivity: Evidence from Six Latin American Countries, **World Development**, v. 40, n. 2, p. 273–290, 2012.

¹⁸⁵ “Put simply, technological progress in developing countries comes from absorbing or adapting foreign technologies. The ability of developing countries to do this depends on exposure to the foreign technologies, typically through foreign direct investment (FDI), the willingness of domestic entrepreneurs to take risks on the technologies, and the skills of the population.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD, **Competition policy and the exercise of intellectual property rights**, p. 7. Vide também o trabalho de LALL (Technology and industrial development in an era of globalization, *in*: CHANG, Ha-Joon (Org.), **Rethinking development economics**, London: Anthem Press, 2003, p. 277–298), o qual aponta para as dificuldades de empresas de países em desenvolvimento assimilarem e dominarem tecnologias importadas.

¹⁸⁶ Vide Seção 1.C acima.

¹⁸⁷ Cf. DIWAN, Ishac; RODRIK, Dani, Patents, appropriate technology, and North-South trade, **Journal of International Economics**, v. 30, n. 1-2, p. 27–47, 1991.

¹⁸⁸ Cf. DAVI (Regulation of Technology Transfer to Developing Countries). Descrição dessa reforma institucional no Brasil pode ser encontrada em FURTADO, Gustavo Guedes, **Transferência de Tecnologia no Brasil: Uma Análise de Condições Contratuais Restritivas**, Dissertação de Mestrado, Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012., cap. 3; e LEITE, Marcio Junqueira, O contrato de transferência de tecnologia: natureza jurídica, características, aspectos

Tendo em conta tais aspectos do licenciamento de propriedade intelectual, é natural que as preocupações concorrenciais com esse tipo de parceria interempresarial variem significativamente entre autoridades de países desenvolvidos e aquelas responsáveis pela defesa da concorrência em países em desenvolvimento. Nestes, licenças cruzadas e *pool* de patentes são virtualmente inexistentes, e portanto não se verifica uma preocupação específica com esses tipos de arranjo interempresarial.¹⁸⁹ As principais questões referem-se a certas cláusulas de contratos de licenciamento, as quais, se excessivamente restritivas e envolvendo empresa com posição dominante, podem caracterizar abuso de tal posição. São exemplos desse tipo de cláusula i) o licenciamento conjunto de diversas patentes, ainda que algumas não sejam necessárias; ii) a retrocessão exclusiva ao licenciante de qualquer patente ou melhoria desenvolvida pelo licenciado (conhecida como ‘grant back provisions’); e iii) a proibição de o licenciado investir no desenvolvimento de tecnologia concorrente àquela incorporada sob a patente licenciada.¹⁹⁰

Autoridades de países desenvolvidos também se preocupam com cláusulas restritivas sob a perspectiva concorrencial. Todavia, a tais questões são acrescidas aquelas da coordenação do uso de patentes detidas por diferentes empresas. Assim, o licenciamento cruzado pode, em tese, arrefecer a rivalidade entre as empresas participantes. Ademais, o estabelecimento de tais arranjos pode dificultar a atuação de empresas terceiras atuantes do mesmo mercado, as quais podem ter custos mais elevados para acessar tais tecnologias. Por sua vez, *pools* de patentes, especialmente se envolverem concorrentes, podem facilitar a coordenação de preços ou de outras condições competitivas.¹⁹¹ Outra preocupação refere-se ao caráter efetivamente *complementar*, e não *substituto* de patentes conjugadas em um *pool*. No segundo caso,

regulatórios e jurisprudência, **Revista da ABPI**, n. 117, p. 53–68, 2012. O TRIPS foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto n. 1.355, de 30/12/1994.

¹⁸⁹ Cf. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD, **Competition policy and the exercise of intellectual property rights**, p. 8: “Cases of IPRs involving combined patents have hardly any precedence in developing countries or countries in transition.”

¹⁹⁰ Vide art. 40.2 do Acordo TRIPs; e FURTADO, **Transferência de Tecnologia no Brasil**, cap. 2.2.

¹⁹¹ Cf. HOVENKAMP, Herbert J., **Innovation and Competition Policy: Cases and Materials**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013, cap. 9.

os participantes do *pool* podem diminuir ou suprimir a rivalidade entre si, além de tornarem-se monopolistas no licenciamento de uma determinada tecnologia.¹⁹²

iv. *Normalização Técnica e Padronização*

Diversos fatos do dia a dia evidenciam a importância da padronização de características técnicas do funcionamento de produtos e equipamentos. Telefones fixos e móveis de diferentes fornecedores podem se conectar a uma mesma rede, esta também composta por antenas, cabos e centrais das mais variadas procedências. Os mesmos terminais móveis podem (agora) interagir com diversos equipamentos, como aparelhos de TV, aparelhos de som e computadores. Estes últimos, por sua vez, podem se acoplar a periféricos de diferentes fornecedores (impressoras, *joysticks*, câmeras, leitores de discos), e trocam informações entre si e com diversos outros equipamentos por meio de um mesmo protocolo padronizado que suporta o funcionamento da Internet. Todos esses produtos conectam-se a uma mesma rede elétrica, consistente em complexo sistema de usinas, linhas de transmissão, redes de distribuição e transformadores, formado por uma infinidade de peças providas por diversos fabricantes.

Tais aspectos intrínsecos ao funcionamento de sociedades modernas – tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento – só são possíveis pelo estabelecimento consensual entre os participantes de uma dada indústria de especificações técnicas comuns, de forma a viabilizar sua transmissão, compreensão e cumprimento por todos, em processo conhecido como ‘normalização’ ou ‘padronização’.¹⁹³ Um padrão ou uma norma técnica – também conhecidos como *standard* – são compostos por um conjunto de características ou quantidades que descreve aspectos de um produto, processo, serviço, interface ou material¹⁹⁴, e

¹⁹² SHAPIRO, *Navigating the patent thicket.*, p. 134; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, *Intellectual Property Rights.*, ‘Executive Summary’ e ‘Background Note’.

¹⁹³ “O estabelecimento da normalização como uma linguagem comum para a sociedade é um processo complexo e envolve um sem-número de aspectos da vida econômica. Neste domínio estão incluídos, entre muitos outros, a fixação de condições para cálculos ou projetos, para o emprego de materiais e produtos industriais, para a segurança na execução ou uso de obras, equipamentos ou instalações; condições básicas para aceitação ou recebimento de matérias-primas, produtos semiacabados ou acabados; método de ensaio; padronização e uniformização de características de elementos de construção, aparelhos, produtos industriais, desenhos e projetos; terminologia, classificação e convenções gráficas para conceitos, grandezas e sistemas.” DIAS, José Luciano de Mattos, **Medida, normalização e qualidade : aspectos da história da metrologia no Brasil**, Rio de Janeiro: Inmetro; FGV, 1998, p. 2 do cap. 6.

¹⁹⁴ AMERICAN BAR ASSOCIATION, **Handbook on the antitrust aspects of standards setting**, Chicago: American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2004., p. 1.

representam acordo resultante de deliberações coletivas para estabelecer uma solução para problemas técnicos recorrentes, considerando as necessidades dos usuários, as possibilidades tecnológicas disponíveis, os custos para as empresas e restrições estabelecidas pelo Estado.¹⁹⁵

A normalização é requisito essencial tanto para inovações radicais quanto incrementais. São inúmeros os exemplos de inovações relevantes que ampliam o escopo do uso de produtos já existentes por meio de novos instrumentos compatíveis com o original, ou de novas aplicações de uma dada tecnologia. Ademais, a adoção disseminada de uma inovação radical é tanto mais simples quanto mais compatível for com a base já instalada de equipamentos e instrumentos em uso. Por fim, a padronização da forma de medição de características de materiais e insumos, bem como dos mais diversos fenômenos físicos e químicos, viabiliza a transmissão e compreensão de conhecimentos técnico-científicos que lastreiam esforços de P&D.

A fim de que tais consensos sobre normas técnicas sejam alcançados, empresas e profissionais devem colaborar para que soluções adequadas tecnicamente sejam adotadas quanto a problemas de qualidade, interoperabilidade, transmissão de informações e outros. É fácil vislumbrar os elevadíssimos custos de transação para o desenvolvimento, implantação e difusão de inovações tecnológicas caso ausentes soluções padronizadas adotadas de forma colaborativa. Inovadores individuais teriam dificuldades de identificar e compreender características técnicas de equipamentos em uso para os quais queiram desenvolver novos acessórios e aplicações. Diferentes fornecedores não teriam condições de ofertar produtos compatíveis entre si, ainda que disso resultassem maiores vendas e benefícios aos consumidores. Empresas que quisessem colaborar em projeto de P&D teriam dificuldades de compartilhar entre si os conhecimentos de que já dispunham. Mesmo o sistema de patentes teria dificuldades de funcionamento, pois seria extremamente complexa a descrição objetiva do invento ao órgão de registro.

Desse modo, ao diminuírem custos de transação e incertezas pelo estabelecimento consensual de conjunto sistematizado de parâmetros para transações reiteradas, normas e padrões técnicos ampliam o âmbito de funcionamento de mercados concorrenciais. Nesse sentido, pode-se dizer que normas técnicas representam uma

¹⁹⁵ Cf. TASSEY, Gregory, Standardization in technology-based markets, **Research Policy**, v. 29, n. 4-5, p. 587-602, 2000.

infraestrutura tecnológica que suporta tais transações, além de promoverem significativas economias de escala, ao ampliar a demanda potencial de um novo produto ou serviço; e de escopo, ao compatibilizar o emprego conjunto de ativos que podem incrementar a produtividade de uma dada atividade econômica.¹⁹⁶

Os evidentes ganhos decorrentes da padronização de aspectos técnicos de indústrias inovadoras levaram empresas e especialistas a estabelecer associações para tanto já a partir da Segunda Revolução Industrial. Importantes entidades de normalização ainda em atividade datam do final do século XIX e início do XX, tais como o *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE), fundado nos EUA em 1884¹⁹⁷ e responsável por diversas normas técnicas de uso mundial nas áreas de elétrica, eletrônica e computação; *American Society for Testing and Materials* (ASTM), originalmente organizada em 1898 para estabelecer padrões na composição do aço a ser empregado em equipamento ferroviário¹⁹⁸; e a *International Electrotechnical Commission* (IEC), constituída em 1906 em Londres para a padronização de equipamentos elétricos.¹⁹⁹

Dada a relevância das atividades de normalização para o funcionamento da economia, governos nacionais implantaram sistemas públicos de normalização ao longo do século XX, cada qual com peculiaridades bastante próprias.²⁰⁰ Verificou-se tanto o estabelecimento de órgãos estatais quanto o reconhecimento de associações privadas como entidades nacionais para a aprovação e revisão de normas técnicas. Tais entidades estabelecem padrões por meio de procedimentos deliberativos estruturados, abertos a empresas e outros interessados, em que se podem discutir os principais aspectos de novas normas técnicas ou de suas revisões e ajustes. É dessa maneira que funciona a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), fundada em 1939 para lidar, originalmente, com a padronização da fabricação de

¹⁹⁶ *Ibid*, p. 588.

¹⁹⁷ Vide <https://www.ieee.org/about/ieee_history.html> (acesso em 11.11.2014).

¹⁹⁸ Vide <http://www.astm.org/ABOUT/full_overview.html> (acesso em 11.11.2014).

¹⁹⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, **História da Normalização Brasileira**, Rio de Janeiro: ABNT, 2011., p. 31.

²⁰⁰ Análise sobre a experiência de diversos países desenvolvidos encontra-se em TATE, Jay, National varieties of standardization, *in*: HALL, P. A.; SOSKICE, D. W. (Orgs.), **Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 441–472. Já para a experiência brasileira, vide DIAS, **Medida, normalização e qualidade.**; e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, **História da Normalização Brasileira.**

concreto armado²⁰¹, e que hoje é reconhecida como o único Foro Nacional de Normalização, nos termos da legislação em vigor.²⁰² Em tais organizações, embora normas técnicas não resultem diretamente da colaboração entre empresas, estas participam ativamente do processo de deliberação.

Por fim, mais recentemente, verifica-se a colaboração entre empresas para o estabelecimento de padrões referentes a certas tecnologias de ampla utilização na área de computação e informática. Siglas quotidianas como Blu-Ray e Wi-Fi identificam padrões técnicos para a gravação, transmissão e reprodução de dados resultantes dos esforços colaborativos de diversas empresas de alta tecnologia. O conhecido Wi-Fi, por exemplo, foi desenvolvido com base em norma estabelecida pelo IEEE, que depois passou a ser administrada por uma associação própria, a *Wi-Fi Alliance*.²⁰³ A conexão HDMI para transmissão de sons e imagens em alta definição, por sua vez, é resultado de pesquisas de diversas empresas multinacionais de tecnologia; suas atualizações são de responsabilidade de entidade específica, e o licenciamento dessa tecnologia fica a cargo de *pool* de patentes denominado *HDMI Licensing, LLC*.²⁰⁴ Situações análogas se aplicam ao Blu-Ray²⁰⁵, Bluetooth²⁰⁶ e USB.²⁰⁷ Trata-se de tecnologias desenvolvidas originalmente por meio de JVs de P&D, as quais, tendo ganho ampla aceitação no mercado de forma a tornar-se um padrão, se estruturaram como entidades associativas a fim de permitir a participação de diversas outras empresas no aperfeiçoamento da inovação.

²⁰¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, **História da Normalização Brasileira**, cap. 4.

²⁰² Lei 5.966, de 1973, que “[i]nstitui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial”; e Resolução 2, de 1992, do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO.

²⁰³ Vide <<http://www.wi-fi.org/>> (visitado em 11.11.2014).

²⁰⁴ Vide <<http://www.hdmi.org/>> (visitado em 11.11.2014).

²⁰⁵ Vide <<http://www.blu-raydisc.com/>> (visitado em 11.11.2014).

²⁰⁶ Vide <<http://www.bluetooth.com/Pages/History-of-Bluetooth.aspx>> (visitado em 11.11.2014).

²⁰⁷ Vide <<http://www.usb.org/about>> (visitado em 11.11.2014).

Nota-se, portanto, que há basicamente duas formas de empresas colaborarem entre si para o estabelecimento de normas técnicas: i) em organizações normalizadoras públicas ou reconhecidas pelo Estado, como a ABNT no Brasil²⁰⁸; ou ii) no âmbito de entidades privadas, cujos *standards* não possuem respaldo estatal explícito. Nesta segunda hipótese, pode-se ainda diferenciar entre associações de classe ou profissionais, de caráter mais abrangente, e organizações mais restritas decorrentes de projetos colaborativos específicos de inovação tecnológica, as quais em regra envolvem também discussões sobre a forma de se licenciar patentes integrantes do novo padrão.²⁰⁹

A possibilidade de conhecimentos patenteados integrarem um padrão ou norma técnica remete às possíveis preocupações concorrenciais decorrentes de processos de normalização. Verificam-se inicialmente hipóteses semelhantes às apontadas quando da análise do licenciamento cruzado e de *pool* de patentes: as empresas participantes da entidade de normalização podem, em tese, diminuir a rivalidade entre si e trocar informações concorrencialmente sensíveis, além de reforçarem seu poder de mercado no licenciamento das patentes a terceiros por meio da negociação conjunta.²¹⁰

Todavia, a principal preocupação refere-se a possíveis manipulações do processo de normalização para que normas técnicas incorporem conhecimentos patenteados por empresa ou grupo de empresas, de forma a lhes ampliar o poder de mercado.²¹¹ Isso pode acontecer quando uma empresa propõe para a nova norma técnica determinadas características que sabe serem objeto de patente sua, já conferida ou ainda pendente, sem informar aos participantes do processo de deliberação sobre tal fato – estratégia conhecida na literatura especializada

²⁰⁸ Além ser reconhecida como único Foro Nacional de Normalização desde 1992, a ABNT possui respaldo estatal desde, ao menos, 1962, por meio da Lei 4.150, que determinou a obrigatoriedade de observação de suas normas técnicas por parte de órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos em compras de materiais e contratações de serviços (especialmente construção de obras públicas) (art. 1º).

²⁰⁹ Para uma análise detalhada sobre os aspectos econômicos que influenciam a criação e o funcionamento das diferentes formas de organizações de normalização, vide DAVID, Paul A.; GREENSTEIN, Shane, *The Economics Of Compatibility Standards: An Introduction To Recent Research*, **Economics of Innovation and New Technology**, v. 1, n. 1-2, p. 3–41, 1990.

²¹⁰ GERADIN, Damien; LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, A. Jorge, *Complements Problem within Standard Setting; Assessing the Evidence on Royalty Stacking*, The, **Boston University Journal of Science & Technology Law**, v. 14, 2008, p. 166-168.

²¹¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD, *Competition policy and the exercise of intellectual property rights.*, p. 13-14.

estrangeira como *patent hold up*. Até a definição de um padrão, o detentor da patente provavelmente não possui qualquer poder de mercado. Todavia, uma vez que norma técnica que incorpore o conhecimento patenteado passe a vigorar, toda a indústria promove investimentos em ativos específicos (em termos de divulgação e aprendizado da norma, treinamento de funcionários, ajustes em processos de produção etc.), de forma que, sendo antieconômico alterar novamente a norma, essas empresas terão que pagar royalties ao titular da patente. Embora possa não parecer à primeira vista um problema antitruste – na medida em que prescinde da detenção de posição dominante, e não envolve um acordo anticompetitivo –, trata-se da aquisição ineficiente e injustificada de poder de mercado, pois não relacionada aos eventuais benefícios da tecnologia oportunisticamente incluída no padrão. Ademais, tal poder passa a ser empregado para cobrança de royalties mais elevados de toda a indústria, resultando em aumento de preços ao consumidor.²¹² Tendo em conta a possibilidade desse comportamento oportunista, entidades normalizadoras públicas e privadas usualmente possuem regras específicas para evitá-lo, tais como i) obrigação de prestação de informações sobre patentes atuais ou pendentes relevantes para a norma técnica em discussão; ii) negociação coletiva de valores de licenciamento; e iii) exigência de condições razoáveis e não discriminatórias de licenciamento para que o *standard* incorpore determinada patente.²¹³

Por fim, mesmo que conhecimentos patenteados não estejam presentes, o processo de normalização também pode ser manipulado por empresas para gerar dificuldades para a atuação de entrantes ou de empresas não alinhadas (no caso de um cartel). Assim, pode-se estabelecer requisitos técnicos para bens ou produtos que aumentem as barreiras à entrada ou os custos de rivais. Ademais, pode-se também estabelecer requisitos que impeçam que determinado produto rival seja considerado em conformidade com a norma técnica, de forma a dificultar suas vendas para potenciais clientes.²¹⁴

²¹² FARRELL, Joseph *et al*, Standard setting, patents, and hold-up, **Antitrust Law Journal**, p. 603–670, 2007.

²¹³ AMERICAN BAR ASSOCIATION, **Handbook on the antitrust aspects of standards setting.**, p. 105-108; LEMLEY, Mark A., Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations, **California Law Review**, v. 90, n. 6, p. 1889–1980, 2002.

²¹⁴ GAVIL; KOVACIC; BAKER, **Antitrust Law in Perspective.**, p. 1165-1168.

c. *TENSÃO ENTRE COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA COMO PROBLEMA PARA NORMAS ANTITRUSTE*

A análise empreendida ao longo deste Capítulo 2 evidencia que o complexo fenômeno da inovação tecnológica não pode prescindir quer da rivalidade entre agentes econômicos, quer de arranjos colaborativos entre eles. Por um lado, a disputa entre organizações empresariais independentes por lucratividade e sobrevivência faz parte do dínamo da inovação; monopolistas ou firmas fortemente protegidas de pressões competitivas possuem poucos incentivos para investir em novos produtos e processos, pois não conseguem aumentar ainda mais seus lucros e não temem por sua permanência no mercado.

Por outro lado, dadas as incertezas intrínsecas ao processo de inovação, a dificuldade de apropriação dos resultados econômicos e a possibilidade de comportamento oportunista por terceiros, foram sendo desenvolvidos diversos tipos de arranjos de governança colaborativos que, ao lidar com os elevados custos de transação aplicáveis, permitiram que empresas pudessem dividir riscos, conjugar ativos complementares, e internalizar resultados financeiros, de modo a viabilizar investimentos privados. Com isso, estabelecem-se fatores de transferência de tecnologia fundamentais para o funcionamento de Sistemas Nacionais de Inovação, que não envolvem a situação de uma empresa específica mas sim uma perspectiva intermediária, *mesoinstitucional*, de acordo com MAZZUCATO:

“The perspective is neither macro nor micro, but more meso, where individual firms are seen as part of a broader network of firms with whom they cooperate and compete. The system of innovation can be interfirm, regional, national or global. (...)The network consists of customers, subcontractors, infrastructure, suppliers, competencies or functions, and the links or relationships between them. The point is that the competencies that generate innovation are part of a collective activity occurring through a network of actors and their links or relationships”.²¹⁵ (grifo nosso)

Tais arranjos colaborativos sempre implicam algum grau de restrição da rivalidade entre as partes. Ainda que não envolvam um acordo explícito de cartel quanto aos preços de produtos finais atuais, *joint ventures* de P&D podem excluir a possibilidade de que cada uma das empresas envolvidas crie uma tecnologia distinta e concorrente no futuro. Já JVs de produção podem diminuir a disputa entre as partes na aquisição de um dado insumo (caso envolva sua produção conjunta), ou a

²¹⁵ MAZZUCATO, *The entrepreneurial state.*, p. 36.

possibilidade de se diferenciarem em termos de certos custos de produção que passam a ser comuns. O licenciamento de uma tecnologia por certa empresa, ainda que não contenha cláusula de exclusividade, pode inviabilizar a adoção de outras tecnologias também disponíveis para a mesma atividade. Já um *pool* de patentes diminui incentivos para que as partes desenvolvam outras tecnologias para aplicações já abarcadas pelas patentes compartilhadas. Por fim, a padronização de aspectos técnicos de produtos limita a diversidade de características disponíveis ao consumidor, a qual poderia ser mais uma variável de disputa concorrencial entre as empresas participantes de uma dada indústria. Em todos esses casos, representantes de diferentes empresas se encontram e podem fazer acordos informais sobre preços e quantidades ou compartilhar informações concorrencialmente sensíveis. Por fim, tais arranjos se dão, muitas vezes, em mercados concentrados, os quais, como visto na Seção 2.A, são usualmente os que mais desenvolvem inovações tecnológicas.

Como então ponderar tais fatores na política de defesa da concorrência, a qual tem por objeto justamente sancionar condutas e acordos restritivos adotados por agentes privados? Como controlar o poder econômico e garantir o melhor funcionamento dos mercados por meio da manutenção da rivalidade entre empresas mesmo quando estas celebram arranjos cooperativos/híbridos entre si, inclusive com rivais e em mercados oligopolizados, os quais são fundamentais para inovações tecnológicas que propiciam desenvolvimento econômico?²¹⁶ Como incentivar cooperações inovadoras ao mesmo tempo em que se mantém a rivalidade entre os parceiros?²¹⁷

²¹⁶ Nesse sentido, vide HOVENKAMP, Herbert, Antitrust and the Movement of Technology, **Geo. Mason L. Rev.**, v. 19, p. 1119, 2011., p. 1124: “The task that antitrust policy confronts is to permit collaboration to achieve the cost savings and interoperability that collaborative innovation promises, while searching out and policing restrictions on output or price that are both competitively harmful and unnecessary to achieve these goals, or that restrain the legitimate innovations of rivals.”.

²¹⁷ “Irrespective of the motive for collaboration or the form of the alliance, all alliances embody a basic tension. On the one hand, partners need to collaborate and behave cooperatively to create value. On the other, the interests of the firms inevitably diverge when it comes to claiming value generated within the alliance. As a result, partners compete to divide value.” OXLEY, Joanne E.; SILVERMAN, Brian S., Inter-firm alliances: a New Institutional Economics Approach, in: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.), **New Institutional Economics: a Guidebook**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008., p. 213.

Essas são questões centrais para qualquer sistema de direito e política antitruste em um país que pretenda que suas instituições estejam alinhadas a uma estratégia de desenvolvimento.

Propõe-se neste estudo que essa tensão deve ser tratada por meio de sofisticação institucional no âmbito da política de defesa da concorrência, i.e., pelo estabelecimento de instrumentos normativos específicos para lidar com cooperações empresariais que visem inovação tecnológica, tais como isenções parciais ou totais, exceções, critérios de análise, procedimentos próprios, e meios institucionais de coordenação com outras políticas de suporte à inovação. Um primeiro *insight* a sustentar tal proposta encontra-se em artigo de Jean Jacques LAFFONT feito para conferência organizada pelo Banco Mundial sobre economia do desenvolvimento em 1999:

“Competition is unambiguously a good thing in the first-best world of economists. That world assumes large numbers of participants in all markets, no public goods, no externalities, no informational asymmetries, complete markets, no natural monopolies (...). Developing economies are of course very far from this ideal world, and the policy question “Should competition be encouraged in developing countries?” must be raised in a more realistic framework. Economic theory (in particular, industrial organization theory) has already given a myriad of examples where some form of competition may be detrimental in industrial countries. Let me mention a few. Patent policies that limit competition to create incentives for innovation are desirable to deal with the public-good nature of discoveries. More generally, *ex post* restricted competition is often the only way to encourage investments in specific nonobservable assets in a relationship or an organization. (...)”.²¹⁸ (grifo nosso)

A observação de LAFFONT é consistente com a análise feita nas Seções 1.B e 2.C acima: teorias econômicas, mesmo as de viés neoclássico e sem qualquer consideração sobre as especificidades de países em desenvolvimento, reconhecem que a criação, implementação e difusão de inovações tecnológicas por empresas privadas depende de investimentos em ativos específicos, investimentos esses que só são justificáveis financeiramente se houver algum grau mínimo de segurança de sua amortização pela obtenção de lucros, quer pelo exercício de poder de mercado, quer pela diminuição de custos. Em ambos os casos, isso em regra depende da expectativa de que empresas que não participaram do investimento serão impedidas

²¹⁸ LAFFONT, Jean Jaques, Competition, Information and Development, *in: Annual World Bank Conference on Development Economics - 1998*, Washington: World Bank, 1999, p. 237.

– ainda que temporariamente – de imitarem tal inovação, devendo promover elas mesmas suas próprias inovações. Portanto, algumas restrições à concorrência são necessárias para fomentar investimentos privados em inovação tecnológica.

O direito antitruste afeta diretamente esse cálculo de possível retorno de investimentos em inovação tecnológica. Há, nas palavras de RIBEIRO, um verdadeiro “preconceito histórico” a cooperações entre empresas, usualmente consideradas como ilícito formal (ou *per se*).²¹⁹ Ao preverem sanções em caso de acordos restritivos à concorrência, empresas que planejam parcerias devem incorporar em seu cálculo (incompleto, dada a racionalidade limitada) o risco de serem penalizadas, caso as restrições sejam consideradas injustificadas. Ainda que tais acordos estejam sujeitos a um regime de autorização (e não de sanção), empresas devem considerar os custos da notificação e a possibilidade de a operação não ser aprovada, ou o sê-lo de forma que a restrição adotada para proteger investimentos específicos seja alterada pela autoridade. A depender dos riscos de sanção ou de reprovação, arranjos colaborativos inovadores e promotores de desenvolvimento econômico deixam de ser celebrados.

Tendo isso em conta, a sofisticação institucional abrange o desenho de regras que permitam autorizar ou presumir lícitas cooperações inovadoras eficientes e benéficas, e restringir ou proibir aquelas cujas restrições sejam injustificadas economicamente, considerando as especificidades do fenômeno da inovação e das necessárias restrições em arranjos de governança que o suportem, de forma tal a conferir um nível adequado de previsibilidade e segurança a empresas privadas para que possam planejar investimentos conjuntos em novas tecnologias. Nesse sentido, não basta apenas uma liberdade jurídica genérica para que agentes privados invistam para criação e adoção de novos processos e produtos; ante a crescente complexidade dos processos de inovação e dos correspondentes arranjos colaborativos necessários, bem como a atuação mais intensa das autoridades concorrenciais, a formação de um ambiente propício para inovações depende do

²¹⁹ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes, *Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade seguradora*, in: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.), **Regulação e desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 166.

complemento de diversas instituições jurídicas adequadas para lidar com os problemas da incerteza e da apropriação de resultados.²²⁰

Neste ponto, convém destacar outro aspecto apontado por LAFFONT no excerto acima: países em desenvolvimento possuem características próprias, que devem ser consideradas em políticas de defesa da concorrência. Como se buscará apresentar ao longo da próxima **Parte II**, o direito antitruste dos Estados Unidos contém exemplos da adoção de regras específicas para tratar de arranjos colaborativos inovadores, as quais são resultado de anos de experiência e aprendizado por parte dos formuladores da política antitruste (legisladores, autoridades e tribunais), em que foram sendo estruturados diversos mecanismos para o aumento da competitividade de suas empresas. Uma análise detalhada dessa experiência, que leve em consideração as suas especificidades é, a nosso ver, útil para a avaliação crítica em análise comparativa das normas antitruste brasileiras aplicáveis a tais tipos de acordo.

²²⁰ “Die Garantie negative Freiheit allein kann die Innovationsfähigkeit einer Gesellschaft aber nicht absichern. Schon eine Invention ist angesichts der Organisations- und häufig auch Ressourcenabhängigkeit von Forschung notwendig von gesellschaftlichen Leistungen abhängig. Und das komplexe wechselfpiel, in dessen Verlauf eine Idee oder Invention ihre technische, ökonomische und / oder soziale Macht als Innovation entfaltet, ist ein sozial eingebetteter Prozess, der über negative Freiheit allein nicht beschreibbar und in rechtlicher Freiheit allein nicht nachhaltige funktionsfähig wäre. Deshalb bedarf es zahlreicher weiterer Institutionen und nicht umsonst spricht die Innovationsforschung von Innovationssystemen, wenn sie auf die Bedingungen für Innovationen in Gesellschaften Bezug nimmt.” EIFERT, Martin, Innovationsfördernde Regulierung, in: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.), **Innovationsfördernde Regulierung: Innovation und Recht II.**, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 12-13.

II. INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO: REGIME JURÍDICO CONCORRENCIAL APLICÁVEL A COOPERAÇÕES EMPRESARIAIS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

THE simple correlations between goals and institutions that characterize so many ideological positions simply do not hold. Name any serious goal, define it well, defend it to the hilt and you are still a long way from law and public policy. You cannot address definitive questions of law and public policy such as liability versus no liability, regulations versus no regulations, and rights versus no rights. Dealing with every important issue from rules versus standards to capitalism versus socialism requires that you seriously address institutional choice.

Neil Komesar, 2001²²¹

A Primeira Parte acima buscou demonstrar o papel central da inovação tecnológica para a compreensão da dinâmica do sistema capitalista de produção, bem como apresentar a tensão entre concorrência e cooperação intrínseca a esse fenômeno: empresas buscam desenvolver inovações para ganhar mercado e obter maiores lucros por meio de vantagens competitivas; todavia, a forte incerteza, os elevados custos, a necessidade de compor ativos complementares e a competição em nível global geram incentivos para o estabelecimento de diversas formas de colaboração interempresarial para desenvolvimento de inovações, por meio de mecanismos de governança adequados a lidar com os custos de transação correlatos.

Tendo isso em mente, esta Segunda Parte contém análise de direito comparado entre Estados Unidos e Brasil que visa identificar as características do que este trabalho qualifica como sofisticação institucional de regras de direito concorrencial aplicáveis a cooperações empresariais cujo objeto seja o desenvolvimento, a implantação e a difusão de inovações tecnológicas. Para tanto, esta Parte está dividida em quatro capítulos.

O **Capítulo 3** apresenta os pressupostos teóricos que informam este estudo de direito econômico comparado, quais sejam:

²²¹ KOMESAR, Neil K., **Law's Limits: Rule of Law and the Supply and Demand of Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001., p. 175.

- Seção A. A Nova Economia Institucional – NEI, apresenta referencial teórico útil para a análise de normas jurídicas, especialmente regras de direito econômico que estruturam políticas públicas como a de defesa da concorrência, ao estabelecer um conceito de ‘instituição’ empregado em diversas ciências sociais, prover critério para a comparação entre diversas instituições (custos de transação) e reconhecer explicitamente a falibilidade de quaisquer arranjos institucionais ao considerar que a análise de políticas públicas deva dar-se por meio da análise institucional comparativa.
- Seção B. Instituições jurídicas não são apenas um parâmetro neutro e exógeno à economia. Antes, normas legais e políticas públicas nelas baseadas organizam mercados mas também são por estes afetadas, em um processo iterativo e dinâmico influenciado por inovações tecnológicas, dependência de trajetória (*path dependence*), bem como por comportamentos estratégicos e aprendizado de organizações (empresas, associações e autoridades). Não há uma relação causal unidirecional direito→mercado. É importante entender tais fatores subjacentes a mudanças institucionais a fim de explicitá-los em um estudo de direito concorrencial comparado.
- Seção C. Inovações tecnológicas, interações estratégicas e *path dependence* influenciam o desenvolvimento do sistema jurídico em particular e da economia política como um todo de tal maneira que se verificam diferentes tipos de organização de sistemas capitalistas de produção, mesmo entre países desenvolvidos. A análise dessas diferenças tem sido objeto de estudo de linha de pesquisa de ciência política denominada Variedades de Capitalismo – VdC, a qual emprega conceitos da NEI e também dos estudos heterodoxos sobre Sistemas Nacionais de Informação na comparação do desempenho dos países quanto à capacidade de suas instituições proverem às empresas neles sediadas melhores condições de resolver problemas de coordenação com empregados, investidores e outras empresas e, com isso, gerarem inovação tecnológica e desenvolvimento econômico.

O referencial teórico do Capítulo 3 suportará uma avaliação crítica da experiência dos Estados Unidos e do Brasil, a ser empreendida nos **Capítulos 4 e 5**. Nestes, serão avaliados se e como essas duas jurisdições desenvolveram soluções institucionais próprias para lidar com a tensão entre concorrência e cooperação para desenvolvimento tecnológico, ao criar regras, isenções, exceções e procedimentos específicos aplicáveis às diversas formas de cooperação apontadas acima (*joint ventures* de P&D e de produção; licenciamento de tecnologia e entidades de padronização).

Ademais, tal análise comparativa também buscará identificar nesses países normas que viabilizem a *complementariedade institucional* entre a política de defesa da concorrência e a política de fomento à inovação, de maneira que ambas tenham maior eficácia como instrumentos de suporte ao desenvolvimento tecnológico do respectivo país ou região.

3) DIREITO E DESENVOLVIMENTO CAPITALISTA

Estudos de direito econômico usualmente apontam que o Estado nacional, desde sua concepção, esteve intimamente ligado ao desenvolvimento do capitalismo.²²² A partir dessa constatação, são usualmente apontados dois modelos principais de Estado capitalista: o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social, cada qual com suas instituições jurídicas características.²²³

A concepção liberal de Estado, moldada quando da eclosão das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, proscrevia separação entre as atividades estatais (política) e a atividade econômica, a cargo dos particulares. O Estado se preocuparia apenas com a manutenção do *status quo*, com a segurança e ordem. O fim do Estado para a concepção liberal é a liberdade individual; não deve ter fins próprios, mas apenas permitir que os indivíduos atinjam seus fins.²²⁴

Entretanto, a eclosão de duas guerras mundiais e a crise de 1929 motivaram a participação mais ativa do Estado como coordenador das economias nacionais, não mais atuando como árbitro neutro da arena econômica.²²⁵ Desde então, as mais variadas técnicas e instrumentos de intervenção estatal na economia são adotados, a fim de atingir diversos objetivos econômicos e sociais. O papel jurídico do Estado alargou-se; a atividade econômica passa a ser conformada pelos poderes públicos. Em vista das novas

²²² Vide, por exemplo, GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007., cap. 1; NUSDEO, **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**, cap. 10; SCOTT, Paulo Henrique Rocha, **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000, Terceira Parte; VENÂNCIO FILHO, Alberto, **A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil**, edição fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998., cap. 1. O mesmo se verifica na doutrina sobre direito econômico de diversos países europeus, como Portugal (MONCADA, Luís S. Cabral de, **Direito econômico**, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, cap. 1); e França (HUBRECHT, Hubert-Gérald, **Droit public économique**, Paris: Dalloz, 1997, caps. 1 a 3).

²²³ HOBBSBAWM, Eric, **A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**, São Paulo: Companhia das Letras, 1995., p. 97-101.

²²⁴ “A concepção liberal do Estado é jurídica, no sentido de que a característica essencial da sua actividade é o tratar-se de uma actividade jurídica. Ao Estado compete estabelecer o quadro geral das regras dentro do qual a liberdade individual de cada cidadão possa coexistir com a liberdade dos demais, só nessa medida se justificando. (...) O Estado é pois negativo quanto ao âmbito da sua actividade, contratual quanto à sua origem, formal do ponto de vista da ausência de finalidades próprias e jurídico quanto à modalidade de que se reveste a sua actividade.” MONCADA, **Direito econômico**. p. 22-3.

²²⁵ GRAU, **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, p. 44-46; COMPARATO, Fábio Konder, **Direito econômico**, in: **Dicionário Saraiva de Direito**, São Paulo: Saraiva, 1977; HOBBSBAWM, **Era dos extremos**., p. 51-55.

funções do Estado, os controles sobre a economia se expandem e passam a abarcar diversas atividades. Surgem então constituições dirigentes, empresas públicas, normas especiais de regulamentação setorial, incentivos, controles e planejamento, medidas as quais requerem detalhada regulamentação jurídica.²²⁶

Aponta-se, por fim, que o modelo de Estado de Bem-Estar Social vem sofrendo profundas modificações. Desde a década de 1980, nas economias capitalistas centrais, e 1990, nas periféricas, liberalização econômica, privatização e desregulamentação são as palavras de ordem.²²⁷ Todo o aparato intervencionista passou a ser criticado como ineficiente e incapaz de atender às necessidades a que se propõe. Com base nessas críticas, foram implementadas reformas estruturais abrangentes, visando a retirada do Estado como agente econômico e ao fortalecimento de sua função reguladora. Com isso, retoma-se princípio do Estado Liberal, ao agir como árbitro dos agentes privados, mas continuam a ser perseguidos fins coletivistas estabelecidos enquanto Estado Social.

Essa breve narrativa é consistente com desenvolvimentos abrangentes ocorridos no sistema jurídico de diversos países ao longo dos séculos XIX e XX²²⁸, e demonstra a importância de amplas reformas jurídicas para modificar o exercício ou a delegação de funções pelo Estado na esfera econômica. Todavia, esse tipo de abordagem, em tal nível de abstração, não permite identificar diferenças relevantes entre os países, assim como não apresenta detalhes a respeito dos fatores preponderantes para a criação e mudança de normas de direito econômico.

Há diversos estudos interessantes desenvolvidos ao longo dos últimos 30 anos que buscam avaliar em maior grau de detalhe a importância de instituições jurídicas para o desenvolvimento de economias capitalistas, bem como os fatores determinantes para a mudança dessas normas, os quais adotam conceitos explorados de forma

²²⁶ MONCADA (**Direito econômico.**, p. 23-6) aponta para três características do direito desta fase. Inicialmente, percebe-se o esbatimento da distinção entre o direito público e o direito privado. Também a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos se faz nítida. Por fim, o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social torna-se evidente.

²²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren, **Direito econômico : do direito nacional ao direito supranacional**, São Paulo: Atlas, 2009., p. 167 e ss.

²²⁸ KENNEDY, Duncan, Three Globalizations of Law and Legal Thought, *in*: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (Orgs.), **The new law and economic development: a critical appraisal**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19–73.

pioneira no âmbito da Nova Economia Institucional.²²⁹ Tendo isso em conta, a apresentação dos principais conceitos e ideias dessa linha de pesquisa é útil para o presente estudo de direito econômico comparado, na medida em que provê um quadro conceitual para a avaliação da realidade econômica e institucional de diversos países, inclusive daqueles em desenvolvimento. Nesse sentido, o presente trabalho partilha da avaliação de KOMESAR quanto ao emprego de instrumental desenvolvido pela teoria econômica para avaliação de instituições jurídicas:

“Some noneconomists may see this economic approach as too sparse, but I believe it provides a powerful analytical framework with which to organize analysis of law and public policy. It asks essential first questions and supplies an organizing framework capable of integrating other considerations”.²³⁰

Tendo isso em conta, trata-se de um estudo que se utiliza de diversos conceitos presentes na literatura conhecida como ‘Análise Econômica do Direito’ (AED), referida em inglês como ‘*Law and Economics*’ e que se desenvolveu, inicialmente, nos Estados Unidos, com base na microeconomia neoclássica.²³¹ Todavia, assim como na teoria econômica, há diversas abordagens metodológicas no âmbito da AED²³², de maneira que uma análise sobre instituições jurídicas pode se beneficiar de importantes *insights* da economia sobre o comportamento de indivíduos e organizações sem necessariamente incorrer em certos reducionismos e simplificações bastante criticáveis na abordagem econômica ortodoxa. É o que se busca obter com a apresentação do referencial teórico a ser empregado no restante deste estudo, contante nas Seções 3.A e 3.C abaixo.

a. ORGANIZAÇÕES, GOVERNANÇA E INSTITUIÇÕES

A análise desenvolvida na Seção 2.B acima, ao fazer referência à Nova Economia Institucional, já apontou que, para essa linha de pesquisa econômica, não se pode considerar o ambiente econômico somente composto por mercados, pois isso está longe da realidade. Agentes econômicos possuem racionalidade limitada, e, tendo em

²²⁹ Cf. TREBILCOCK; PRADO, **Advanced Introduction to Law and Development**, cap. 3; ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, **Why Nations Fail: Origins of Power, Poverty and Prosperity**, New York: Crown Publishers, 2012., cap. 3.

²³⁰ KOMESAR, **Law’s Limits**, p. 181.

²³¹ Vide COOTER; ULEN, **Law and Economics**, caps. 1 e 2.

²³² Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof, O que é pesquisa em direito e economia, **Cadernos DIREITO GV**, v. 5, n. 2, p. 5–58, 2008.; MERCURO; MEDEMA, **Economics and the law**; e ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.), **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**, São Paulo: Campus, 2005.

conta a incerteza bem como a possibilidade de comportamentos estratégicos pelas possíveis partes de uma possível transação econômica, são avaliados diferentes arranjos de governança para lidar com os custos inerentes à identificação de contraparte da transação, negociação dos termos da operação e estabelecimento de mecanismos para resolução de conflitos e para garantia do adimplemento das obrigações pactuadas – i.e., custos de transação.

Dentre esses diferentes arranjos encontram-se relações comutativas em mercado (quando estes existem), relações hierárquicas intraempresa, e formas intermediárias ou híbridas, como as *joint ventures*. Nesse sentido, a própria configuração da empresa depende dos custos de transação pertinentes. Em um dado momento, pode ser mais econômico internalizar determinadas atividades; em outro, essa mesma atividade pode ser contratada de maneira mais vantajosa junto a um dentre diversos prestadores que passam a ofertar em um novo mercado de serviços.²³³ Esses preços relativos vão portanto sendo alterados ao longo do tempo, por conta de inovações tecnológicas, variações do custo e insumos e de mão de obra, dentre outros fatores.

De maneira reflexa, também mercados podem ser criados, expandidos, diminuídos ou alterados a depender de reações de seus participantes a mudanças nos custos de transação aplicáveis, por conta dos mesmos tipos de fatores. Inovações tecnológicas como a Internet podem, por exemplo, ampliar significativamente o número de participantes de mercados como os de itens usados, ao diminuir os custos para que pessoas desconhecidas acessem informações relevantes de uma dada oferta e contactem o vendedor. Ao mesmo tempo, essa mesma tecnologia diminuiu o mercado de agentes de viagem, ao facilitar a contratação de serviços turísticos (passagens aéreas, hotéis, pacotes) diretamente pelo consumidor.

Convém, neste ponto, expandir tais considerações para melhor compreender de que forma a NEI tem contribuído para a análise da relação entre direito e desenvolvimento, bem como para a identificação dos fatores relevantes em processos de mudança institucional. Como indicado acima, a abordagem proposta pela NEI tem influenciado nas últimas décadas tanto estudos quanto iniciativas de reformas promovidas em países subdesenvolvidos para que melhorem seu desempenho econômico. Durante esse período, com o fim da União Soviética e do socialismo,

²³³ Vide GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D., The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, **Journal of Political Economy**, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986.

diversos países se defrontaram com o desafio de estabelecer instituições para o funcionamento de uma economia de mercado, a começar pela determinação de um regime de propriedade privada, o que se apresentou como oportunidade para aplicar os conceitos da NEI em reformas institucionais na prática.²³⁴ Também na América Latina e em países da África e Ásia foram adotados programas de fortalecimento de instituições influenciados por essas pesquisas com o apoio de instituições multilaterais – notadamente o Banco Mundial – no âmbito de reformas de liberalização econômica.²³⁵

Para tanto, deve-se inicialmente esclarecer e delimitar três conceitos fundamentais dessa linha de pesquisa: *organizações*, *governança* e *instituições*. Empresas, associações de classe, entidades civis, partidos políticos e órgãos estatais (como parlamentos, ministérios, autoridades administrativas e tribunais) são *organizações*, em que conjuntos de indivíduos se vinculam por meio de regras específicas para que, ao atuarem coletivamente, obtenham algum objetivo comum.²³⁶ Como já apresentado acima (Seções 1.B [sobre modelos heterodoxos] e 2.B [sobre a NEI]), as empresas podem ser consideradas organizações que, assim como os indivíduos que as formam, possuem capacidade limitada de processar informações e antecipar os cenários futuros possíveis, e portanto, desenvolvem rotinas e regras heurísticas para atuar em um ambiente de incerteza e acumular informações relevantes a serem empregadas em seus processos para sua lucratividade e sobrevivência. Em

²³⁴ WILLIAMSON, Oliver E., The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead, **Journal of Economic Literature**, v. 38, n. 3, p. 595–613, 2000.

²³⁵ Tais programas foram adotados depois de um primeiro movimento de reformas liberalizantes, após as crises fiscais e cambiais que impactaram diversos países em desenvolvimento no início da década de 1980. Instituições multilaterais passaram a determinar, como condições para a liberação de empréstimos, a adoção de profundas reformas visando disciplina fiscal, liberalização do comércio internacional, desregulação de mercados, retirada de medidas de intervenção estatal na economia, privatização e promoção de investimentos estrangeiros. Esse paradigma de reformas foi denominado, pela historiografia econômica, como o ‘Consenso de Washington’, e tinha por pressuposto que a melhor maneira de se atingir desempenho econômico superior é a promoção da atividade privada por meio de transações livres de mercado (WILLIAMSON, J., A short history of the Washington Consensus, **The Washington Consensus reconsidered: towards a new global governance**, p. 14, 2008.). Todavia, essas reformas em grande medida *não* geraram maior crescimento econômico, o que resultou em novo movimento de reformas suportadas pelas instituições multilaterais, a abranger a estruturação de instituições adequadas para o desenvolvimento de mercados, com clara influência da NEI: “When institutional economists began to posit the need for state intervention to create institutional infrastructure, and people like Joseph Stiglitz [ex-economista chefe do Banco Mundial] reminded everyone that markets have inherent imperfections, there emerged within development economics itself the recognition that law might be needed to create the necessary infrastructure for markets, regulate activity when markets fail, and provide for social needs that markets could not meet.” (TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro, Introduction, *in*: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (Orgs.), **The new law and economic development: a critical appraisal**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 11.)

²³⁶ FIANI, **Cooperação e conflito.**, p. 8.

resumo, empresas *aprendem*, e essa mesma capacidade de incorporar novos conhecimentos e com isso estruturar novas rotinas também se aplica a outras organizações, com destaque para autoridades administrativas e tribunais, como veremos na Subseção 3.B.ii abaixo.

Organizações empresariais interagem entre si por meio de *arranjos de governança*, dentre os quais se destaca o mercado concorrencial.²³⁷ Este é adequado para transações recorrentes e de poucas e simples especificações. Em outras situações – especialmente aquelas em há necessidade de investimentos em ativos específicos –, arranjos híbridos, tais como *joint ventures* e diversos instrumentos contratuais de médio e longo prazo, lidam melhor com os custos de transação aplicáveis, como visto.

O funcionamento de organizações e de arranjos de governança é regido por *instituições*, as quais, de acordo com a NEI, podem ser entendidas como as regras formais e informais que conformam as interações entre agentes sociais (i.e., organizações e indivíduos), ao restringir determinados comportamentos, premiar outros, promover a coordenação de diferentes agentes e estabelecer objetivos coletivos a serem alcançados pelo corpo social.²³⁸ São, nas palavras de WILLIAMSON, as “regras do jogo”²³⁹, estabelecidas tanto formalmente, por meio de parlamentos, tribunais, autoridades reguladoras e órgãos de autorregulação, quanto informalmente, por meio de costumes, regras morais e convenções sociais. De acordo com NORTH, um dos principais expoentes da NEI:

“Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in

²³⁷ WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*., p. 102 e ss.

²³⁸ FIANI, *Cooperação e conflito*., p. 2-4; NORTH, Douglass C, Institutions, *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991. ; WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*., P 93 – diferentes linhas de pesquisa entre instituições e arranjos de governança. ; BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.), *New Institutional Economics: a Guidebook*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

²³⁹ Cf. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*., p. 4.

consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story”²⁴⁰

O direito, nessa acepção, é a instituição formal por excelência a determinar o funcionamento da economia, e o faz, primordialmente, por meio da alocação de *direitos de propriedade*, i.e., pela definição das formas de uso e de transferência de ativos materiais e imateriais por indivíduos e organizações, bem como pela garantia da *eficácia de contratos*. É pela definição de quais ativos podem ou não ser transacionados, por quem e em que condições podem ser empregados, quais as responsabilidades pelo seu uso – inclusive quanto à geração de externalidades²⁴¹ –, bem como as sanções em caso de esbulho possessório e roubo, que o direito estabelece as condições para que transações de mercado possam acontecer. Na medida em que direitos de propriedade não estejam bem definidos, aumentam-se os custos de transação (dada a incerteza sobre a titularidade e a forma de uso dos ativos) e com isso dificultam-se ou mesmo inviabilizam-se intercâmbios econômicos, os quais se dão por meio de contratos cujo cumprimento deve ser garantido pelo Estado a fim de reforçar sua eficácia e, por conseguinte, a geração de ganhos econômicos em larga escala.²⁴²

Ao se afastar do paradigma neoclássico convencional, que pressupõe mercados eficientes sem fricções e agentes racionais com plena capacidade de calcular todas as variáveis econômicas aplicáveis às suas decisões, a Nova Economia Institucional põe foco nas diversas instituições que são fundamentais para o intercâmbio econômico em

²⁴⁰ NORTH, Institutions., p. 97. Vide também NYE, John, Institutions and the institutional environment, in: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.), **New Institutional Economics: a Guidebook**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Deve-se considerar que tal definição é apenas uma dentre diversas das empregadas por cientistas sociais para se referir a ‘instituições’. Não obstante, é das definições mais amplamente empregadas, e tem sido bastante influente em diversos estudos (COLE, Daniel H., Varieties of Comparative Institutional Analysis, The, **Wisconsin Law Review**, v. 2013, p. 383, 2013.). Trata-se de uma redefinição do vocábulo empregado no linguajar comum, em que instituição usualmente refere-se a uma forma de ‘organização’ (p. ex., ‘instituição de ensino’ ou ‘de pesquisa’, ‘instituição de caridade’ etc.). Nesse sentido, essa definição presente em estudos que seguem a abordagem da NEI pode ser criticada por se afastar do emprego usual do termo ‘instituição’ – vide TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota, **What makes poor countries poor?: institutional determinants of development**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011., p. 27. Todavia, no presente trabalho, será adotada a acepção usualmente presente nos estudos de Nova Economia Institucional.

²⁴¹ Vide definição de externalidades na nota de rodapé 82 acima.

²⁴² “In countries with weak legal institutions, economic cooperation usually involves people with personal ties, especially relatives and friends. Most people, however, do not have enough relatives and friends to achieve the scale of activity required for affluence. Weak contract law can keep trade local and organizations small. Property and contract law lower the cost of monitoring and extend cooperation to strangers, which facilitates dispersed production, larger organizations, and wider markets.” COOTER; SCHAEFER, **Solomon’s Knot.**, p. 7. Vide também TREBILCOCK; PRADO, **What makes poor countries poor?.**, cap. 3.

qualquer sociedade, de maneira semelhante aos estudos neoschumpeterianos que destacam a importância do ambiente institucional para fomentar ou desestimular inovações.²⁴³ De fato, ao contrário do que a boa parte dos estudos econômicos presume, mercados não existem em um vácuo social autônomo e autocentrado: como constatado por POLANYI, eles dependeram de medidas normativas diretas por parte do Estado para que passassem a funcionar de maneira tão abrangente nas sociedades capitalistas, ao estabelecer a propriedade privada de bens de produção (como a terra e recursos minerais) e a liberdade de contratação de mão de obra, gerando um verdadeiro mercado de trabalho.²⁴⁴ Por fim, a NEI demonstra que, dentre as relações que compõem essas redes, constam arranjos de governança elaborados por agentes econômicos em resposta a problemas de custos de transação, cujos níveis são determinados tanto pelas tecnologias relevantes ao processo produtivo em questão quanto pela alocação (precisa ou não) de direitos de propriedade pertinentes.²⁴⁵

Desse modo, as instituições exercem papel fundamental no funcionamento de uma economia de mercado. Ao estabelecerem as regras para a estruturação de organizações, viabilizam a coordenação de esforços e recursos por grupos de indivíduos para atingir objetivos coletivos, por meio de uma sociedade empresarial, por exemplo.²⁴⁶ Ademais, pela alocação de direitos de propriedade e de regras de cumprimento contratual, facilitam ou dificultam a coordenação entre diferentes organizações e indivíduos para a realização de transações que gerem ganhos mútuos às partes. Quanto mais uma sociedade se torna complexa pela maior especialização do trabalho – via adoção de inovações tecnológicas –, mais numerosas e impessoais se tornam essas transações e, portanto, cada vez mais são necessárias instituições formais impessoais para que sejam concretizadas.²⁴⁷ Em outros termos, aumenta-se a demanda por regras

²⁴³ Vide Seção 1.B acima, páginas 29 e ss.

²⁴⁴ Vide Seção 1.A acima, páginas 18 e ss.

²⁴⁵ Vide Seção 2.B acima, páginas 52 e ss.

²⁴⁶ Um exemplo relevante são as sociedades empresariais em que vige o princípio da separação patrimonial. Seu funcionamento seria impraticável sem um regramento legislativo e registro em órgão estatal, dados os elevadíssimos custos de transação que seriam incorridos caso a separação de patrimônio dos sócios fosse feita com base em contratos bilaterais, estabelecidos com cada um dos contratantes da empresa e de cada um dos sócios (cf. HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, *The Essential Role of Organizational Law*, **The Yale Law Journal**, v. 110, n. 3, p. 387–440, 2000.)

²⁴⁷ NYE, *Institutions and the institutional environment*, p. 76: “[A]s the group grows larger, the need for formal rules to encourage cooperation and discourage opportunistic behavior leads to structures that grant enforcement authority to some persons or groups.”

jurídicas aplicadas por organizações especializadas, como o Judiciário.²⁴⁸ Desse modo, o direito viabiliza a expansão do volume dessas transações, que, de forma agregada, geram renda e desenvolvimento econômico.²⁴⁹

Os ganhos derivados do crescente intercâmbio econômico, bem como as externalidades geradas por novas atividades produtivas e novos empregos dos ativos disponíveis, fomentam disputas quanto à sua distribuição entre as partes envolvidas e terceiros interessados. Assim, as instituições também determinam a forma de divisão dos resultados econômicos das transações, ao alocar responsabilidades e direitos. Caso as disputas se tornem conflitos, as instituições preveem regras e organizações especializadas (Judiciário, tribunais arbitrais, mediadores) para solucioná-los, buscando fazer com que se mantenham em nível aceitável.²⁵⁰ Tendo isso em conta, o direito impacta diretamente as condições a serem estabelecidas pelas partes para a realização de transações econômicas, ao estabelecer as condições para a decidibilidade de conflitos, de acordo com FERRAZ JR.:

“Deste modo, podemos dizer que a ciência dogmática [jurídica] cumpre as funções típicas de uma *tecnologia*. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. (...) O saber dogmático contemporâneo, nesse sentido de uma tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A ideia do *cálculo* em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade. Os conflitos têm de ser resolvidos juridicamente com o menor índice possível de perturbação social: eis uma espécie de premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores”.²⁵¹

O quadro abaixo, elaborado por WILLIAMSON, resume alguns dos principais aspectos econômicos pertinentes aos diversos conceitos apresentados nos parágrafos acima, ao identificar distintos níveis de instituições e arranjos de governança, bem como os elementos que os compõem e a forma com que podem gerar transações mais eficientes, i.e., a menores custos. As setas sólidas para baixo indicam que níveis mais elevados de instituições impõem limites a níveis mais baixos, ao passo que as setas

²⁴⁸ KOMESAR, *Law's Limits.*, cap. 8.

²⁴⁹ NORTH, Douglass C., *Economic Performance Through Time*, **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, p. 359–368, 1994.

²⁵⁰ “Trata-se, portanto, de uma permanente tensão entre os ganhos da cooperação e o conflito (potencial ou declarado) na disputa pela apropriação desses ganhos. (...) O sucesso das instituições na promoção do desenvolvimento, por sua vez, depende da medida em que elas conseguem oferecer possibilidades de solução para os conflitos e incentivar a cooperação, sem que o desenvolvimento enfrente grandes obstáculos.” FIANI, **Cooperação e conflito.**, p. 10.

²⁵¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, São Paulo: Atlas, 1994., p. 87-88 - destaques no original.

tracejadas para cima apontam efeitos de retroalimentação (*feedback*) de níveis mais baixos para os mais elevados, embora estes sejam negligenciados pelo autor.

Tabela 1 – Níveis de análise institucional²⁵²

Nível		Frequência de mudança (anos)	Objetivo de mudanças
N1	<u>Imersão da economia na vida social</u> (<i>embeddedness</i>): Instituições informais, cultura, costumes, tradições, sistemas de convicções	10 ² a 10 ³	Geralmente não intencional ou deliberado; espontâneo.
N2	↓ <u>Ambiente institucional:</u> Regras formais do jogo – (propriedade, governo, judiciário, burocracia) ↑	10 a 10 ²	Acertar o ambiente institucional. Economias de 1ª ordem.
N3	↓ <u>Governança:</u> Desenrolar do jogo (especialmente por meio de contratos, alinhando as estruturas de governança ao tipo de transação) ↑	1 a 10	Acertar as estruturas de governança. Economias de 2ª ordem.
N4	↓ <u>Alocação de recursos materiais e humanos</u> (decisões de preços e quantidades; alinhamento de incentivos) ↑	Continuamente	Acertar as condições marginais. Economias de 3ª ordem.

Ênfase da NEI { Nível 1: Ciências sociais
Nível 2: Economia de direitos de propriedade / teoria política positiva
Nível 3: Teoria dos custos de transação
Nível 4: Economia neoclássica / teoria da agência

As instituições informais abrangem a cultura, a língua, os costumes e outros conceitos concernentes a um país ou grupo social, os quais são passados de geração a geração e mudam de forma mais lenta – embora eventos críticos como revoluções possam alterar ao menos parte desse conjunto de maneira mais célere. Trata-se de ‘sistemas de convicções’ (*belief systems*), que afetam a concepção e o funcionamento das instituições formais posto estruturarem a maneira como indivíduos e organizações

²⁵² Cf. WILLIAMSON, The New Institutional Economics., p. 597, com modificações. Vide também PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, **Concorrência, ordem jurídica e a nova economia institucional: uma análise custo-transacional da formação da política econômica antitruste**, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012., p. 81, onde consta quadro semelhante.

por eles compostas aprendem e sistematizam o conhecimento a respeito da realidade natural e o contexto social em que se encontram. Em tal nível também são consideradas as diferentes ideologias entre diferentes grupos de indivíduos²⁵³; convicções conflitantes para lidar com um determinado problema são então mediadas em sociedades mais complexas pelo sistema político, que abrange regras para a escolha das instituições formais que devem prevalecer.²⁵⁴

Mudanças no ambiente institucional permitem economias de 1ª ordem, isso é, o desenho e adoção de novas regras formais podem ter por objetivo a geração de economias em todos os níveis institucionais inferiores. Já os arranjos de governança consideram as instituições formais como um dado: a partir dos limites estabelecidos por regras jurídicas e outros tipos de normas, os agentes econômicos buscam estruturar soluções privadas (mercados competitivos; formas híbridas; verticalização) que gerem os menores custos de transação e de produção possíveis.²⁵⁵ Tais custos se concretizam no dia a dia da atividade econômica, em que o agente econômico busca, dadas as limitações impostas pelas instituições formais e informais bem como pelos arranjos de governança de que participa, tomar decisões que gerem o máximo de lucratividade possível pela diminuição de custos (inclusive com mão de obra) e adequada precificação nas vendas.

A Nova Economia Institucional se ocupa primordialmente das instituições formais e dos arranjos de governança privados, i.e., do segundo e do terceiro níveis da tabela acima. De acordo com estudos da NEI, fator relevante a explicar a diferença entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos é a qualidade das respectivas instituições

²⁵³ NORTH, Douglas C., **Institutions, institutional change and economic performance**, Cambridge: Cambridge University Press, 1990., p. 101.

²⁵⁴ NORTH, Douglass C., **Understanding the Process of Economic Change**, Princeton: Princeton University Press, 2005., cap. V. De acordo com ACEMOGLU; ROBINSON, **Why Nations Fail**., p. 45: “The fundamental problem is that there will necessarily be disputes and conflict over economic institutions. Different institutions have different consequences for the prosperity of a nation, how that prosperity is distributed, and who has power. (...) Economic growth and technological change are accompanied by what the great economist Joseph Schumpeter called creative destruction. They replace the old with the new. (...) The process of economic growth and the inclusive institutions upon which it is based create losers as well as winners in the political arena and in the economic marketplace. Fear of creative destruction is often at the root of the opposition to inclusive economic and political institutions.”

²⁵⁵ FIANI dá um exemplo útil sobre a relação entre arranjos de governança e ambiente institucional: “[Q]uando duas empresas criam uma *joint venture* de pesquisa – estabelecendo uma *estrutura de governança específica* para viabilizar as transações peculiares que envolvem a pesquisa e desenvolvimento de seus produtos – essas empresas têm de levar em consideração leis, regulamentos, convenções e normas sociais etc. que podem afetar o seu projeto. Essas leis, regulamentos, convenções sociais, entre outras, compõem o *ambiente institucional* em que se insere a estrutura de governança constituída pela *joint venture*.” FIANI, **Cooperação e conflito**., p. 95 - destaques no original.

formais e informais. Tais estudos, muitos deles baseados em história econômica (com destaque para os trabalhos de NORTH), constataam que países hoje desenvolvidos estabeleceram mecanismos institucionais inovadores para suportar a expansão do intercâmbio econômico entre indivíduos e organizações, por meio de direitos de propriedade definidos e protegidos de terceiros e do Estado, garantia de cumprimento dos contratos por tribunais independentes, dentre outras regras que promovem a cooperação entre agentes econômicos distintos e não relacionados por laços familiares ou tradicionais, gerando ganhos econômicos que resultaram em aumento agregado da riqueza do país.²⁵⁶ Essas avaliações históricas e teóricas também encontraram ressonância em pesquisas empíricas, as quais comparam as características de instituições entre diversos países buscando identificar o impacto de instituições nos respectivos desempenhos econômicos.²⁵⁷ Ademais, experiências recentes de industrialização acelerada em diversos países que inicialmente contavam com escassos recursos naturais e financeiros, como China, Coreia do Sul e Taiwan, também apontam para relevância de instituições para a dinamização da economia.²⁵⁸

²⁵⁶ NORTH descreve inovações institucionais desenvolvidas ao longo do Renascimento Comercial europeu, do final da Idade Média em diante, as quais diminuíram os custos de transação em termos de custos de obtenção de informações (pela divulgação de preços por escrito e surgimento da contabilidade), internalização e distribuição de riscos (por seguros marítimos e constituição das sociedades por ações), bem como mobilidade de capital (através de mecanismos para evasão das leis contra usura e criação das letras de câmbio). Tais inovações, inicialmente estruturadas como mecanismos privados de governança, passaram ao longo do tempo a contar com a sanção do Estado, o que foi fundamental para diminuir ainda mais os custos de transação e viabilizar o aumento da escala de intercâmbios econômicos, gerando significativos ganhos. Foi na Holanda dos séculos XVI e XVII que essas diversas inovações institucionais foram combinadas em um mesmo ambiente institucional, criando o conjunto de mercados modernos que suportam o funcionamento e a expansão do comércio (NORTH, *Institutions.*, p. 105-108). A Inglaterra, ante ao invejável desempenho econômico dos holandeses, imitou essas instituições ao final do século XVII – após sua Revolução Gloriosa, em que o Parlamento ‘importou’ um novo rei holandês, Guilherme de Orange –, estabelecendo condições institucionais para a posterior Revolução Industrial (vide ACEMOGLU; ROBINSON, **Why Nations Fail.**, cap. 7; ROUSSEAU, Peter L.; SYLLA, Richard, *Financial systems, economic growth, and globalization*, in: BORDO, Michael D.; TAYLOR, Alan M.; WILLIAMSON, Jeffrey (Orgs.), **Globalization in historical perspective**, Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 373–416. p. 380 e ss.; APPLEBY, **The relentless revolution.**, p. 42-46; FERGUSON, **The ascent of money.**, p. 74-76).

²⁵⁷ Vide, por exemplo, RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco, *Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development*, **Journal of Economic Growth**, v. 9, n. 2, p. 131–165, 2004.

²⁵⁸ NYE, *Institutions and the institutional environment.*, p. 69: “[D]evelopment economists started out with institution-free explanations that focused on problems of (1) poor geography and lack of resources; (2) insufficient capital; (3) lack of technology; (4) insufficient education; or (5) bad macro-economic policies. Yet, one by one, each of these explanations was found to be severely lacking. In many cases, these explanations even seemed almost irrelevant to the presence or absence of successful economic growth. As with economic historians, the record of growth performance around the world, and the verdict of well-specified empirical studies, was that none of the standard arguments could explain why South Korea or Taiwan had grown rich and prosperous while India and Argentina had stagnated. Nor could

Esse arcabouço teórico subsidiará a análise de direito concorrencial comparado referente a mecanismos de cooperação entre empresas cujo objeto seja o desenvolvimento, a implantação e a difusão de inovações tecnológicas, a ser feita nos Capítulos 4 e 5 abaixo. As *organizações* relevantes são as empresas, as autoridades antitruste, os tribunais e parlamentos. Os *arranjos de governança* mais importantes são os mercados concorrenciais de bens e serviços e as formas híbridas de cooperação interempresarial descritas acima: licenças de tecnologia, *joint ventures* e entidades de normalização – embora estes dois últimos também possam ser considerados como organizações, a depender de sua estrutura. Finalmente, as *instituições* relevantes são as leis de defesa da concorrência, decretos, regulamentos, precedentes administrativos e judiciais, bem como instrumentos de *soft law*²⁵⁹, notadamente guias de orientação, os quais conformam a atuação das autoridades antitruste no exercício de sua função institucional, i.e., na implantação da política de defesa da concorrência. Em alguma medida, serão também apresentadas instituições informais relevantes, elementos do sistema de convicções dos formuladores de política pública cuja influência possa ser identificada.

Essa análise buscará identificar em que medida as normas antitruste de Estados Unidos e Brasil foram sendo definidas e modificadas ao longo dos anos para impedir restrições injustificadas à concorrência, garantindo assim a rivalidade entre empresas, e, ao mesmo tempo, fomentando (ou ao menos não dificultando) arranjos cooperativos interempresariais visando inovação tecnológica, esta reconhecidamente considerada o principal fator para o desenvolvimento econômico.

Para tanto, nada obstante a significativa influência da NEI em estudos e em reformas pró-desenvolvimento, deve-se também levar em conta ao menos três limitações analíticas apontadas por críticos dessa abordagem metodológica.

Uma primeira limitação é considerar que o direito possui (ou deva possuir) função primordial de *garantia* da propriedade privada e de contratos. Isso não condiz com o papel exercido pelo sistema jurídico em qualquer sociedade minimamente diversificada, tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento. Em primeiro

most explanations of poor Chinese performance under Mao come to grips with the startling Chinese success under Deng Xiao Ping and his successors.”

²⁵⁹ Sobre os diferentes graus de ‘juridicidade’ entre *soft* e *hard law*, vide ABBOTT, Kenneth W. *et al*, The Concept of Legalization, **International Organization**, v. 54, n. 03, p. 401–419, 2000.

lugar, como já apontado acima²⁶⁰, o direito tem por função central a decidibilidade de conflitos com o mínimo de perturbação social, sendo que tais conflitos não se resumem a questões de posse, propriedade e contratos, mas a diversos outros temas, de crescente complexidade, como meio ambiente, educação, regulação de setores de infraestrutura²⁶¹, os quais são inevitáveis no processo de desenvolvimento de qualquer país.

Ademais, o direito é empregado para dar forma a políticas públicas das mais diversas áreas, e, nessa condição, não se limita apenas a uma função garantista – embora esta seja fundamental. De acordo com COUTINHO²⁶², é possível identificar quatro principais funções exercidas pelo direito com relação às mais diversas políticas públicas: i) a de estabelecer o *objetivo* coletivo a ser perseguido pela política em questão; ii) a de *arranjo institucional* para coordenar diversas organizações e linhas de ações complementares; iii) a de prover diversas *ferramentas* válidas para que os gestores públicos possam atingir os objetivos da política; e iv) a função de *vocalizador de demandas*, ao estabelecer canais de participação e de fiscalização pela sociedade. Por sua vez, MILHAUPT e PISTOR²⁶³ apontam que o direito pode servir como instrumento de *sinalização* de determinados resultados desejados, e de *reforço de credibilidade* de estruturas de governança promovidas pelo Estado.

Uma segunda possível limitação da NEI é a premissa de que instituições formais influenciam o funcionamento dos mercados, mas não o inverso. Tal pressuposto fica evidente no quadro-resumo de WILLIAMSON acima, em que as setas sólidas de níveis institucionais superiores representam as restrições impostas a níveis inferiores, mas setas no sentido inverso, tracejadas, não são consideradas tão relevantes e podem ser

²⁶⁰ Vide página 89 acima.

²⁶¹ Vide FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R., A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 25–44, 2014; GRINOVER, Ada Pellegrini, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in: **O Processo: Estudos e Pareceres**, São Paulo: Perfil, 2005, p. 36–57; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (Orgs.), **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**, São Paulo: Singular, 2014; SALLES, Carlos Alberto de, Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas, in: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.), **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177–191.

²⁶² COUTINHO, Diogo R., **O Direito Nas Políticas Públicas**, São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap), 2011.

²⁶³ MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina, **Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World**, Chicago: University of Chicago Press, 2008., p. 34-35.

desconsideradas pelo analista.²⁶⁴ Essa premissa prejudica uma análise realista de mudança institucional por, ao menos, dois possíveis desdobramentos.

O primeiro é a eventual caracterização do direito apenas como uma infraestrutura, ou dotação (*'endowment'*, cf. MILHAUPT e PISTOR²⁶⁵) para o desenvolvimento econômico. Sob tal visão, o desenvolvimento econômico só se verificará após investimentos fixos prévios na constituição de instituições consideradas adequadas. Tal abordagem motiva reformas em países em desenvolvimento de mero transplante de instituições jurídicas 'prontas' do exterior, com vistas a tentar emular no país de destino as mesmas condições verificadas no país de origem.²⁶⁶ Todavia, essa presunção é inadequada: há uma relação iterativa entre normas jurídicas que substanciam políticas públicas e mercados, e é dessa relação que decorre determinado desempenho econômico. Tendo isso em conta, é inadequado presumir uma relação unidirecional direito→mercado, sendo mais realista levar em consideração interações contínuas e bidirecionais decorrentes tanto da influência de inovações tecnológicas quanto do comportamento estratégico das organizações envolvidas na política antitruste, i.e., empresas, autoridades e tribunais.²⁶⁷

Outro possível desdobramento dessa presunção seria um determinismo injustificado historicamente. Dado que as instituições formais seriam influenciadas primordialmente pelas crenças e ideologias modificadas lentamente ao longo de séculos, e que, para obter desenvolvimento, deve-se primeiro investir em sua constituição recursos materiais e humanos que presumivelmente não estão disponíveis a países subdesenvolvidos²⁶⁸, não se poderia vislumbrar como tais nações teriam efetivas condições de promover reformas institucionais eficazes. Se considerada tal abordagem, esses países estariam para sempre presos a uma armadilha institucional, da qual não

²⁶⁴ WILLIAMSON, *The New Institutional Economics*, p. 596: "The solid arrows that connect a higher with a lower level signify that the higher level imposes constraints on the level immediately below. The reverse arrows that connect lower with higher levels are dashed and signal feedback. Although, in the fullness of time, the system is fully interconnected, I mainly neglect these feedbacks."

²⁶⁵ MILHAUPT; PISTOR, **Law & Capitalism**, cap. 1.

²⁶⁶ *Ibid.*.

²⁶⁷ Embora essa presunção de causalidade unidirecional direito→mercados possa constar em diversos estudos de NEI, há também outros que explicitamente consideram o *feedback* entre instituições formais e arranjos de governança. Vide, por exemplo, trabalho do próprio WILLIAMSON que trata de efeitos de retroalimentação entre arranjos de governança e ambiente institucional (WILLIAMSON, **The Mechanisms of Governance**, p. 225). Vide também FIANI, **Cooperação e conflito**, p. 96.

²⁶⁸ Vide, nesse sentido, análise constante em NORTH, Douglass C., *Why Some Countries Are Rich and Some Are Poor*, **Chicago-Kent Law Review**, v. 77, p. 319, 2001.

teriam condições de sair. Todavia, a experiência de diversas nações aponta que reformas institucionais seguem *in tandem* ao processo de desenvolvimento econômico: a expansão de mercados gera nova riqueza e consequentes conflitos, que exigem novas instituições; estas podem então ser criadas ou reformuladas utilizando-se dos novos recursos disponíveis à sociedade.²⁶⁹

Em terceiro lugar, o arcabouço teórico da NEI apresenta mais ferramentas analíticas para explicar o desenvolvimento de arranjos *privados* de governança entre empresas – tal como feito na Seção 2.B acima – do que para compreender as mudanças e propor reformas em instituições formais (jurídicas) e organizações públicas. Se, por um lado, é verossímil presumir que agentes econômicos buscarão estabelecer mecanismos de governança que lhes diminuirão os custos tendo em vista os limites institucionais aplicáveis, é muito mais complexo estabelecer um quadro analítico geral a abarcar de maneira sistemática os fatores que afetam a criação e a mudança de instituições formais aplicadas por órgãos estatais. Alguns dos principais expoentes da NEI reconhecem que essa linha de pesquisa teórica ainda não possui um nível de conhecimento a respeito de mudanças institucionais suficiente a ponto de ter condições de recomendar modelos para o desenvolvimento econômico.²⁷⁰ Em resumo, embora a NEI tenha contribuído de maneira decisiva para o reconhecimento de que o desempenho econômico depende de instituições formais e informais que promovam cooperação e intercâmbio entre diversos agentes, não há uma fórmula ideal recomendada para a estruturação dessas instituições.²⁷¹

²⁶⁹ TREBILCOCK; PRADO, **What makes poor countries poor?..**, p. 32.

²⁷⁰ Cf. NORTH, “an essential part of development policy is the creation of polities that will create and enforce efficient property rights. However, we know very little about how to create such polities because the new political economy (the new institutional economics applied to politics) has been largely focused on the United States and developed polities.” (NORTH, *Economic Performance Through Time.*, p. 366.) Vide também WILLIAMSON (*The New Institutional Economics.*, p. 611), que complementa: “Bureaucracy remains a poorly understood condition no matter what lens is brought to bear. Private ordering approaches to contract have made progressive headway, but legal rules remain important and their relation to private ordering is incompletely worked out. Positive political theory has made major conceptual advances, but an overarching understanding of polities does not appear imminent.” (grifo nosso). Tendo em conta esse tipo de constatação a respeito da abordagem da NEI, TREBILCOCK e PRADO resumizam: “In sum, while much empirical evidence supports the view that institutions matter for development, we know very little about which institutions matter, and what specific institutional characteristics within classes of institutions matter for development” (**What makes poor countries poor?..**, p. 36).

²⁷¹ RODRIK, por exemplo, cita reformas institucionais adotadas na China que, não obstante não tenham criado direitos de propriedade propriamente ditos no setor rural, permitiram que produtores de alimentos se apropriassem da parte da produção que superasse determinada meta estabelecida pelo governo, medida que emulou os efeitos econômicos da propriedade privada sobre unidades produtivas rurais e, com isso,

Essas limitações não impedem que um estudo de direito comparado se baseie no instrumental conceitual da Nova Economia Institucional para buscar trazer luz a aspectos relevantes sobre o funcionamento de normas de direito concorrencial. Pelo contrário: ter consciência de tais críticas permite que a análise que se pretende fazer possa evitar simplificações e premissas que se não mostrem adequadas para uma correta avaliação.

Em verdade, ao reconhecer a ausência de uma fórmula universal para instituições eficientes, WILLIAMSON, um dos principais expoentes da NEI, propõe algo mais modesto e, ao mesmo tempo, mais robusto: o critério da remediabilidade²⁷² (*remediableness*), por meio do qual instituições alternativas factíveis – todas elas necessariamente contendo alguma falha intrínseca – devem ser comparadas quanto aos seus resultados para que se possa identificar aquela que apresenta desempenho superior. Trata-se de abordagem comparativa em que se deve considerar tanto custos e benefícios do funcionamento de determinada estrutura institucional, quanto os custos envolvidos em sua implantação.²⁷³ Nesse mesmo sentido, KOMESAR propõe que a análise de políticas públicas estruturadas por normas jurídicas não pode prescindir de uma análise comparativa institucional (*comparative institutional analysis*), especialmente quando órgãos decisórios (tribunais e órgãos administrativos) contam com recursos limitados para avaliar e decidir uma grande quantidade de casos complexos.²⁷⁴

incentivou aumentos significativos de produtividade (RODRIK, **One Economics, Many Recipes**, p. 23-24).

²⁷² Tal vocábulo, embora pouco usual, integra o vernáculo: vide verbete 'Remediabilidade', in: **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2012.

²⁷³ WILLIAMSON, **The Mechanisms of Governance**, p. 195: "It is customary to evaluate efficiency by comparing an actual form of organization with a hypothetical ideal. Albeit instructive, that can be a misleading or defective test in three respects. For one thing, because all feasible forms of organization are flawed, the relevant operational comparison is between alternative feasible forms. Also, if one of the alternatives under comparison is an extant form, then allowance needs to be made for incumbency advantages. Thus, even if mode A is judged to be inefficient in relation to mode B on a simple side-by-side comparison, if mode A is in place and mode B incurs setup costs, then mode A may prevail. Finally, and related to this, it may not be possible to implement mode B for lack of political support. Accordingly, the appropriate test of 'failures' of all kinds – markets, bureaucracies, redistribution – is that of remediableness: *an outcome for which no feasible superior alternative can be described and implemented with net gains is presumed to be efficient*. That is a comparative institutional test...". (destaque no original)

²⁷⁴ KOMESAR, Neil K., **Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy**, Chicago: University Of Chicago Press, 1997; e KOMESAR, **Law's Limits**, especialmente caps. 8 e 9.

Tendo em conta o potencial explicativo e as limitações da Nova Economia Institucional, detalham-se na Seção 3.B abaixo conceitos complementares que auxiliarão na análise de direito concorrencial comparado pretendida nos Capítulos 4 e 5.

b. FATORES RELEVANTES DE DINÂMICA INSTITUCIONAL

i. Inovação Tecnológica

Um primeiro fator a ser considerado no presente estudo de forma a evitar a presunção de causalidade unilateral direito→mercado é o papel das inovações tecnológicas em mudanças institucionais. Como visto acima (Seção 1.D), inovações tecnológicas não acontecem no vácuo: empresas desenvolvem novos produtos e processos isoladamente ou em cooperação entre si, sob ambiente institucional que lhes permita lidar com a incerteza intrínseca ao processo de inovação e também apropriarem-se dos resultados econômicos decorrentes. Todavia, trata-se de via de mão dupla: novos produtos e processos podem afetar a forma de funcionamento e as características de instituições formais.

Trata-se de uma relação complexa, em que não há uma relação de causalidade simples. Inovações não surgem de maneira predeterminada, pois decorrem da iniciativa de empresas com diferentes capacidades (ou rotinas) visando a obtenção de lucros e a sobrevivência em meio às contingências de mercado. Desse modo, é difícil sistematizar os possíveis impactos de novas tecnologias no surgimento e alteração de instituições.²⁷⁵ De qualquer modo, é possível identificar alguns fatores que afetam essa relação. Pode-se considerar que inovações tecnológicas impactam, diretamente, o funcionamento de mercados, de forma tal que novas questões e conflitos motivam, indiretamente, a adoção de mudanças institucionais. De acordo com MILHAUPT e PISTOR:

“Historical experience in a diverse range of countries suggests that the path of development is something like this: market change occurs, typically because the introduction of new technology, the entrance of new players, a shift in consumer demand, or a scandal that reveals damaging new information about the operation of the market to its participants. Market change of any type raises new questions about, for example, the right to use new technology, the ability of new entrants to participate in the market, or the need for new rules to govern market conduct. In order to mitigate uncertainty and restore equilibrium in the market, these questions must be answered by

²⁷⁵ Cf. MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass C.; SHARIQ, Syed, *Learning, Institutions, and Economic Performance, Perspectives on Politics*, v. 2, n. 01, p. 75–84, 2004., p. 80.

someone. In most developed economies, many of these questions are answered by legal actors, be they legislators, bureaucrats, judges, or some combination thereof”.²⁷⁶

Há ao menos três maneiras em que se pode vislumbrar impactos de novas tecnologias no funcionamento de mercados que justificam inovações institucionais. A primeira é a alteração dos *custos de transação* aplicáveis, de forma a afetar a estrutura desse arranjo de governança, em termos de escala e escopo. Novas formas de transporte e de comunicação vêm diminuindo significativamente os custos para transações envolvendo pessoas localizadas em diferentes regiões²⁷⁷, o que viabilizou a formação de mercados nacionais e mesmo globais. Por conseguinte, foi necessário estabelecer ou modificar instituições para lidar com novas escalas de intercâmbio econômico.

Inovações tecnológicas também podem alterar a *escala mínima* para o desenvolvimento de determinada atividade econômica. Exemplo disso pôde ser verificado em alguns setores de infraestrutura, especialmente telecomunicações e energia elétrica, os quais, originalmente considerados integralmente como monopólios naturais, foram impactados por inovações tecnológicas como a transmissão via rádio para ligações de longa distância e o desenvolvimento de turbinas a gás que diminuíram a escala mínima de operação em determinados segmentos da indústria (serviços de longa distância e geração, respectivamente), os quais passaram a ser abertos à competição por força de reformas regulatórias.²⁷⁸

Por fim, NELSON e WINTER chamam atenção para a criação de novas formas de *externalidades* decorrentes de novas tecnologias, i.e., de novos impactos no bem-estar ou na atividade produtiva de terceiros que não são parte das transações referentes ao novo produto ou serviço.²⁷⁹ Como novas externalidades – especialmente as negativas

²⁷⁶ MILHAUPT; PISTOR, **Law & Capitalism**. p 28. Vide também a visão de SABEL: “For growth in different periods requires social mastery of new technologies and organizational forms; and the collective learning this supposes is unlikely to be an automatic by-product of the institutions that facilitate accumulation.” SABEL, *Bootstrapping Development*., p. 21.

²⁷⁷ NORTH; WALLIS, *Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History: A Transaction Cost Approach*., p. 617: “[T]ransaction costs are directly affected by technique. Indeed, several of the major innovations of the industrial revolution, particularly in transportation and communications, may have had their most important impact in reducing transaction costs directly.”

²⁷⁸ Vide CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Long run reliability of electricity networks: problems for regulation and competition in Brazil and California**, Mestrado (LL.M.), University of Manchester, Manchester, 2006; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, *Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos*, in: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.), **Direito Econômico Regulatório**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113–166.

²⁷⁹ “The processes of change are continually tossing up new ‘externalities’ that must be dealt with in some manner or the other. In a regime in which technical advance is occurring and organizational structure is evolving in response to changing patterns of demand and supply, new nonmarket interactions that are not

– impactam a forma de geração e de alocação do resultado de atividades econômicas, geram-se conflitos que podem motivar a alteração de instituições jurídicas.²⁸⁰

Exemplo da influência desses fatores pode ser encontrado no estabelecimento e aplicação inicial do direito concorrencial nos Estados Unidos. A aprovação do *Sherman Act*, primeira legislação federal antitruste daquele país, foi motivada pelas fortes transformações verificadas na economia norte-americana nas últimas décadas do século XIX, em que um mercado nacional integrado passou a ser viável por desenvolvimentos nos transportes (ferrovias) e comunicações (telégrafos e telefonia), assim como no emprego mais disseminado de petróleo. Tais transformações geraram crises de superprodução que motivaram competidores a estabelecer acordos e *trusts* para evitar que a rivalidade acirrada implicasse a falência de diversas empresas. Ao mesmo tempo, os novos mercados nacionais permitiam a atuação de uma mesma empresa em diversos estados – o que levou a uma onda de fusões e aquisições que resultaram em empresas de grande dimensão, especialmente nas indústrias então de alta tecnologia (como ferrovias e refinarias de petróleo).²⁸¹

Questões relacionadas aos impactos desses novos arranjos entre concorrentes, bem como à capacidade detida por empresas de grande porte de alterar condições de mercado em detrimento de competidores, levaram à aprovação do *Sherman Act* em 1890.²⁸² Em suas décadas iniciais de vigência, tal diploma foi aplicado a diversas indústrias inovadoras da época, como refino de petróleo (*Standard Oil*), cigarros (*American Tobacco*), alimentos enlatados (*American Can*) e ferrovias (*Trans-Missouri Freight Association*).²⁸³ Em outros termos, inovações tecnológicas diminuíram custos de

contained adequately by prevailing laws and policies are almost certain to appear, and old ones may disappear.” WINTER; NELSON, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, p. 368.

²⁸⁰ Cf. ECKARDT, Martina, Legal evolution between stability and change, *in*: ZUMBANSEN, Peer; CALLIESS, Galf-Peter (Orgs.), **Law, Economics and Evolutionary Theory**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 202–225., p. 213 e ss.

²⁸¹ Cf. MAY, James, Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918, *Ohio State Law Journal*, v. 50, p. 257, 1989., p. 283-284.

²⁸² Cf. AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert, **Antitrust Law**, New York: Wolters Kluwer, 2013., p. 42-43; 103; PERITZ, Rudolph J. R., **Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law**, Revised edition. New York: Oxford University Press, 1995., cap. 1.

²⁸³ Cf. HOVENKAMP, Herbert, Technology, Politics, and Regulated Monopoly: An American Historical Perspective, *Texas Law Review*, v. 62, p. 1263, 1983., p. 1264; e GAVIL; KOVACIC; BAKER, **Antitrust Law in Perspective**, p. 1153: “Antitrust doctrine to a significant extent is a product of its times-and times change. Industries and industry practices change, economic learning changes, and attitudes about government regulation change. Such changes can spark antitrust scrutiny, particularly when they affect consumers and rivals, which they often do. It is no accident, for example, that in its formative years, antitrust enforcement focused on industries such as steel, oil, tobacco, and railroads-the

transação, aumentando o escopo de mercados, assim como passaram a exigir elevadas escalas mínimas de atuação em novas indústrias capital-intensivas (como ferrovias) e a impactar, por meio do exercício de poder de mercado (não externalidades, neste caso), a distribuição do excedente entre agentes econômicos, ao ponto de justificar intervenção estatal inovadora por meio da legislação antitruste – ainda que tal intervenção se mostrasse contraditória ao sistema de convicções sobre livre mercado então predominante.²⁸⁴

ii. *Comportamento Estratégico e Aprendizado Organizacional: a falácia de*

Robinson Crusoe

A presunção de causalidade unilateral direito→mercado não é exclusividade da Nova Economia Institucional; em verdade, estudos econômicos de outras vertentes e também jurídicos consideram que mudanças institucionais, notadamente a alteração no valor de sanções por ilícitos, alteram somente o comportamento dos agentes sujeitos às regras, os quais reavaliam suas condutas conjugando o novo valor da sanção com a probabilidade de serem pegos pela fiscalização.²⁸⁵

Todavia, trata-se de abordagem inadequada, denominada por TSEBELIS de ‘falácia de Robinson Crusoe’: os valores de penalidades e de probabilidade de detecção são tidos como dados exógenos, decorrentes de estados de coisas que independem da ação do agente, como os fenômenos naturais aos quais o famoso personagem estava sujeito em uma ilha totalmente deserta. Essa abordagem é incorreta, pois desconsidera que o responsável pela aplicação da nova norma (um policial, um fiscal ou um juiz, p. ex.) também é um agente racional (ainda que sob racionalidade limitada), cujo comportamento é diretamente influenciado pelo comportamento do agente sujeito à

high-tech markets of the 19th century-whereas attention now has turned to industries such as health care and the information and other technology industries of today's ‘new economy’.”

²⁸⁴ “[N]ot even radical adherents of economic liberalism could escape the rule which makes *laissez faire* inapplicable to advanced industrial conditions; for in the critical case of trade union law and antitrust regulations extreme liberals themselves had to call for manifold interventions of the state, in order to secure against monopolistic compacts the preconditions for the working of a self regulating market. Even free trade and competition required intervention to be workable.” POLANYI, **The Great Transformation**. p. 156.

²⁸⁵ Tal abordagem foi iniciada com o artigo seminal de STIGLER: STIGLER, George J., The Optimum Enforcement of Laws, **The Journal of Political Economy**, p. 526–536, 1970. Vide, como exemplo na literatura nacional de tal abordagem metodológica, análise econômica de sanções aplicáveis a cartéis constante em MARTINEZ, Ana Paula, **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**, São Paulo: Singular, 2013., p. 63-72.

norma, e vice-versa.²⁸⁶ Em outros termos, há uma interação estratégica entre esses grupos de agentes²⁸⁷, em que a autoridade governamental considera os efeitos da nova regra no comportamento dos administrados e, se num primeiro momento houver diminuição de infrações por estes, pode racionalmente diminuir o grau de fiscalização, dada a escassez de seus recursos; percebendo isso, os administrados podem então aumentar a prática do comportamento considerado ilícito, o que leva a nova reação da atuação das autoridades, e assim sucessivamente, gerando equilíbrios que não necessariamente implicam menor frequência de práticas ilícitas.

Essa ideia básica possui ao menos dois importantes desdobramentos para a avaliação de políticas públicas estruturadas por meio de normas jurídicas. Em primeiro lugar, o reconhecimento dessas interações estratégicas torna mais problemáticas propostas de regras ‘ótimas’, que geram o máximo de benefício com o mínimo de custos.²⁸⁸ Ante as diferentes reações estratégicas possíveis dos *players* envolvidos – inclusive os estatais –, a adoção de novas regras pode apresentar resultados inesperados. Uma mesma regra, de mesmo teor formal, pode ter efeitos bastante distintos em diferentes jurisdições, a depender das características dos agentes envolvidos e das instituições correlatas.²⁸⁹

De maneira correlata, e em segundo lugar, a interação estratégica entre os diversos agentes envolvidos na aplicação de uma nova regra envolve o *aprendizado institucional* ou *organizacional* a respeito de padrões de comportamento de outros agentes. Como já apontado acima (Seção 3.A), organizações aprendem; autoridades e

²⁸⁶ TSEBELIS, George, The Abuse of Probability In Political Analysis: The Robinson Crusoe Fallacy, **The American Political Science Review**, v. 83, n. 1, p. 77–91, 1989.

²⁸⁷ Uma interação estratégica ocorre sempre em que o comportamento de um agente (indivíduo ou organização) leva em consideração o possível comportamento de outro agente, e este também o faz com relação ao primeiro. Em tais situações, diz-se haver um *jogo* entre tais agentes, o qual é objeto de linha de pesquisa econômica denominada ‘Teoria dos Jogos’, que tem sido empregada em diversos estudos a respeito de instituições jurídicas. (Vide BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C, **Game Theory and the Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1999.; COOTER; ULEN, **Law and Economics**. p. 38-42; e SALAMA, O que é pesquisa em direito e economia.)

²⁸⁸ Trata-se de tema bastante comum em estudos de *law and economics*. Vide, por exemplo, BECKER, G. S., Crime and Punishment: An Economic Approach, **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169, 1968; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven, Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines, **SSRN eLibrary**, 1990.

²⁸⁹ Como observam MILHAUPT e PISTOR (**Law & Capitalism**, p. 202): “legal change often generates adaptive responses by different actors, including state and private actors. Ex ante, it is impossible to create a legal rule that will only generate ‘efficient’ behavioral responses’ and, in particular, a rule adopted across a range of economies facing very different governance challenges and a range of legal systems that differ in degree of centralization and function of law.”

empresas constantemente observam as ações e reações umas das outras e as avaliam a fim de buscar antecipá-las ao adotar estratégias consistentes com seus respectivos objetivos.

Nesse sentido, a principal forma de aprendizado institucional por autoridades e tribunais decorre das inúmeras decisões em que avaliam o comportamento de empresas e indivíduos. Normas de teor mais genérico e abrangente estabelecidas pelo legislador podem, por exemplo, ser paulatinamente especificadas por meio de precedentes adotados por cortes descentralizadas, que depois são consolidados pelos tribunais superiores, em um processo de aprendizado que pode ser adequado para lidar com situações complexas para as quais não haja informação suficiente quando da elaboração original da norma.²⁹⁰ Além da complexidade dos comportamentos das empresas e indivíduos, tribunais e autoridades levam também em conta a quantidade de casos que lhes são trazidos para apreciação *vis a vis* os recursos de que dispõem para processá-los, e, em reação, estabelecem critérios decisórios que viabilizem a administração desse conjunto de casos – critérios esses que por sua vez afetam o comportamento dos jurisdicionados/administrados.²⁹¹

Em sua atividade decisória, autoridades podem também identificar condutas estratégicas de empresas para ‘escapar’ de uma nova regra. Para tentar abarcar essas novas hipóteses não antecipadas, a autoridade pode adotar por si ou demandar de legisladores novas regras e critérios decisórios. Tais normas podem então ser questionadas judicialmente, gerando novos precedentes a afetar não só o comportamento das partes do litígio, mas potencialmente o de todas as empresas afetadas originalmente pela nova regra, gerando uma dinâmica de inovações institucionais bem mais realista que a preconizada por modelos ótimos de intervenção jurídica.²⁹²

Exemplo interessante dessa dinâmica são casos do início da década de 1980 envolvendo o sistema de distribuição de televisores da Telefunken, então empresa líder

²⁹⁰ Cf. SCHÄFER, Hans-Bernd, **Legal Rules and Standards**, Hamburg: University of Hamburg, 2002., p.4-5.

²⁹¹ Cf. KOMESAR, **Law’s Limits.**, cap. 8. Tratamento mais detalhado desses aspectos será feito na Seção 4.C. abaixo.

²⁹² Diversos exemplos de comportamentos estratégicos de empresas que dificultam teorização realista de uma regulação ótima consta de SCHANZE, Erich, Hare and Hedgehog Revisited: The Regulation of Markets That Have Escaped Regulated Markets, **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, v. 151, n. 1, p. 162–176, 1995.

na fabricação desse produto na Alemanha. A lei antitruste alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), quando de sua edição em 1957, previa uma proibição geral à prática conhecida como fixação de preço de revenda (FPR), em que um fornecedor de um bem determina contratualmente o preço a ser cobrado por distribuidores e/ou revendedores junto a terceiros. Todavia, a lei originalmente previa isenções parciais para publicações (como jornais e livros) e “bens de marca” (*Markenwaren*). Esta última isenção foi revogada pela Segunda Emenda à GWB em 1973²⁹³, considerando-se certos desenvolvimentos no setor de distribuição do país.²⁹⁴ A fim de evitar tal proibição, a Telefunken estabeleceu em 1981 contratos de comissão²⁹⁵ com seus revendedores (ao invés de compra e venda), sob os quais recebiam comissão preestabelecida pelas vendas efetuadas nas condições de preço determinadas pela fabricante. A autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamt* – BKA) investigou esses contratos e sancionou a empresa em 1981, ao considerar que o novo sistema seria vedado desde a emenda de 1973, decisão essa mantida em juízo.²⁹⁶

A Telefunken modificou seu sistema de distribuição em 1983, utilizando-se de outro instrumento jurídico de direito privado, o de representação comercial²⁹⁷: os estoques nas lojas permaneciam sob sua propriedade, e os preços e as condições de apresentação dos televisores eram por ela definidos, percebendo os revendedores uma comissão pelas vendas, feitas por conta e ordem da fabricante. Essa nova modalidade de distribuição também foi considerada ilegal pelo BKA, que teve sua decisão novamente confirmada em juízo.²⁹⁸ A empresa, todavia, apelou para o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* – BGH), que em 1986 considerou concorrencialmente lícito o sistema de distribuição contestado pela autoridade, ao verificar que, diferentemente de um sistema normal de distribuição, o risco das vendas junto ao consumidor final era arcado efetivamente pela Telefunken; logo, a proibição de FPR não se aplicaria a típicos acordos de representação comercial. A autoridade externou em seu relatório anual

²⁹³ *Zweite GWB-Novelle* (1973), BGBl. I 1974, S. 869.

²⁹⁴ Conforme relatório da autoridade alemã à OCDE, durante a década de 1970 houve o estabelecimento de sistemas de distribuição de maior escala, que tinham em mecanismos de FPR uma possível barreira para modelos mais eficientes de negócio. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Resale Price Maintenance**, Paris: OECD, 1997., p. 65-67.)

²⁹⁵ *Kommissionsagentur*, figura semelhante ao da comissão prevista pelo art. 693 e ss. do Código Civil Brasileiro.

²⁹⁶ Cf. BUNDESKARTELLAMT, **Tätigkeitsbericht 1981/82**, Bonn: BKartA, 1983., p. 13-15.

²⁹⁷ *Handelsvertretung*, semelhante à representação comercial regulada no Brasil pela Lei 4.886, de 1965.

²⁹⁸ BUNDESKARTELLAMT, **Tätigkeitsbericht 1983/84**, Bonn: BKartA, 1985., p. 38-39.

preocupação com os possíveis impactos no setor de distribuição da Alemanha, dada a possibilidade de o sistema ser imitado por outros fabricantes.²⁹⁹ De fato, a decisão tornou-se importante precedente para a análise da licitude de sistemas de distribuição contendo dispositivos de fixação de preços.³⁰⁰

iii. *Dependência de Trajetória (Path Dependence)*

Diversos estudos têm se utilizado do conceito de ‘dependência de trajetória’ (*path dependence*) para buscar compreender a manutenção de instituições que não contribuem para o desenvolvimento econômico, as limitações que afetam iniciativas de reforma, bem como a dinâmica de mudança institucional.³⁰¹ Trata-se de conceito explorado originalmente na análise econômica de mudanças tecnológicas.³⁰² Considerando isso, é conveniente ilustrar suas principais características tendo por ilustração o processo de normalização técnica analisado na Subseção 2.B.iv acima.

Verifica-se dependência de trajetória em processos que contenham ‘mecanismos de autorreforço’ (*self reinforcing mechanisms*), especialmente por conta de retornos crescentes, efeito relevante da padronização técnica: uma vez estabelecida uma escolha inicial por determinada tecnologia, obtêm-se maiores benefícios quanto mais decisões econômicas forem nela baseadas – mais empresas ofertando equipamentos compatíveis, novas aplicações que se empregam daquela tecnologia, maior número de consumidores

²⁹⁹ BUNDESKARTELLAMT, **Tätigkeitsbericht 1985/86**, Bonn: BKartA, 1987., p. VI: “Die Bundesregierung erkennt nicht die grundsätzliche Bedeutung dieser höchstrichterlichen Entscheidung für die von § 15 GWB bezweckte Preisbildungsfreiheit auf den Handelsstufen. Es gilt deshalb aufmerksam zu beobachten, ob Vertriebssysteme dieser Art in größerem Umfang Schule machen”.

³⁰⁰ Vide MARTINEK, Michael, Vertriebsrecht und vertikale Integration in der BGH-Rechtsprechung, in: HELDRICH, Andreas; HOPT, Klaus J (Orgs.), **Die Praxis des Bundesgerichtshofes im Deutschen Rechtsleben: Festgabe aus der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofes**, 1. ed. München: C.H. Beck, 2000, v. 2 - Band II, Handels- und Wirtschaftsrecht, europäisches und internationales Recht, p. 102–152.

³⁰¹ ECKARDT, Martina, Explaining Legal Change from an Evolutionary Economics Perspective, **German Law Journal**, v. 9, p. 437, 2008.; NORTH, Why Some Countries Are Rich and Some Are Poor.; PIERSON, Paul, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics, **The American Political Science Review**, v. 94, n. 2, p. 251–267, 2000.; PRADO, Mariana; TREBILCOCK, Michael, Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform, **University of Toronto Law Journal**, v. 59, n. 3, p. 341–380, 2009.

³⁰² ARROW, Kenneth J., Increasing returns: historiographic issues and path dependence, **The European Journal of the History of Economic Thought**, v. 7, n. 2, p. 171–180, 2000; PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics., p. 254.

interessados em equipamentos compatíveis etc.³⁰³ Mecanismos de autorreforço decorrem das seguintes características de uma tecnologia e do contexto mercadológico em que é aplicada³⁰⁴:

- i) Elevados custos fixos iniciais: O estabelecimento de um novo padrão técnico envolve custo elevado de coordenação entre distintos agentes para a deliberação e definição da melhor tecnologia a ser adotada. Ademais, se envolver alguma patente, também implicará tanto os custos de desenvolvimento da nova tecnologia quanto pagamentos de royalties por outras empresas ao titular da propriedade industrial. Por fim, a adoção de um novo padrão envolve investimentos específicos em treinamentos e adaptação de processos produtivos. Desse modo, quanto mais produtos forem feitos com base nesse padrão, maior a base de faturamento para a amortização desses custos; há, assim, retornos crescentes no aumento da escala de produção.
- ii) Efeitos de coordenação / externalidades de rede: Empresas e consumidores passam a optar pelo novo padrão tendo em conta a possibilidade de se beneficiar de equipamentos e aplicações compatíveis com uma determinada base já instalada ou em instalação. Pode-se também verificar externalidades de rede, em que tais benefícios decorrem diretamente da adição de cada novo usuário ao mesmo padrão.
- iii) Efeitos de aprendizado: Empresas devem aprender o novo padrão para desenvolver novas aplicações com base nele, ou mesmo identificar melhorias a serem consideradas nas novas edições da norma técnica. Também consumidores aprendem a utilizar equipamentos compatíveis ao padrão.
- iv) Expectativas autorreforçadas: Os diferentes agentes participantes do processo, ao considerarem que um determinado padrão se tornará predominante no mercado, adotam medidas que reforçam tal

³⁰³ Deve-se considerar que os retornos crescentes são considerados atípicos na teoria econômica neoclássica, que presume em seus modelos ganhos *decreasing* de escala (cf. ARROW, *Increasing returns*, p. 171-174).

³⁰⁴ Cf. ARTHUR, W. Brian, **Increasing Returns and Path Dependence in the Economy**, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994., p. 112; PIERSON, *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*, p. 254.

predominância, pelo temor de fazerem investimentos em outro padrão que não se mostre no futuro o mais compatível com a base instalada.

Tais efeitos impactam uma determinada trajetória tecnológica: escolhas atuais são conformadas por decisões adotadas no passado. Empresas participantes do processo de normalização apresentarão propostas que impliquem menor custo de adaptação em seus processos produtivos já implantados com base em decisões anteriores; ademais, a deliberação sobre novas normas técnicas buscará identificar soluções compatíveis com a base de equipamentos já instalada.

O processo de normalização técnica apresenta, *mutatis mutandis*, semelhanças significativas com o processo legislativo e com a implementação de novas regras jurídicas, o que corrobora a opção de pesquisadores em utilizarem o conceito de *path dependence* para a análise da dinâmica institucional. Ainda em sede de anteprojeto de lei, o Poder Executivo pode despender significativos esforços para sua elaboração, a fim de obter o resultado pretendido com o menor custo possível de adaptação futura. Durante as deliberações sobre a proposição, há um esforço para a identificação de antinomias e conflitos com as normas já existentes, com destaque para a Constituição, bem como para a previsão de mecanismos de ‘compatibilidade’ com regras em vigor e procedimentos em andamento, por meio de disposições transitórias. Há também em diversos casos discussões sobre a necessidade de *vacatio legis*, para que os aplicadores de novas regras – juízes, órgãos administrativos – possam aprendê-las e adaptar procedimentos pertinentes. A aprovação de determinadas matérias exige custo elevado de coordenação entre diversos partidos para composição de maioria. A formação desta, por sua vez, pode ser influenciada por expectativas autorreforçadas de parlamentares e de grupos de pressão (inclusive empresas) de que uma determinada alternativa será a escolhida ao final pois é mais compatível com o sistema jurídico vigente.

Em resumo, normas em vigor adotadas no passado – com destaque para a Constituição – conformam a adoção e implantação de novas regras jurídicas. Numa acepção mais ampla, a história é fundamental para a compreensão da dinâmica de mudança institucional, pois a criação, ajustes e reformas de instituições formais são necessariamente impactados por aquelas já existentes.³⁰⁵

³⁰⁵ “A focus on increasing returns processes justifies a turn to history. (...) The necessary conditions for current outcomes occurred in the past. The crucial object of study becomes the critical juncture or triggering events, which set development along a particular path, and the mechanisms of reproduction of

Para além do processo legislativo, convém apontar algumas características relevantes do funcionamento do sistema jurídico que fazem com que seu desenvolvimento apresente claras evidências de *path dependence*, as quais estão relacionadas aos fatores descritos acima. PISTOR, em interessante estudo sobre o transplante de leis-modelo elaboradas no exterior para países em desenvolvimento³⁰⁶, destaca os problemas para tais operações por conta de dois aspectos do sistema jurídico: a interdependência entre regras distintas, e a correlata função do direito como uma instituição cognitiva. Quanto ao primeiro, refere-se à excepcionalidade de normas autorreferenciadas, i.e., que não dependem de termos e conceitos especificados em outras normas. Em regra, normas dependem de outras normas para que todos os termos nelas constantes sejam esclarecidos.

Já o segundo decorre do primeiro: como as normas dependem de outras normas, elas só podem ser compreendidas como integrantes de um determinado ordenamento jurídico. A própria identificação da existência e da validade de uma dada norma depende de verificação de esta ter sido elaborada e promulgada de acordo com as regras do próprio sistema jurídico. Ademais, sua aplicação depende de os profissionais responsáveis pela aplicação do direito – juízes, advogados, servidores públicos – *aprenderem* e *entenderem* a nova norma, o que, salvo raras exceções, depende da compreensão de diversas outras normas jurídicas em uma concepção sistemática. Nesse sentido, tais profissionais (conhecidos também como ‘operadores do direito’) em regra possuem, por formação e treinamento, a concepção de que o direito se apresenta como um sistema internamente consistente. A forma com que os operadores do direito visualizam essa atividade de entender e apreender as normas postas pelo Estado é descrita em feliz síntese de FERRAZ JR.:

“A característica deste tipo de teorização é a preocupação com a completude, manifesta nas elaborações de tratados, onde se atribui aos diferentes conceitos e à sua subdivisão em subconceitos uma forma sistemática, o que deve permitir um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos. (...) Neste quadro, a ciência dogmática do direito, na tradição que nos vem do século XIX, prevalentemente liberal, na sua ideologia, e encarando, por consequência, o direito como regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), tende a assumir o papel de *conservadora* daquelas regras, que, então, são por ela *sistematizadas* e interpretadas. (...) Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e

the current path (...)”. PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics., p. 263.

³⁰⁶ PISTOR, Katharina, The standardization of law and its effect on developing economies, **The American Journal of Comparative Law**, v. 50, n. 1, p. 97–130, 2002.

dados previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente”.³⁰⁷

Tendo isso em conta, é possível detalhar um pouco mais como os quatro mecanismos de autorreforço apontados acima podem ser observados no funcionamento do sistema jurídico, para além do processo legislativo. Verificam-se *custos fixos iniciais* já incorridos pelos operadores do direito para o aprendizado a respeito do funcionamento do direito durante a sua formação e ao longo de sua experiência profissional, além dos custos para o estabelecimento das organizações responsáveis pela aplicação do direito (tribunais, autarquias etc.). Há também custos adicionais para o aprendizado da nova norma pelos operadores do direito e necessárias adaptações de procedimentos e condutas por entes públicos e privados, os quais podem ser considerados custos de troca (*switching costs*) para a implementação do novo normativo. *Efeitos de aprendizado* se fazem presentes pela incorporação de novas informações e aprendizado institucional quando da aplicação da norma, processo que, necessariamente, será conformado pelo aparato conceitual (ou, na nomenclatura da NEI, sistema de convicções) já detido pelos operadores do direito a respeito do ordenamento jurídico.³⁰⁸ Tanto as estratégias de agentes privados quanto reações de autoridades serão necessariamente conformadas por normas já presentes no sistema jurídico – vide, por exemplo, o emprego de institutos de direito comercial pela Telefunken para se elidir da proibição da fixação de preço de revenda constante na GWB.

É possível também identificar *efeitos de coordenação e externalidades de rede*, na medida em que o emprego de um mesmo aparato conceitual aprendido durante a formação profissional por conjunto maior de operadores facilita a comunicação entre eles e contribui para a decidibilidade de conflitos, bem como a compreensão de novas

³⁰⁷ FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito.*, p. 82-83.

³⁰⁸ Tendo em conta a importância dos aspectos cognitivos como mecanismos de autorreforço, pode-se considerar sua centralidade para a compreensão do fenômeno da *path dependence*, conforme proposto por MANTZAVINOS; NORTH e SHARIQ (Learning, Institutions, and Economic Performance., p. 81): “In cases when the content of the shared learning is the same or similar over a number of periods, the mental models become relatively inflexible and shared belief systems are shaped. These are in turn the source of cognitive path dependence, since the more inflexible the mental models are, the more difficult their modification and revision become. Because of this cognitive path dependence, the scaffolding of the human landscape (i.e., the formation of institutions) also takes place in a path-dependent way (...) As long as the institutional framework and the incentive structure remain constant, market interaction will be channeled into a certain direction and the generation of certain types of technologies will be encouraged. Thus, cognitive and institutional path dependence will ultimately lead to economic path dependence. The intuitively formulated proposition that ‘history matters’ designates the importance of the phenomenon of path dependence, starting at the cognitive level, going through the institutional level, and culminating at the economic level.”

regras e conceitos.³⁰⁹ Igualmente, o funcionamento do sistema jurídico conta com *expectativas autorreforçadas*, dado que operadores do direito, na presença de diferentes interpretações e formas de implementação possíveis de uma determinada norma, podem adotar aquela que apresente a melhor perspectiva de se tornar dominante.³¹⁰

Instituições que dependem de sua trajetória não são imutáveis; o que se verifica, em verdade, é que, ao lado da inércia decorrente dos custos de troca e necessidade de aprendizado de novos conceitos pelos indivíduos e organizações envolvidos, suas mudanças dependem de aspectos históricos (i.e., da sequência dos acontecimentos), e que mesmo eventos de menor importância inicial podem gerar mudanças expressivas caso venham a apresentar efeitos de rede e expectativas autorreforçadas. Assim como invenções simples obtidas ao acaso podem ter profundos efeitos na vida social – como a descoberta da penicilina no início do século XX³¹¹ –, inovações que originalmente parecem pontuais podem gerar mudanças radicais no sistema jurídico. Em uma reflexão mais ampla, e reforçando o paralelo já apontado entre instituições jurídicas e tecnologias, assim como a pesquisa histórica é relevante para o estudo de inovações tecnológicas (em uma perspectiva neoschumpeteriana)³¹², também não se pode prescindir da avaliação das características de eventos determinantes e de sua sequência para compreender e planejar mudanças (ou inovações) institucionais.

³⁰⁹ Cf. OGUS (The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 3, p. 419 –434, 2002.), que apresenta tal efeito de maneira bastante clara: “Even before there is ‘law’, in the commonly-accepted meaning of that term, implying a body of authoritative rules, there are inevitably some institutions or individuals resolving disputes. It may readily be envisaged that the costs of communication between those supplying these services may be reduced by the use of certain language and concepts which have (for them at least) a precise meaning. They also adopt certain procedures and formalities since these reduce the costs of reaching acceptable solutions to the dispute, in particular because they constrain behavior likely to lead to errors in fact finding.” (p. 423).

³¹⁰ Novamente OGUS descreve tal fenômeno, embora em contexto hipotético em que há diversas culturas jurídicas alternativas em disputa: “Although there may originally be a number of competing such networks of dispute resolution, it is a ‘tippy’ market, and the attractiveness of one set of ‘service specifications’ enables it to achieve dominance within the particular society. Clearly, the larger the quantity of transactions ‘clothed’ in the particular legal conceptual structure and the larger the quantity of disputed subject to the same procedures, the higher will be the expectation that in the future other transactions and other disputes will adopt the same cultural characteristics”. (*Ibid.*)

³¹¹ “A história da penicilina realmente começa quando Alexander Fleming, pesquisador da Universidade de Cambridge, descobriu a atividade antimicrobiana da penicilina em 1928. Fleming notou, acidentalmente, que uma placa com variantes de *Staphylococcus* próxima a uma janela aberta havia se contaminado com um fungo – *Penicillium* – que resultara na morte da cultura de *Staphylococcus spp.*: era o efeito bactericida do *Penicillium*. (...) O advento da penicilina assinalou inúmeras possibilidades para o tratamento de doenças infecciosas em todo o mundo (...).” GRUMACH, Anete; FERRARONI, Natasha, O papel da penicilina na medicina moderna, **Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis**, v. 18, n. 1, p. 7–13, 2006., p. 7.

³¹² Vide página 28 acima na Seção 1.B.

Desse modo, dada uma configuração inicial do sistema jurídico, suas alterações podem resultar em diversas configurações alternativas possíveis (ou múltiplos equilíbrios, em linguagem econômica).³¹³ O reconhecimento de que determinados sistemas sociais são dependentes de sua trajetória dificulta portanto prever o resultado de mudanças nele promovidas, dado o caráter contingente das transformações. Por outro lado, identificar os fatores que levam instituições a apresentarem *path dependence* possui forte poder descritivo e auxilia, ao menos, na ponderação de aspectos relevantes a serem considerados em iniciativas de reforma institucional, tais como os custos de troca intrínsecos a tais processos e as interações entre a reforma proposta e o conjunto de normas vigentes, tanto formais quanto informais.³¹⁴

c. *VARIEDADES DE CAPITALISMO: COMPLEMENTARIEDADE E SOFISTICAÇÃO INSTITUCIONAL*

Ambientes institucionais dependentes de suas trajetórias, inovações tecnológicas que afetam custos de transação relativos e provocam novas externalidades positivas e negativas, e interações estratégicas entre empresas, autoridades, tribunais e parlamentos geram ou influenciam mudanças institucionais que, ao longo dos anos, combinam-se formando ambientes institucionais com diversas peculiaridades em cada jurisdição. Embora em certo nível de generalidade seja possível identificar semelhanças entre países quanto a vários ramos do direito, como contratos, societário e mesmo antitruste, não se pode presumir disso uma convergência das diversas jurisdições para um conjunto comum, padronizado e eficiente de regras.³¹⁵ Tal conclusão não é suportada empiricamente, mesmo quando se comparam os países desenvolvidos, como demonstra a linha de pesquisa de ciência política denominada ‘Variedades de Capitalismo – VdC’ (*Varieties of Capitalism – VoC*), a qual tem por objetivo comparar as características do funcionamento do regime capitalista em diferentes países e com isso identificar vantagens comparativas de caráter institucional para o desempenho econômico das nações, de acordo com HALL e SOSKICE.³¹⁶

³¹³ PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics., p. 263.

³¹⁴ PRADO; TREBILCOCK, Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform., p. 366 e ss.

³¹⁵ MILHAUPT; PISTOR, **Law & Capitalism.**, p. 198-202.

³¹⁶ A principal obra de referência sobre essa linha de pesquisa é HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism**. Tal livro consolidou artigos de diversos autores que já vinham trabalhando com essa abordagem metodológica e buscou estabelecer as bases conceituais para novas pesquisas. Outros estudos

Para tanto, essa linha de investigação teórica se utiliza de conceitos da Nova Economia Institucional e da literatura sobre Sistemas Nacionais de Informação³¹⁷, complementando-os de maneira a propor conceitos analíticos bastante pertinentes para o presente trabalho. Consistente com estudos sobre os SNIs, a abordagem de VdC coloca a *empresa capitalista* no centro de sua análise, por considerá-la o agente social que deve se utilizar de suas capacidades organizacionais e do relacionamento com outras organizações para se ajustar a novas tecnologias e a novas condições da economia internacional.³¹⁸ A empresa é vista como uma organização *relacional*, cujo sucesso depende da capacidade de coordenar suas atividades produtivas com diferentes agentes em cinco esferas: i) negociações coletivas com sindicatos no âmbito de relações coletivas de trabalho (*industrial relations*); ii) formação profissional (*vocational training*); iii) relações com seus próprios empregados (*employees*); iv) mecanismos de financiamento, por meio do mercado financeiro e de capitais (*corporate governance*); e v) relacionamento com outras empresas, como fornecedoras, clientes e parceiras, bem como no âmbito de associações de classe e outras organizações responsáveis por vocalizar demandas na esfera política (*interfirm relations*). De acordo com os estudos sob a perspectiva metodológica da VdC, as estruturas econômicas dos países podem ser comparadas entre si ao se considerar como as empresas resolvem seus problemas de coordenação nessas cinco áreas.

O tema das relações entre empresas – claramente inspirado pelos estudos neoschumpeterianos sobre Sistemas Nacionais de Inovação³¹⁹ – é bastante caro a essa linha de pesquisa, e o mais importante para este estudo. Tais relações são, de acordo com a VdC, influenciadas de maneira decisiva por instituições formais e informais estabelecidas em nível nacional, analisadas com base no conceito de ‘instituições’ originalmente formulado por NORTH.³²⁰ Tendo em conta a maneira com que as

relevantes que seguem essa linha são HALL, Peter A.; THELEN, Kathleen, Institutional change in varieties of capitalism, **Socio-Economic Review**, v. 7, n. 1, p. 7–34, 2009; CASPER, Steven; WAARDEN, Frans van, **Innovation and Institutions: A Multidisciplinary Review of the Study of Innovation Systems**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005; SCHNEIDER, Ben Ross, Hierarchical market economies and varieties of capitalism in Latin America, **Journal of Latin American Studies**, v. 41, n. 3, p. 553–575, 2009.

³¹⁷ Vide Seção 1.D acima sobre os Sistemas Nacionais de Inovação.

³¹⁸ Tal posicionamento é também consistente com o papel central conferido à empresa pelo Manual de Oslo, cf. Seção 1.D acima.

³¹⁹ Vide HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism.**, p. 38.

³²⁰ *Ibid.*, p. 9.

instituições definem os mecanismos de coordenação interempresarial e com os outros agentes indicados acima, a VdC descreve duas formas ideais de organização econômica capitalista, as ‘economias de mercado liberais’ (EML) e as ‘economias de mercado coordenadas’ (EMC).

As EML abrangem, de acordo com esses estudos, os países nos quais as empresas resolvem a maioria dos seus problemas de coordenação com empregados, investidores e outras empresas por meio ou de *mercados*, ou de *hierarquias* (i.e., integração vertical e horizontal), de acordo com a já referida classificação desenvolvida por WILLIAMSON.³²¹ Isso pois em tais economias a estratégia das empresas é conformada por instituições que configuram os mercados de trabalho, de capitais e financeiro de forma a privilegiar a mobilidade de fatores de produção e relações de curto prazo, permitindo reações rápidas a novas pressões competitivas ou de custos. Em especial, essas economias apresentam ampla capitalização de empresas em bolsa, dispersão do controle acionário das principais empresas, leis trabalhistas flexíveis e normas antitruste rígidas. O principal exemplo desse tipo de economia seriam os Estados Unidos, seguido do Reino Unido e outros países da *Commonwealth* britânica.³²²

Já em economias consideradas como ‘coordenadas’, as empresas resolvem seus principais problemas de coordenação com outros atores por meio de arranjos extramercado, i.e., mecanismos híbridos entre hierarquias intrafirma e contratos comutativos de mercado. Tais arranjos, de longo prazo, geralmente são fomentados por instituições formais e informais em nível nacional, e permitem a resolução de problemas de coordenação por meio de troca de informações, monitoramento e penalização de comportamentos desconformes, bem como pelo estabelecimento de canais constantes de deliberação entre atores para criar vínculos de confiança. Em tais economias, as empresas possuem bloco de controle definido, muitas vezes com instituições financeiras locais detendo participações relevantes em diversas empresas; as normas trabalhistas privilegiam soluções negociadas dentro da empresa e por meio de discussões coletivas; regras setoriais de autorregulação por meio de associações de classe são bastante relevantes, e contam muitas vezes com amparo das regras antitruste e outras

³²¹ Vide Seção 2.B acima, bem como WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*.; WILLIAMSON, **The Mechanisms of Governance**, ‘Prologue’.

³²² HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism**, p. 7 e ss.

normas jurídicas. O principal exemplo de EMC é a Alemanha, seguida de países do centro e do norte da Europa.³²³

Aspecto central dessas análises é que as várias instituições a reger a coordenação com empregados, investidores e outras empresas não podem ser entendidas de maneira isolada, pois se verifica reforço mútuo entre *instituições complementares* que formam o ambiente institucional desses países. Os proponentes da abordagem VdC sustentam que uma instituição complementar é aquela que se torna mais eficaz por conta da sua relação com outra instituição. Da análise do ambiente institucional presente em países desenvolvidos, constata-se que medidas numa dada esfera de política pública tendem a ser acompanhadas de instituições complementares em outra para aumentar a eficácia de uma ou de ambas.³²⁴

Desse modo, ficam mais destacadas as diferenças entre EMLs e EMCs, pois mecanismos de coordenação da empresa com diferentes agentes nas diversas áreas (convenções coletivas e contratos individuais de trabalho; financiamento corporativo; associações de classe, parcerias e *lobby*) se relacionam entre si de forma a reforçar suas respectivas eficácias, formando *clusters* integrados de instituições.³²⁵ PIERSON observa que, embora a literatura de VdC traga importantes *insights* com o conceito de instituições complementares, ela não explicita os fatores subjacentes a tal fenômeno, em que – explicita o autor – são verificados claros elementos de *path dependence*: os custos fixos de implantação de instituições formais e de organizações responsáveis por sua aplicação e monitoramento são elevados; uma vez estabelecidas, obtêm-se retornos crescentes que se baseiam no aprendizado de agentes públicos e privados, bem como no estabelecimento de novas instituições formais e informais (complementares) para a estruturação do relacionamento entre os diversos agentes envolvidos, as quais coevoluem com a instituição original ao longo dos anos. Por fim, efeitos de coordenação são abundantes, pois cada agente considera estrategicamente o que outros agentes farão, e, com isso, novas instituições vão sendo formatadas de acordo com o aprendizado tido com uma dada instituição original. As empresas vão portanto desenvolvendo estratégias sofisticadas de atuação para se adequarem à matriz composta por instituições complementares implementada ao longo dos anos, com base em

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*, p. 16.

³²⁵ *Ibid.*, p. 17.

elevados investimentos em aprendizado – o que reforça as peculiaridades de cada economia nacional.³²⁶

A hipótese de que as diferenças entre os ambientes institucionais de EMLs e EMCs geram distinções sistemáticas nas estratégias das empresas é fundamental para a literatura de VdC³²⁷, e informa o principal conceito analítico por ela proposto: o das ‘vantagens comparativas institucionais’ (*comparative institutional advantage*), pelo qual se busca explicar como o ambiente institucional de um determinado país provê vantagens para as empresas nele instaladas para desenvolver determinados tipos de atividades econômicas *vis a vis* as condições presentes em outros países. Em outros termos, trata-se de abordagem que visa detalhar como as instituições – ou melhor, as matrizes compostas por instituições complementares presentes em cada país – suportam soluções para problemas empresariais de coordenação (via mercado, hierarquias ou formas híbridas) e, com isso, contribuem para que empresas adotem estratégias corporativas de especialização na produção de certos bens e serviços.³²⁸

Com base nessa abordagem, cada país pode apoiar suas empresas para que tenham vantagens comparativas *institucionais* com relação a empresas sediadas em outros países quanto à produção de determinados bens e serviços. Trata-se de análise claramente inspirada nos conceitos sobre Sistemas Nacionais de Inovação, e, portanto, concentra-se na capacidade de as matrizes institucionais dos países contribuírem para que as empresas promovam *inovações* a fim de serem competitivas e bem-sucedidas.³²⁹

Presume-se então, de acordo com a VdC, que o aparato institucional presente em economias de mercado liberais é mais adequado para que empresas desenvolvam inovações *radicais*, relevantes em setores de alta tecnologia como informática e

³²⁶ PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics., p. 264. Vide também RODRIK, Dani, **Feasible Globalizations**, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2002., p. 7-8), que também considera a dependência de trajetória como elemento fundamental para a compreensão das diferenças entre os países e reconhece a existência da complementariedade entre instituições.

³²⁷ HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism.**, p. 14-15: “[F]irms located within any political economy face a set of coordinating institutions whose character is not full under their control. These institutions offer firms a particular set of opportunities; and companies can be expected to gravitate toward strategies that take advantage of these opportunities. In short, there are important respects in which strategy follows structure. For this reason, our approach predicts systematic differences in corporate strategy across nations, and differences that parallel the overarching institutional structures of the political economy. This is one of the most important implications of the analysis.”

³²⁸ *Ibid.*, p. 37-38.

³²⁹ “Although there may be types of comparative advantage that these institutional frameworks confer that we have not yet explored, we focus here on their impact on *innovation* since a firm’s capacity to innovate is crucial to its long-run success.” *Ibid.*, p. 38 - destaque no original.

telecomunicações. Isso se dá por conta da maior flexibilidade para a conjugação de ativos complementares, a flexibilidade do mercado de trabalho – que permite tanto a contratação de equipes com conhecimento tecnológico junto a outras empresas quanto a demissão em caso de fracasso no projeto –, o maior acesso a capital de risco junto ao mercado de capitais, dentre outros fatores. Já economias coordenadas são, de acordo com a VdC, mais adequadas para o desenvolvimento de inovações *incrementais*, as quais são especialmente relevantes em bens de capital (tais como máquinas e sistemas industriais, instrumentos de precisão, equipamentos hospitalares, aviões e trens), que necessitam de constantes aprimoramentos para a melhoria da qualidade e diminuição de custos. Para tanto, empresas precisam estabelecer diversas relações de longo prazo com fornecedores, clientes e também com seus empregados, os quais possuem carreiras de longo prazo com uma empresa na qual podem aprimorar suas habilidades técnicas para desenvolver tais inovações.³³⁰

Nessa perspectiva, problema central para políticas públicas é como induzir agentes econômicos a cooperar entre si de forma mais eficaz. De acordo com HALL e SOSKICE, o mercado é o arranjo suficiente e eficiente para resolver certos problemas de coordenação, mas para outros, esse não é o caso. Considerando tais aspectos, o Estado que queira aumentar a competitividade de suas empresas em determinadas atividades econômicas pode tanto adotar medidas que reforçam a rivalidade entre elas – como, por exemplo, por meio de uma política antitruste mais vigorosa ou pela liberalização comercial –, quanto fomentar o estabelecimento de mecanismos de coordenação, via parcerias, sindicatos patronais e associações de classe. Tudo depende da estratégia subjacente para incrementar a vantagem comparativa institucional de suas empresas, e do aparato institucional já vigente, de forma que as novas instituições possam ser compatíveis com as já existentes.³³¹

Como destacado no início desta Subseção, a reflexão original da literatura de Variedades de Capitalismo se concentra na comparação dos ambientes institucionais verificados em países desenvolvidos. SCHNEIDER procede à extensão dessa tipologia para certos países em desenvolvimento, especialmente os da América Latina, propondo um terceiro tipo ideal de organização capitalista, o das ‘economias de mercado

³³⁰ *Ibid.*, p. 38-44.

³³¹ *Ibid.*, p. 44-46.

hierárquicas' (EMH).³³² Considera-se que países latino-americanos, como o Brasil, já apresentam seu próprio tipo de capitalismo, com uma matriz institucional razoavelmente bem definida e que não se alterou mesmo diante de profundas reformas liberalizantes promovidas ao longo dos anos 1980 e 90. Desse modo, não há que se dizer que esses países estão se desenvolvendo para um dia chegar a um dos tipos ideais dos países industrializados.

Nas EMHs, verifica-se que as principais empresas possuem seu controle societário concentrado na mão de um ou poucos acionistas, integrantes de uma família ou de grupo multinacional. As grandes empresas de capital nacional geralmente estruturam-se como grupos econômicos que atuam em vários setores não necessariamente relacionados entre si, a fim de diversificar os riscos decorrentes de um cenário macroeconômico instável. Outro conjunto relevante de agentes são as empresas multinacionais, que possuem papel mais significativo na América Latina do que em outras regiões, e que também se estruturam hierarquicamente, inclusive quanto a transferências de tecnologia. Essas grandes empresas – nacionais e multinacionais – atuam muitas vezes em mercados oligopolizados. Quanto a relações de trabalho, essas empresas lidam com sindicatos fracos ou inexistentes, havendo significativa rotação de empregados, os quais possuem qualificação bem mais baixa que a média dos países desenvolvidos ou mesmo de outros países em desenvolvimento, como os da Ásia.

No que se refere às *relações entre empresas*, SCHNEIDER entende que problemas de coordenação que em outros ambientes institucionais poderiam ser resolvidos por meio de mercados ou por arranjos cooperativos acabam sendo resolvidos por meio de integração vertical hierárquica, i.e., pela aquisição de ativos e empresas. As associações setoriais têm nesses países atuação muito mais focada em questões políticas e regulatórias, e não na padronização de procedimentos do setor – como ocorre, por exemplo, em EMCs. Questões de alocação de capital são resolvidos intrafirma, não por meio do mercado de capitais (como no caso das EMLs) ou de bancos privados (nas EMCs). De igual modo, também decisões sobre recursos tecnológicos são integradas na estrutura da empresa³³³, e não tanto por arranjos colaborativos setoriais, como em

³³² Vide SCHNEIDER, Hierarchical market economies and varieties of capitalism in Latin America; SCHNEIDER, Ben Ross; SOSKICE, David, Inequality in developed countries and Latin America: coordinated, liberal and hierarchical systems, **Economy and Society**, v. 38, n. 1, p. 17–52, 2009; SCHNEIDER, Ben Ross, **Hierarchical Capitalism in Latin America**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

³³³ Vide reflexão sobre transferência internacional de tecnologia constante na Subseção 2.B.iii acima.

EMCs. Há todavia poucos incentivos para grupos nacionais investirem em tecnologia, pois historicamente houve divisão do trabalho entre empresas multinacionais – focadas em setores mais intensivos tecnologicamente – e locais, que se concentraram em *commodities* e serviços, com baixa exigência de mão de obra qualificada e de investimentos em P&D.³³⁴ Ademais, a instabilidade macroeconômica ou da regulação setorial diminui o horizonte temporal de investimentos, havendo portanto menos incentivos para inversões arriscadas em P&D, que, como já apontado, podem levar anos até gerar resultados.

Tais características resultam e são reforçadas por diversas políticas públicas adotadas nesses países ao longo do século XX: forte controle do mercado de trabalho e correlata manutenção de elevado segmento informal; baixa qualidade da educação pública; atração de empresas multinacionais para desenvolvimento de atividades de maior intensidade tecnológica; e intervenções erráticas a gerar volatilidade macroeconômica ou regulatória que diminuem incentivos para investimentos de maior prazo em inovação e treinamento da mão de obra. Desse modo, verifica-se que a complementariedade institucional gerada pelas políticas públicas nesses países cria um equilíbrio que o autor denomina de ‘armadilha da baixa qualificação’ (*low skill trap*), em que não há incentivos para investimentos de longo prazo na melhoria da capacitação da força de trabalho.

O quadro abaixo busca resumir, de maneira didática e em nível bastante elevado de generalização, as principais características dos modelos ideais presentes na literatura de Variedades do Capitalismo:

³³⁴ “With MNCs dominating higher-technology manufacturing, domestic business groups concentrated in lower-technology commodity sectors and services had fewer incentives to invest in R&D, hire scientists and engineers, or train highly skilled workers. R&D expenditures in Latin America have rarely exceeded the comparatively low level of 0.5 per cent of GDP, and over three quarters of that is public spending. Even when they hire skilled workers, business groups do not hire very many; (...) Moreover, MNCs pay higher, sometimes much higher, wages than local firms, so MNCs can easily poach skilled workers. This reduces even further the incentives for domestic firms to invest in training.” SCHNEIDER, Hierarchical market economies and varieties of capitalism in Latin America., p. 567.

Tabela 2 – Relações básicas e vantagens institucionais comparativas nos tipos ideais de capitalismo³³⁵

RELAÇÕES BÁSICAS	VARIEDADES DE CAPITALISMO		
	Liberal (EML)	Coordenada (EMC)	Hierárquica (EMH)
<i>Controle societário</i>	Disperso	Bloco de controle	Bloco de controle familiar
<i>Organização predominante de grandes empresas</i>	Empresas com controle gerencial; empresas multinacionais	Empresas controladas por bancos; grupos econômicos	Grupos econômicos hierarquizados; empresas multinacionais
<i>Relações com empresas do mesmo setor</i>	Competitivas	Associações de classe	Oligopólios
<i>Relações com empresas de outros setores</i>	Poucas	Associações abrangentes / confederações	Poucas (salvo aquisições)
<i>Relação com fornecedores</i>	Licitações competitivas	Contratos de longo prazo negociados	Integração vertical
VANTAGENS INSTITUCIONAIS COMPARATIVAS	Inovações radicais; serviços	Inovações incrementais; indústria	Commodities; redes globais de produção
EXEMPLOS DE PAÍSES	Estados Unidos, Reino Unido, Estônia	Alemanha, países escandinavos, Eslovênia	América Latina, (Sudeste Asiático?)

Tendo em conta tais conceitos, a abordagem proposta pela literatura de Variedades do Capitalismo contribui para o presente trabalho para ao menos quatro reflexões relevantes. Em primeiro lugar, pode-se ter uma visão mais estruturada sobre a forma com que instituições afetam o desempenho econômico. Nesse sentido, ao empregar conceitos estabelecidos pela NEI e os estudos sobre os Sistemas Nacionais de Inovação, integra-os sob o conceito de vantagens comparativas institucionais, permitindo comparar matrizes institucionais de diferentes países quanto a sua capacidade de resolver problemas de coordenação de empresas para que estas aprimorem seu desempenho em determinadas atividades econômicas via inovação tecnológica.

Em segundo lugar, o conceito de complementariedade institucional é sobretudo útil para a análise do direito concorrencial em diferentes jurisdições. A literatura de Variedades de Capitalismo analisada considera o antitruste como uma importante

³³⁵ Junção e tradução de tabelas constantes em SCHNEIDER, **Hierarchical Capitalism in Latin America**, p. 25 e 29 (com modificações). A principal modificação foi retirar a descrição de um quarto tipo ideal de capitalismo, o das economias de mercado em rede (*network market economies*), que seriam características de Japão e Taiwan, posto não ser relevante para o presente estudo.

instituição complementar a outras, como, por exemplo, o direito contratual. Em uma economia liberal como a norte-americana, o antitruste e o direito dos contratos se reforçariam para que problemas de coordenação sejam resolvidos via mercado ou hierarquias (i.e., concentração vertical).³³⁶ Já na Alemanha, principal exemplo de economia coordenada, o órgão antitruste (BKA) teve competência para aprovar recomendações de instrumentos contratuais padronizados desenvolvidos por associações de classe para facilitar arranjos cooperativos abrangentes em diversos setores econômicos.³³⁷ Nesse sentido, o antitruste deve ser considerado como uma das instituições integrantes de uma determinada matriz institucional, e não um conjunto abstrato de regras que pode ser aplicado em qualquer contexto de acordo com este ou aquele modelo teórico ideal.³³⁸

A constatação de que instituições podem ser complementares entre si e reforçam-se mutuamente é válida para a avaliação do relacionamento entre o direito antitruste e outras instituições. Exemplo da experiência brasileira é o reforço mútuo entre a política de concorrência estabelecida com base na Lei 8.884 e a política de controle inflacionário promovida pelo Plano Real, implementado com base na Lei 9.069, de 2005. Sem o término da espiral inflacionária dos anos 1980 e 90, seria difícil aplicação minimamente eficaz de mecanismos de controle antitruste, muitos dos quais dependem de informações minimamente comparáveis de preço – inviáveis em contexto de elevada inflação. Por outro lado, tal política macroeconômica precisa ser reforçada

³³⁶ “Intercompany relations in liberal market economies are based, for the most part, on standard market relationships and enforceable formal contracts. In the United States, these relations are also mediated by rigorous antitrust regulations designed to prevent companies from colluding to control prices or markets and doctrines of contract laws that rely heavily on the strict interpretation of written contracts (...). The complexion of contract law and antitrust laws discourages inter-firm collaboration in incremental product development” (HALL; SOSKICE [Orgs.], **Varieties of Capitalism.**, p. 30, 40).

³³⁷ Cf. CASPER, Steven, The legal framework for corporate governance: the influence of contract law on company strategies in Germany and the United States, in: HALL, Peter A.; SOSKICE, David (Orgs.), **Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 386–415. Associações de classe (*Verbände*) podiam até 2005 solicitar ao BKA aprovação de arranjos contratuais padronizados (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) aplicáveis a toda a indústria. Tal procedimento facilita a coordenação entre um grande número de agentes, e dá segurança às empresas quanto à licitude de padrões contratuais desenvolvidos pelas associações. Essa competência do BKA foi extinta pela 7ª alteração à lei concorrencial alemã (7. *GWB-Novelle*), adotada para alinhar o direito alemão com as regras comunitárias europeias, que não mais continham mecanismos de autorização de acordos verticais ou horizontais (cf. BUNDESKARTELLAMT, **Tätigkeitsbericht 2005/2006**, Bonn: BKartA, 2007, p. 31).

³³⁸ “It follows that economic policies will be effective only if they are *incentive compatible*, namely complementary to the coordinating capacities embedded in the existing political economy. (...) competition policies that serve Britain well might erode the capacities of German firms for non-market coordination” (HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism.**, p. 46).

pelo controle de condutas empresariais e de concentrações econômicas, sob pena de esforços na esfera cambial e fiscal se tornarem inócuos por aumentos de preço decorrentes de cartéis ou do incremento injustificado de poder econômico das empresas via concentrações.³³⁹ Não é portanto coincidência que tanto a Lei 8.884 quanto o Plano Real foram implantados em 1994.³⁴⁰

De igual modo, pode-se também identificar em que medida normas antitruste suportam relações de complementariedade entre a política de defesa da concorrência e a de fomento à inovação tecnológica. Dado que Estados buscam prover suas empresas de maior competitividade na oferta de determinados produtos e serviços por meio de instituições adequadas para resolução de problemas de coordenação envolvendo investidores, mão de obra e outras empresas, é possível verificar em que medida o antitruste pode ser complementar a políticas de fomento tecnológico, tais como financiamento de risco e arranjos cooperativos setoriais para desenvolvimento, incorporação e/ou difusão de tecnologia.

Em terceiro lugar, o conceito de complementariedade institucional e o correlato de vantagem comparativa institucional permitem especificar melhor a ideia de *sofisticação institucional* referida no problema e na hipótese do presente trabalho. Como apontado na Introdução, entende-se que tal sofisticação se verifica pela presença de instrumentos normativos específicos no direito concorrencial para lidar com cooperações empresariais que visem inovação tecnológica, tais como isenções parciais ou totais, exceções, critérios de análise, procedimentos próprios, e meios institucionais de coordenação com a política de fomento à inovação.

Sob a perspectiva da literatura de Variedades de Capitalismo, lastreada na NEI e nos estudos sobre os SNIs, tais instrumentos normativos podem ser entendidos como medidas adotadas de forma deliberada e estratégica pelo Estado para prover vantagens institucionais comparativas para as empresas nele baseadas, por meio de uma matriz institucional composta por instituições complementares que se reforçam mutuamente. Em outros termos, o direito antitruste e a política pública por ele estruturada podem ser

³³⁹ Sobre a relação entre o Plano Real e a Lei 8.884/94, vide ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 10; e AGUILLAR; COUTINHO, A evolução da legislação antitruste no Brasil.

³⁴⁰ O Plano Real foi originalmente baseado na Medida Provisória 542, de 30 de junho de 1994, que, depois de várias reedições, foi convertida na Lei 9.069/95.

formulados e ajustados de maneira estratégica pelo Estado, considerando a matriz institucional existente, a complementariedade institucional e objetivos de desenvolvimento econômico que compreendam a busca por maior intensidade de inovação tecnológica das empresas por meio da resolução de seus problemas de coordenação.

Nesse sentido, a tensão entre competição e concorrência descrita na Primeira Parte deste trabalho como ínsita ao fenômeno da inovação tecnológica deve ser resolvida pelo desenvolvimento de soluções institucionais que sejam escolhidas de acordo com a vantagem comparativa institucional que se queira prover às empresas. Não se refere, portanto, apenas a um equilíbrio ótimo entre rivalidade e cooperação preconizado por esta ou aquela teoria econômica, mas sim a considerações concretas sobre a implementação de estratégias de desenvolvimento que têm a inovação tecnológica (incremental, radical etc.) como elemento fundamental, e, portanto, devem avaliar quais instituições são mais eficazes para incentivar investimentos arriscados de empresas privadas na criação, melhoria, adoção e difusão de novas tecnologias. Tais soluções necessariamente dependerão inicialmente da matriz institucional já existente e da base tecnológica instalada, e, ao longo de sua vigência, sofrerão a influência do comportamento estratégico de empresas e de autoridades, bem como da adoção de novas tecnologias. Essas soluções institucionais podem ser entendidas como movimentos de tentativa e erro adotados pelos formuladores de políticas públicas (legisladores e integrantes do Poder Executivo), que possuem quantidade limitada mas crescente de informações disponíveis a respeito dos seus impactos, e podem então ir fazendo ajustes e reformas, idealmente considerando a complexidade do fenômeno da inovação tecnológica, a correlata necessidade de diminuição de incertezas para agentes privados e as alternativas institucionais (intrinsecamente falhas) disponíveis.

Por fim, em quarto lugar, a avaliação de que o capitalismo brasileiro, como exemplar significativo de economia latino-americana, apresenta um tipo de matriz institucional distinto daqueles verificados em países desenvolvidos – como os Estados Unidos, a serem considerados no próximo capítulo – é bastante relevante para a análise comparativa a ser empreendida neste trabalho.

Em suma, o complexo fenômeno da inovação tecnológica é central para o desenvolvimento econômico em economias capitalistas – sobretudo aquelas subdesenvolvidas, distantes da fronteira tecnológica conhecida –, e depende tanto de

pressões competitivas quanto de arranjos cooperativos entre empresas, as quais interagem entre si e com outras organizações relevantes (centros de pesquisa, universidade, autoridades, tribunais etc.) sob matriz composta por diversas instituições jurídicas que integram o Sistema Nacional de Inovação. Essa matriz é impactada por novas tecnologias, comportamentos estratégicos e interativos entre agentes públicos e privados, bem como mecanismos de autorreforço como custos iniciais elevados e efeitos de aprendizado que implicam dependência de trajetória. Estados podem então avaliar possíveis alternativas institucionais (todas intrinsecamente falhas), e estrategicamente adotar medidas jurídicas complementares que se reforçam mutuamente para conferir vantagens competitivas institucionais às suas empresas, de forma que estas tenham melhores condições para executar complexos procedimentos não-lineares de resultados incertos para criar e implementar novos produtos e processos, empregando tanto conhecimentos já existentes quanto obtidos via investimentos de P&D – cujas características de bens públicos dificultam a apropriação de seu resultado. Conforme o *insight* de TIROLE apontado na Seção 2.C acima, tais medidas de alguma forma contemplarão restrições ainda que limitadas à concorrência, a fim de prover a segurança jurídica necessária quanto à apropriação do resultado econômico a fim de viabilizar investimentos privados crescentes em inovações tecnológicas, e poderão também ser consistentes com determinada estratégia de desenvolvimento econômico perseguida pelo país.

Tendo tal referencial, o presente trabalho procederá no **Capítulo 4** à análise das principais regras antitruste dos Estados Unidos referentes aos arranjos cooperativos tratados na Seção 2.B. deste trabalho, i.e., *joint ventures* de P&D, *joint ventures* de produção, licenciamento de tecnologia, e organizações de normalização técnica. Ao final desse capítulo (Seção 4.C) buscar-se-á sistematizar os principais pontos identificados na experiência dessa jurisdição tendo em conta o conceito de sofisticação institucional, ao qualificar o estabelecimento de instrumentos normativos específicos para lidar com cooperações empresariais que visem inovação tecnológica como instrumentos de promoção de vantagens comparativas institucionais. Com isso, pode-se prosseguir ao **Capítulo 5**, em que será analisado o caso brasileiro.

4) ESTADOS UNIDOS: EXCEÇÕES LEGISLATIVAS E *GUIDELINES* PARA PROVISÃO DE VANTAGENS COMPARATIVAS INSTITUCIONAIS

THE antitrust statutes rest on a paradox. They seek to preserve competition both to protect consumers and to provide incentive for innovation. To this end, the law regulates companies and punishes violations, at times severely. Yet the antitrust statutes can achieve their broader goals only in an atmosphere generally favorable to business. They will fail if economic or political instability crippled industry – the benefits of competition accrue only if firms can afford to compete.

Wyatt Wells, 2002³⁴¹

Tendo em vista o foco do presente estudo, a análise a ser empreendida neste capítulo será dividida em três partes principais. Na Seção 4.A, serão apresentados brevemente aspectos do desenvolvimento histórico do direito antitruste dos EUA até a década de 1970, e sua influência decisiva sobre o sistema de inovação daquele país. Na Seção 4.B, mais extensa, serão detalhados eventos ocorridos a partir da década de 1970, período em que as empresas norte-americanas passaram a estar sujeitas a maior competição externa e, por conta disso, reivindicaram mudanças na política antitruste aplicável a arranjos de colaboração de suporte a inovações tecnológicas. O foco se dará em medidas do Congresso norte-americano e das duas autoridades administrativas de defesa da concorrência, o Departamento de Justiça, por meio de sua Divisão Antitruste (*Department of Justice Antitrust Division – DOJ*) e a Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission – FTC*).

Ao final, na Seção 4.C, consta síntese das principais regras e critérios aplicáveis a arranjos cooperativos, buscando detalhar de que forma o direito norte-americano desenvolveu sofisticação institucional a fim de lidar com a tensão entre cooperação e concorrência ínsita ao complexo fenômeno da inovação tecnológica.

³⁴¹ WELLS, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*.

a. ASPECTOS HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS

i. Os primeiros oitenta anos de aplicação de normas antitruste nos EUA

Como já descrito, o *Sherman Act* foi aprovado pelo Congresso em 1890 e desde então permanece em vigor, sendo que seus principais dispositivos – os arts. 1 e 2 – praticamente não foram alterados desde então.³⁴² Para o presente estudo, o primeiro artigo desse diploma legal é o mais relevante, pois prevê a ilegalidade de acordos ‘em restrição ao comércio’, nos seguintes termos:

“§1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.³⁴³ (grifo nosso)

A redação dessa norma apresenta as principais características institucionais do direito concorrencial norte-americano, que o fazem tão distinto dos outros países. Em primeiro lugar, a redação da regra legal aprovada pelo Congresso é bastante genérica; não há qualificação de que tipos de contratos podem ser considerados como restritivos, e nem exatamente em que consistem tais restrições ao comércio que, se verificadas em contratos, combinações, *trusts* ou outros arranjos, implicam a legalidade de tal instrumento e a sanção das pessoas físicas e jurídicas envolvidas. Não há, ademais, qualquer orientação a respeito do que se deve entender por concorrência.

Outra peculiaridade fundamental é que tal discricionariedade cabe a um *juiz*, e não a uma autoridade administrativa. Se em outras jurisdições, como na União Europeia, Alemanha e Brasil, o Poder Judiciário tem o papel de rever decisões das autoridades administrativas de defesa da concorrência, nos Estados Unidos os juízes e

³⁴² Essa breve análise histórica baseia-se nas obras de GERBER, **Global Competition Law.**, cap. 5; HOVENKAMP, Herbert, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, Saint Paul: West Group, 2005., cap. 2; AREEDA; HOVENKAMP, **Antitrust Law.**, cap. 1.A; PERITZ, **Competition Policy in America.**, cap. 1; KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl, **Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking**, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000.

³⁴³ 15 U.S. Code § 1.

tribunais federais são os principais aplicadores das normas antitruste.³⁴⁴ No que se refere ao controle antitruste de arranjos contratuais, são eles que possuem papel central na interpretação e desenvolvimento dessa área do direito, sendo que o DOJ e o FTC atuam em regra como partes de processos judiciais que avaliam a licitude de tais tipos de conduta.

Outra peculiaridade é que tais magistrados não são especializados na análise de questões concorrenciais, e as normas processuais são as mesmas daquelas aplicáveis a outros tipos de litígio. Desse modo, regras quanto à alocação de ônus de prova e de instrução sobre casos de supostas condutas anticoncorrenciais apresentam peculiaridades muito próprias, que devem ser explicitamente consideradas em análises comparativas sob risco de inspirar propostas de políticas completamente inadequadas para contextos institucionais distintos.³⁴⁵

A técnica legislativa adotada pelo Congresso norte-americano é compreensível em um país de *common law*, em que os precedentes judiciais têm papel predominante na evolução do direito.³⁴⁶ A inovadora medida legislativa adotada para lidar com o novo fenômeno do poder econômico privado nada mais foi que a positivação de dois conceitos já constantes em precedentes de *common law*, ‘*restraints of trade*’ e ‘*monopolization*’, os quais agora deveriam ser interpretados pelas cortes como ilícitos federais, e não mais apenas como infrações contratuais, de forma que terceiros interessados – como clientes, concorrentes e o DOJ – também poderiam contestar a licitude do acordo.

³⁴⁴ Assim como no Brasil, há tanto um Poder Judiciário Federal quanto tribunais estaduais. As normas federais antitruste são aplicadas pelas cortes federais (cf. HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy**., caps. 15 e 16).

³⁴⁵ Cf. GERBER, **Global Competition Law**., p. 158: “Foreign observers often use the US as a model without taking into account this distinctive and complex enforcement mechanism and the factors that shape decisions in it. US enforcement dynamics differ significantly from virtually all others, and thus there is little or no basis for drawing conclusions about the consequences of following US substantive law or adopting US procedures unless those differences are taken into account.”

³⁴⁶ A principal característica dos ordenamentos jurídicos de países com tradição jurídica de *common law* (ou direito consuetudinário) é o respeito aos próprios precedentes judiciais do órgão judicante e àqueles exarados por tribunais superiores. Em países de *civil law*, o juiz deve observar primordialmente o texto de normas legais exaradas pelo Poder Legislativo. Trata-se, por óbvio, de análise superficial, posto que juízes de países de *civil law* (como o Brasil) também consideram a jurisprudência de tribunais superiores quando do exercício de sua atividade judicante, e normas positivadas pelos parlamentos têm cada vez mais relevância em países de *common law* como Reino Unido e Inglaterra. Sobre algumas das características dos dois sistemas, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*, **Revista de Processo**, v. 172, p. 121–140, 2009.

Em tal contexto institucional, os casos que foram sendo apreciados pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*) passaram a estabelecer os principais precedentes sobre os mais diversos aspectos da aplicação do *Sherman Act*. Não havendo precedente da mais alta corte, juízes de primeira instância (*district judges*) devem considerar a jurisprudência dos respectivos Tribunais de Apelação (*Courts of Appeals*), que hoje compreendem doze órgãos judiciais de segunda instância responsáveis por regiões delimitadas do país.³⁴⁷ HOVENKAMP resume a estratégia do Congresso dos EUA com a edição do *Sherman Act* – consistente com a ideia de aprendizado institucional de tribunais apresentada na Subseção 3.B.iii acima:

“In short, the Sherman Act can be regarded as ‘enabling’ legislation – an invitation to the federal courts to learn how business and markets work and formulate a set of rules that will make them work in socially efficient ways. The standards to be applied always have and probably always will shift as ideology, technology and the American economy changes”.³⁴⁸ (grifo nosso)

O DOJ iniciou diversas investigações e ações judiciais contra cartéis e empresas com posição dominante, obtendo seguidas vitórias entre os últimos anos do século XIX e os primeiros do século XX, de forma que a nova política pública passou a impactar diretamente as estratégias empresariais, especialmente quanto a arranjos com competidores e outros agentes.³⁴⁹ Houve uma reação estratégica das empresas: entre 1895 e 1905 verificou-se onda de fusões e aquisições, com concentração econômica entre empresas para evitar a caracterização de ‘*contract (...) in restraint of trade*’.³⁵⁰

³⁴⁷ Vide página do Poder Judiciário Federal norte-americano: <<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/CourtOfAppeals.aspx>>, acesso em: 9 de nov. 2014.

³⁴⁸ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy.**, p. 53.

³⁴⁹ São desse período diversos precedentes relevantes como *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897); *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899); *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

³⁵⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy.**, p. 57.

A esse movimento de concentração somou-se a insatisfação do Congresso norte-americano com a abordagem adotada pela Suprema Corte nos conhecidos casos *Standard Oil* e *American Tobacco*, de 1911³⁵¹, em que foi originalmente formulada a conhecida ‘regra da razão’ (*‘rule of reason’*) para a análise da licitude de restrições ao comércio.³⁵² Para muitos, o novo *standard* interpretativo do *Sherman Act* iria diminuir a eficácia da política antitruste, ao admitir a existência tanto de *trusts* ruins quanto bons.³⁵³

Em reação a esses movimentos, o Congresso aprovou em 1914 o *Clayton Act*, que estabeleceu hipótese de ilicitude de concentrações que pudessem ‘restringir significativamente a concorrência ou tender à criação de um monopólio’³⁵⁴ bem como listagem de práticas a serem consideradas ilícitas, como discriminação, venda casada e contratos de exclusividade. O *Clayton Act* também estabeleceu elemento fundamental do direito antitruste norte-americano: a possibilidade de que pessoas e empresas alegadamente prejudicadas por infrações concorrenciais pudessem obter indenização equivalente a três vezes os danos sofridos (*treble damages*). Foi também editado em 1914 o *Federal Trade Commission Act*, que criou o FTC e previu novas condutas de concorrência desleal (*unfair methods of competition*) passíveis de sanção. A ideia era, com tais medidas, restringir a abrangente discricionariedade das cortes (ao prever hipóteses mais específicas de restrições à concorrência) bem como estabelecer novos mecanismos de *enforcement* para incrementar a eficácia do antitruste.

Essa configuração institucional não foi significativamente alterada ao longo das décadas seguintes. Ações judiciais com base nos dispositivos do *Sherman Act*, *Clayton Act* e no *FTC Act* iam sendo propostas por DOJ, FTC, empresas e indivíduos perante os juízes federais, e aquelas que chegaram à apreciação da Suprema Corte formaram novos precedentes relevantes. Nos primeiros 80 anos de aplicação da legislação antitruste, os tribunais norte-americanos foram estabelecendo precedentes sobre diversos tipos de

³⁵¹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); e *United States v. American Tobacco Company*, 221 U.S. 106 (1911).

³⁵² A regra da razão desenvolvida pela jurisprudência norte-americana não se refere à qualificação de condutas empresariais; em verdade, consiste em diretriz para os julgadores quanto ao ônus de prova de cada uma das partes de um litígio referente a uma suposta ‘restrição ao comércio’, e determina que tipos de prova podem ser trazidos a juízo e como tais elementos indiciários e probatórios devem ser avaliados no contexto do processo. Vide GERBER, **Global Competition Law.**, p. 150; PERITZ, Rudolph J., *Rule of Reason in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*, The, **Hastings Law Journal**, v. 40, p. 285, 1988.

³⁵³ PERITZ, **Competition Policy in America.**, p. 63-66.

³⁵⁴ “(...) substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”, cf. 15 U.S. Code, § 18.

acordos, arranjos, concentrações e estratégias monopolísticas. Todavia, tais precedentes não eram sistematizáveis entre si; ante a ausência de direcionamento mais preciso pelo legislador, as cortes motivavam suas decisões tendo em conta os detalhes factuais dos casos concretos e diversas considerações de ordem política e econômica, não necessariamente compatíveis entre si. Nas palavras de GERBER, “this amalgam of values and political judgments was often too amorphous to provide observers, whether foreign or domestic, with a clear sense of the rationale behind antitrust decisions”.³⁵⁵

Nesse contexto, convém ainda destacar a atuação do DOJ e do FTC ao longo do período. Nas décadas de 1930 e 40, ante os esforços de enfrentamento da Grande Depressão sob o *New Deal* e a forte mobilização econômica durante a Segunda Guerra Mundial, essa atuação diminuiu sensivelmente. Todavia, tais órgãos, especialmente o DOJ, passaram a atuar com vigor nos anos 1950 e 60, contando com apoio político de presidentes democratas e o suporte intelectual da assim conhecida Escola de Harvard. Esta se refere ao conjunto de estudos desenvolvidos desde 1930 por integrantes da faculdade de economia daquela universidade a respeito do funcionamento de setores industriais, motivados pela ausência de aparato analítico adequado na teoria neoclássica de então para analisar o funcionamento de mercados oligopolizados, bastante representativos na economia norte-americana após as já referidas ondas de fusões ocorridas em décadas anteriores. Tais estudos eram compostos primordialmente por análises empíricas comparativas entre diversos setores fabris, e tinham por pressuposto teórico o paradigma conhecido como Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD): a estrutura de um mercado (em termos de nível de concentração) determinaria a conduta das empresas e, por conseguinte, o desempenho da indústria em termos de nível de lucratividade e investimentos. Esse paradigma informou os trabalhos pioneiros na então nascente disciplina econômica conhecida como ‘Organização Industrial’³⁵⁶, e passou a ter influência decisiva na aplicação do direito concorrencial nos Estados Unidos.³⁵⁷

³⁵⁵ GERBER, *Global Competition Law*., p. 149.

³⁵⁶ Cf. HASENCLEVER, Lia; TORRES, Ricardo, O Modelo Estrutura, Conduta e Desempenho e seus Desdobramentos, *in*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.), **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**, 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 44–51; HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization, *Texas Law Review*, v. 68, p. 105, 1989.

³⁵⁷ Cf. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*., p. 43-47.

Os principais expoentes da Escola de Harvard consideravam, com base no paradigma ECD, que a economia norte-americana havia se tornado injustificadamente concentrada, e que as empresas incumbentes exerciam poder de mercado elevando preços bem como estabelecendo barreiras à entrada de novos competidores.³⁵⁸ Tendo em mente tal aparato teórico e contando com apoio político, o DOJ promoveu diversas investigações e ações judiciais contra empresas líderes em seus setores, contestando alegadas práticas de monopolização, de restrições ao comércio, bem como fusões e aquisições.³⁵⁹ Muitos desses casos foram decididos em última instância pela Suprema Corte, que condenou diversos tipos de condutas empresariais sob o teste de ilicitude *per se*, i.e., sem considerações da eventual razoabilidade da conduta sob a regra da razão, posto que deveriam ser consideradas intrinsecamente como irrazoáveis. Ademais, a adoção desse *standard* facilitava a administração de diversos tipos de caso antitruste em comparação à regra da razão, posto diminuir o conjunto probatório válido a ser considerado pelos juízes e tribunais inferiores.³⁶⁰ Foram nessa época consideradas como ilícitas *per se* pela Suprema Corte a venda casada, a restrição territorial de atuação de revendedores, boicotes de revendedores contra fabricantes que forneciam produtos para lojas de desconto, acordos horizontais de alocação de mercado e de consumidores (mas sem fixação de preços), e restrições territoriais sobre vendas entre participantes de uma

³⁵⁸ Bom resumo sobre os principais postulados da Escola de Harvard consta em JACOBS, Michael S, Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, An, **North Carolina Law Review**, v. 74, p. 219, 1995., p. 227: “The Harvard School was distrustful of large firms and concentrated industries. Its members undertook detailed case studies of particular industries, and on the basis of their results postulated that economies of scale rarely required firms to grow very large, that dominant firms could readily create substantial entry barriers for newcomers, and that markets performed uncompetitively at relatively low levels of concentration. These postulates led Harvard theorists to view large firms and mergers with suspicion and to explain non-standard or unfamiliar business practices as motivated by monopolistic intent, positions largely adopted in important antitrust opinions of the [Supreme] Court.”

³⁵⁹ Cf. HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy.**, p. 57-57, e WELLS, **Antitrust and the Formation of the Postwar World.**, cap. 4.

³⁶⁰ Cf. GERBER GERBER, **Global Competition Law.**, p. 50: “The creation of *per se* categories has had two main effects. One has been to simplify assessment of the legality of conduct under the antitrust laws – for both business decision makers and courts. Business can better anticipate antitrust problems as a result of particular conduct, and courts can use traditional legal reasoning in determining whether conduct has violated those laws. A second effect is to increase the effectiveness of enforcement by significantly reducing the costs of litigation for plaintiffs and increasing the likelihood of success. It is generally far easier and less expansive to prove that conduct fits within a designated category than to establish a preponderance of anti-competitive effects through a full-scale rule of reason investigation.”

joint venture de comercialização.³⁶¹ São também desse período os paradigmáticos casos de monopolização *Alcoa* e *United Shoe*.³⁶²

Sob a perspectiva das empresas, a redação abrangente dos dispositivos legais e as orientações nem sempre consistentes derivadas da casuística dos diversos tribunais, associadas à intensificação de investigações e litígios promovidos pelo DOJ e FTC, passaram a exigir a contratação de assessoria jurídica especializada para o planejamento de suas atividades. Tanto as mais quotidianas (como contratos com clientes e fornecedores) quanto movimentos de caráter estratégico de fusão e aquisição deveriam necessariamente considerar o risco de litígios antitruste, os quais eram relativamente elevados, especialmente por conta do aumento das hipóteses de práticas verticais e horizontais consideradas *per se* ilícitas combinado com a previsão de *treble damages*. Embora a caracterização de uma determinada conduta como ilícita *per se* por um lado tornasse mais simples a avaliação de risco das empresas, por outro ela aumentava tal risco, ao facilitar ações privadas ou promovidas pelo DOJ e FTC.³⁶³

ii. *A influência da política antitruste no Sistema Nacional de Inovação e na correlata conformação de sua Variedade de Capitalismo*

Tendo em conta tais desenvolvimentos históricos, a política antitruste baseada em normas como o *Sherman Act* e o *Clayton Act* tornou-se elemento formador da economia política norte-americana ao longo das suas primeiras oito décadas de aplicação. Como já indicado na Seção 3.C acima, as normas antitruste contribuíram para que os EUA se organizassem como economia de mercado liberal (EML), em que as relações mais representativas entre empresas (clientes, fornecedores e concorrentes) são de caráter comutativo (*arms length*). Ao estabelecer regras rígidas quanto a contratos tanto verticais quanto horizontais, o antitruste norte-americano dificultou a adoção de arranjos cooperativos de longo prazo.

Empresas norte-americanas foram portanto incentivadas a resolver problemas de coordenação para desenvolvimento e implantação de inovações tecnológicas por meio de operações de mercado. Para tanto, além de observarem as normas antitruste, contam

³⁶¹ KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy.*, p. 50.

³⁶² *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945); e *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 347 U.S. 521, 74 S.Ct. 699, 98 L.Ed. 910 (1954)

³⁶³ GERBER, *Global Competition Law.*, p. 159-161.

com outras instituições complementares, tais como amplo mercado de capitais e mercado de trabalho flexível. Assim, a obtenção de recursos tecnológicos para desenvolvimento de inovações tecnológicas envolve a contratação de recursos humanos capacitados, pela cooptação junto a concorrentes, para obtenção de *know-how* e capacidade de inovação (dada a maior flexibilidade no mercado de trabalho); licenciamento ou compra de patentes complementares, ante a presença de um mercado local de tecnologia³⁶⁴; e integração vertical ou horizontal pela aquisição de empresas que possuam as tecnologias necessárias – algo facilitado pelo acesso a financiamento no mercado de capitais e pulverização do controle de empresas, e impactado pelo regime antitruste. Em um tal contexto, consórcios de pesquisa e colaborações de longo prazo entre empresas foram historicamente menos relevantes na experiência norte-americana do que em outros países, pois as instituições – com destaque para o antitruste – não fomentam esse tipo de relacionamento interfirmas.³⁶⁵

Estudos sobre o desenvolvimento histórico do Sistema Nacional de Inovação dos EUA também reconhecem a importância da política de defesa da concorrência ao longo dos três primeiros quartéis do século XX. De acordo com MOWERY e ROSENBERG³⁶⁶, tal política foi, em conjunto com os investimentos das Forças Armadas na aquisição de bens e serviços de alta tecnologia e na contratação de projetos de P&D, fator decisivo na conformação bastante peculiar do SNI norte-americano, quando comparado aos de outros países.

³⁶⁴ Vide breve análise sobre mercados de tecnologias em países desenvolvidos na Subseção 2.B.iii acima. Vide também HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism**, p. 31: “In the context of a legal system that militates against relational contracting, licensing agreements are also more effective than inter-firm collaboration on research and development for effecting technology transfer.”

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 29: “in LMEs, research consortia and interfirm collaboration, therefore, play less important roles in the process of technology transfer than in CMEs where the institutional environment is more conducive to them.”

³⁶⁶ MOWERY, David C.; ROSENBERG, Nathan, The U.S. National Innovation System, *in*: NELSON, Richard R. (Org.), **National innovation systems: a comparative analysis**, New York: Oxford University Press, 1993, p. 29–74., p. 29.

No início do século XX, não havia uma política pública estruturada de incentivo à inovação e investimentos em P&D nos EUA, exceto quanto à agricultura, posto que a constante expansão da fronteira agrícola demandava constantes pesquisas para que sementes e insumos necessários à produção de grãos fossem adaptados a novas condições ambientais. A maior parte dos investimentos em P&D era feita por empresas privadas. Tal quadro mudou drasticamente durante a participação do país na Segunda Guerra Mundial, quando os recursos destinados a P&D tanto por instituições públicas quanto empresas privadas para tecnologia militar cresceram exponencialmente, sob a coordenação do *Office of Scientific Research and Development* (OSRD), presidido por Vannevar Bush.³⁶⁷

Ao final do conflito, Bush elaborou relatório intitulado '*Science – the Endless Frontier*'³⁶⁸ que, ante os resultados positivos obtidos durante o esforço de guerra, recomendou a continuação da coordenação e incentivos estatais para projetos de inovação tecnológica, e que veio a ser considerado documento paradigmático sobre políticas públicas de inovação.³⁶⁹ Nas décadas seguintes, ante a nova tensão geopolítica com a então União Soviética, o governo federal manteve amplos programas de P&D, tanto de cunho militar sob a gestão das Forças Armadas quanto em outras áreas. Os incentivos promovidos pelas contratações de equipamentos e projetos de P&D na área militar, especialmente por meio da agência conhecida como DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*), foram fundamentais para o papel de liderança de empresas norte-americanas em indústrias de alta tecnologia com características duais, como a aeronáutica, informática, comunicações e energia nuclear. Por meio de projetos contratados pela DARPA e outros órgãos federais, diversos *players* tiveram condições de desenvolver soluções militares que podiam também ser aplicadas em produtos comerciais.³⁷⁰ Nada obstante, os investimentos federais em P&D, embora expressivos e

³⁶⁷ Vide LIBRARY OF CONGRESS, **Technical Reports and Standards - The Office of Scientific Research and Development (OSRD) Collection**, disponível em: <<http://www.loc.gov/rr/scitech/trs/trsosrd.html>>, acesso em: 10 dez. 2014.

³⁶⁸ BUSH, Vannevar, *Science: The Endless Frontier*, **Transactions of the Kansas Academy of Science (1903-)**, v. 48, n. 3, p. 231, 1945.

³⁶⁹ De acordo com BORA (Innovationsregulierung als Wissensregulierung., p. 28), “[d]er Text ist ... das Schlüsseldokument der modernen Innovationsförderung. Er stellt gewissermaßen den Gründungstext der Wissenschafts- und Forschungspolitik im modernen Sinne dar”.

³⁷⁰ Cf. BLOCK, Fred, *Swimming Against the Current: The Rise of a Hidden Developmental State in the United States*, **Politics & Society**, v. 36, n. 2, p. 169–206, 2008. De acordo com material institucional da DARPA: “DARPA research played a central role in launching the Information Revolution. The agency developed and furthered much of the conceptual basis for the ARPANET—the prototypical

concentrados em projetos militares, não eram estruturados com base em uma política clara de inovação tecnológica.³⁷¹

Já a política antitruste afetou significativamente o desenvolvimento do Sistema Nacional de Inovação norte-americano, ao influenciar tanto o tamanho quanto as estratégias tecnológicas dos agentes privados. Como já apontado, o primeiro movimento de aplicação vigorosa das regras do *Sherman Act* entre 1890 e 1910 levou a estratégias de concentração entre diversas empresas. É interessante notar que muitas dessas aquisições eram de pequenas empresas inovadoras por *players* já estabelecidos, os quais se utilizavam de seus laboratórios centrais para identificar as tecnologias mais promissoras desenvolvidas por entrantes e, dados os riscos de litígio em caso de contratos ‘restritivos ao comércio’, preferiam adquirir tais empresas ou suas patentes para acessar essas tecnologias a estabelecer arranjos cooperativos. Ademais, elevados investimentos em novas tecnologias para obtenção de patentes também foram estratégias adotadas por grandes empresas a fim de obter poder de mercado e resguardar suas posições de liderança sem infringir a legislação antitruste, interpretada de forma cada vez mais rígida pelos tribunais.³⁷²

communications network launched by DARPA nearly half a century ago, which led directly to the now ubiquitous Internet. DARPA also provided many of the essential advances that made possible today's computers and communications systems, including seminal technological achievements that support the speech recognition, touch-screen displays, accelerometers, and wireless capabilities at the core of today's smartphones and tablets. DARPA has also long been a leader in the development of artificial intelligence, machine intelligence and semi-autonomous systems. DARPA's efforts in this domain have focused primarily on military operations, including command and control, but the commercial sector has adopted and expanded upon many of the agency's results to develop wide-spread applications in fields as diverse as manufacturing, entertainment and education.” (DEFENSE ADVANCED RESEARCH PROJECTS AGENCY (DARPA), **DARPA Accomplishments: Seminal Contributions to National Security**, disponível em: <<http://www.darpa.mil/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=214748846>>, acesso em: 11 dez. 2014.)

³⁷¹ Cf. MOWERY; ROSENBERG, The U.S. National Innovation System., p. 30.

³⁷² Cf. *Ibid.*, p. 31-34, que apresentam a seguinte consideração sobre impactos das normas antitruste em suas décadas iniciais de vigência: “To the extent that federal antitrust policy contributed to industrial research investment by large firms during this period, the policy paradoxically may have aided the survival of these firms and the growth of a relatively stable, oligopolistic market structure in some U.S. manufacturing industries.” (p. 34).

Tal quadro teve importantes desenvolvimentos nas décadas do pós-guerra, com a já referida atuação vigorosa do DOJ nos anos 1950 e 60 após período menos intenso nos anos do *New Deal*. Precedentes como *Alcoa* elevavam o risco de a estratégia de *players* estabelecidos em identificar e adquirir tecnologias promissoras de empresas entrantes ser considerada forma de monopolização. Ademais, em 1950 foi aprovado o *Celler–Kefauver Act*, que tornou bem mais rígido o controle de estruturas ao também abranger compras de ativos, em adição às de participações societárias regradas desde o *Clayton Act* de 1914.³⁷³ Desse modo, empresas entrantes tinham menor probabilidade de serem adquiridas.

Duas transações judiciais (*consent decrees*) celebradas por grandes empresas com o DOJ no âmbito de ações antitruste também contribuíram para a atuação de empresas inovadoras entrantes. A primeira se deu entre o DOJ e a operadora de telecomunicações AT&T, após a empresa ser processada por alegada ‘monopolização’ e ‘restrição do comércio’ nos mercados de equipamentos telefônicos. Em tal transação, a empresa concordou em restringir sua atuação apenas à prestação de serviços de telecomunicações – em que detinha monopólio legal – e à produção de equipamentos necessários para a rede da AT&T (conhecida como *Bell System*). Desse modo, obrigou-se a não mais fabricar terminais telefônicos e outros equipamentos de comunicações, além de licenciar suas patentes vigentes e futuras a qualquer interessado.³⁷⁴

³⁷³ Vide MARTINEZ, Ana Paula, **Controle de concentrações econômicas e países em desenvolvimento: a necessidade de uma análise de custo-benefício**, Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009., p. 87 e ss. Cf. KOVACIC e SHAPIRO, o DOJ, com base na nova lei, reforçou sua atuação contra atos de concentração que considerava anticompetitivos, sendo o exemplo mais representativo o caso *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* (370 U.S. 294 (1962)), em que a Suprema Corte invalidou fusão que teria gerado sobreposição horizontal de 5% e grau de fechamento de mercado de menos de 2% (KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy*., p. 51).

³⁷⁴ Os detalhes sobre a transação judicial de 1956 constam da decisão de aprovação de outro *consent decree* da AT&T, celebrado em 1982 e conhecido como *Modified Final Judgement* – MFJ (*United States v. AT&T*, 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982)), o qual determinou o desinvestimento das operadoras de telefonia local do grupo, alterando completamente a dinâmica competitiva do setor de telecomunicações norte-americano (vide FARACO, Alexandre Ditzel, **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações**, São Paulo: Livraria Paulista, 2003., p. 81-91)

O outro *consent decree*, também de 1956, foi celebrado com a *International Business Machines* (IBM), em ação na qual a empresa foi acusada de monopolizar o mercado de máquinas de tabulação (*tabulating machines*, antecessoras dos computadores), ao se recusar a vender tais máquinas para os clientes, apenas alugando-as por preço que incluía a manutenção e o fornecimento de insumos. Isso impedia, na visão do DOJ, a entrada de novos fabricantes de máquinas e insumos, bem como de empresas de manutenção. A fim de terminar o litígio, a IBM concordou tanto em ofertar a venda de equipamentos, quanto também, e em especial, a licenciar a qualquer interessado suas patentes, de forma semelhante ao acordo entre o DOJ e a AT&T.³⁷⁵

Essas transações judiciais facilitaram a entrada de novas empresas em áreas então nascentes de alta tecnologia, como equipamentos de telecomunicações, computadores e microeletrônicos. Em primeiro lugar, a AT&T, com seu reconhecido laboratório central *Bell Labs*³⁷⁶, era uma das empresas com maior capacidade tecnológica e financeira em microeletrônica e informática, mas, por conta do *consent decree*, ficou impedida de atuar nesses mercados, dando espaço para novos entrantes. Ademais, as obrigações de licenciamento compulsório permitiram que qualquer entrante pudesse se utilizar das patentes dessas duas empresas líderes. O licenciamento compulsório da patente do transistor detida pela *Bell Labs*, por exemplo, permitiu que empresas como Intel e Texas Instruments pudessem desenvolver circuitos integrados, assim como viabilizou o lançamento de um dos primeiros produtos da japonesa Sony, um pequeno e inovador rádio de bolso. De igual modo, o acesso a patentes da IBM permitiu o surgimento de novos competidores na fabricação de terminais compatíveis com os *mainframes* da empresa líder.³⁷⁷

³⁷⁵ Cf. PHILLIPS, Charles F. Jr, Consent Decree in Antitrust Enforcement, The, **Washington and Lee Law Review**, v. 18, 1961., p. 52.

³⁷⁶ O *Bell Labs* era uma das principais instituições privadas de pesquisa tecnológica dos EUA, empregando milhares de cientistas e engenheiros. Diversas inovações relevantes foram desenvolvidas em seus laboratórios, como o transistor, o primeiro satélite de comunicação, o laser, as células fotovoltaicas, dentre outros. Nada menos que sete prêmios Nobel em Física foram conferidos a cientistas por trabalhos desenvolvidos nessa instituição (vide *ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, Bell Laboratories*, Encyclopædia Britannica Online, disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/59675/Bell-Laboratories>>, acesso em: 12 dez. 2014.

³⁷⁷ Cf. SABETY, Ted, Nanotechnology Innovation and the Patent Thicket: Which IP Policies Promote Growth, **Albany Law Journal of Science & Technology**, v. 15, p. 477, 2004., p. 492.

Ademais, agências federais como a DARPA não tinham restrições de contratar projetos de investimento em P&D junto a empresas pequenas e sem histórico operacional, e usualmente o faziam, o que contribuiu para a viabilidade inicial dessas empresas. Os grandes *players* estabelecidos continuaram a promover fortes investimentos em P&D, inclusive com o apoio dos diversos programas federais, tanto das Forças Armadas quanto, em menor grau, de outros órgãos governamentais. Em suma, a complementariedade entre essas políticas fez com que o SNI norte-americano contasse com diversos entrantes promovendo inovações tecnológicas radicais no surgimento de mercados de alta tecnologia como microeletrônica e informática, algo bastante peculiar aos EUA.³⁷⁸

Em resumo, o direito antitruste ao final desse período continha diversas restrições bastante rígidas quanto ao estabelecimento de arranjos cooperativos entre empresas, pelo aumento de hipóteses de ilicitude *per se* por parte da Suprema Corte ao decidir processos iniciados pelo DOJ. As motivações de tais decisões nem sempre eram claras e sistematizáveis entre si, havendo referências a diversos conceitos econômicos e políticos. As empresas estavam portanto sujeitas a um razoável grau de incerteza e a elevado risco ao buscar estabelecer arranjos colaborativos mais estáveis, pois podiam ser processadas por ‘*restraints of trade*’ sob risco de pagamento de *treble damages*. Ademais, empresas líderes em seus respectivos setores investiam pesadamente em P&D para manter sua posição de mercado, dado o risco de que aquisições de *players* menores fossem questionadas pelas autoridades.³⁷⁹ Este aspecto, em conjunto com *consent decrees* que determinaram o licenciamento compulsório de patentes detidas por grandes empresas de tecnologia, facilitou a entrada de novas empresas em setores nascentes como microeletrônica, comunicações e informática – setores esses que contavam com forte apoio de programas militares de P&D, os quais estavam abertos também a entrantes. Desse modo, o direito antitruste foi uma política decisiva na conformação do Sistema Nacional de Inovação dos EUA, ao influenciar o tamanho das empresas e suas estratégias de P&D, de maneira complementar aos programas federais de financiamento e incentivo à pesquisa capitaneados pelas Forças Armadas.

³⁷⁸ MOWERY; ROSENBERG, The U.S. National Innovation System., p. 49-50.

³⁷⁹ De acordo com HART, “[T]he threat of antitrust action constrained corporate strategy and day-to-day decision-making for R&D, mergers and acquisitions, and other matters of structure, conduct, and performance in this period” (HART, David M., Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000, *Research Policy*, v. 30, n. 6, p. 923–936, 2001., p. 929).

b. REFORMAS LEGISLATIVAS, GUIAS E SISTEMATIZAÇÃO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO: NOVA MATRIZ INSTITUCIONAL APLICÁVEL A ARRANJOS DE COOPERAÇÃO INTEREMPRESARIAL PARA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Mudanças na economia norte-americana ocorridas ao longo da década de 1970 motivaram discussões públicas a respeito da necessidade de alterações desse quadro. Em primeiro lugar, houve abertura expressiva para a atuação de empresas estrangeiras no país por meio de liberalização de tarifas de importação, de forma a aumentar a exposição das empresas locais à competição internacional. Empresas americanas, antes acostumadas a atuar em um grande mercado interno relativamente protegido de competição estrangeira, passaram a disputar clientes com *players* de outros países, especialmente do Japão e da Alemanha, que depois de mais de duas décadas de reconstrução recuperaram sua competitividade internacional.³⁸⁰ Por outro lado, esse mesmo mercado interno já não mais apresentava o mesmo dinamismo das décadas anteriores, com a desaceleração da produtividade e aumento da inflação. A percepção generalizada entre dirigentes políticos, empresários, técnicos governamentais e acadêmicos de que companhias norte-americanas estavam perdendo competitividade gerou ambiente propício para discussões sobre mudanças necessárias tanto na política antitruste³⁸¹ quanto na de fomento a P&D.³⁸²

Aspecto correlato para compreender as reformas a serem analisadas é a crítica, já apontada na Seção 2.B acima, de que a rígida política antitruste vigente nos EUA punha as empresas norte-americanas em desvantagem com suas (agora) competidoras japonesas e europeias, cujas jurisdições permitiriam ou até mesmo fomentariam arranjos cooperativos para desenvolvimento de inovações tecnológicas, inclusive entre concorrentes. Convém portanto, de forma bastante breve, apresentar alguns aspectos das regras presentes nesses países que motivavam tais críticas.

Em primeiro lugar, em nenhum desses países havia a disseminada prática de promoção de ações privadas de indenização com base nas normas de defesa da

³⁸⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Anticipating the 21st Century: Competition policy in the new high-tech, global marketplace*, Washington: Federal Trade Commission, 1996, p. 1-10.

³⁸¹ GERBER, *Global Competition Law.*, p. 163; CAMPOS, *Concorrência, cooperação e desenvolvimento.*, p. 307.

³⁸² MOWERY; ROSENBERG, *The U.S. National Innovation System*, p. 52-53; LINK, Albert N.; LINK, Jamie R., *Government as entrepreneur*, New York: Oxford University Press, 2009., cap. 2.

concorrência, muito menos com a previsão de algo parecido aos *treble damages* estabelecidos pelo *Clayton Act*. Trata-se até hoje de peculiaridade norte-americana, e que, portanto, em regra não impactava e ainda não impacta de maneira significativa a estratégia competitiva de empresas dessas jurisdições, exceto quando possuem subsidiárias ou exportam para os Estados Unidos.

Ademais, de fato havia regras antitruste que facilitavam arranjos colaborativos nesses outros países cujas empresas agora passavam a ameaçar a supremacia tecnológica e comercial norte-americana. Na Alemanha, que, como visto (Subseção 3.B.ii), teve sua lei concorrencial editada em 1956, havia proibição geral a cartéis, a qual era aplicada de maneira crescentemente rigorosa pelo BKA. Todavia, a própria GWB continha diversas exceções para tal proibição, por meio das quais o BKA poderia autorizar, por exemplo, cartéis de crise e acordos de racionalização produtiva.³⁸³ Ademais, em 1973 foi facilitada a formação de arranjos horizontais entre pequenas e médias empresas (*Mittelstandskartelle*)³⁸⁴, em contexto de ampla reforma da política de defesa da concorrência para incremento da competitividade da economia alemã.³⁸⁵

³⁸³ Vide GERBER, **Global Competition Law.**, p. 190-192. De acordo com EMMERICH, o projeto de lei original enviado pelo governo ao parlamento era bem mais rigoroso, mas estabeleceu-se no processo legislativo verdadeira *Glaubenskrieg* (guerra de convicções) a respeito da melhor configuração das restrições a arranjos colaborativos presentes de forma extensa na economia alemã desde que passou pela rápida industrialização ao final do século XIX e começo do século XX. (EMMERICH, Volker, **Kartellrecht**, 13. ed. München: Beck, 2014., p. 13.). Há que se notar que, antes da Segunda Guerra Mundial, os cartéis eram elementos constitutivos da economia alemã, e contavam inclusive com aprovação jurídica nesse e em outros países europeus (KRONSTEIN, Heinrich; LEIGHTON, Gertrude, *Cartel Control: A Record of Failure*, **The Yale Law Journal**, v. 55, n. 2, p. 297, 1946; SCHRÖTER, H. G., *Kartellierung und Dekartellierung 1890 — 1990*, **VSWG: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, v. 81, n. 4, p. 457-493, 1994). Não à toa, a palavra ‘cartel’ tem origem alemã: a partir do final do século XIX, o termo *Kartell* passou a ser empregado na Alemanha para denominar arranjos entre empresas de um mesmo setor, fenômeno contemporâneo ao forte desenvolvimento industrial verificado naquele país (cf. LEONHARDT, Holm Arno, **Zum Bedeutungswandel des Kartellbegriffs und zu seiner Anwendbarkeit auf nichtwirtschaftliche Kooperationsformen**, Hildesheim: Universität Hildesheim - Institut für Geschichte, 2009.) A partir do alemão, o vocábulo veio a ser adotado em outras línguas para tratar de acordos entre concorrentes para restringir a rivalidade entre si (cf. verbete ‘Cartel’, in: **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2012).

³⁸⁴ Essa alteração se deu pela *Zweite GWB-Novelle*, já referida no item 3.B.ii acima (vide nota de rodapé 293). Tratou-se de reforma extensa da GWB, decorrente de projeto de lei enviado pelo governo ao parlamento que teve como uma das justificativas explícitas o aumento da competitividade das empresas alemãs – inclusive as de médio e pequeno porte – em mercados estrangeiros, com destaque para o mercado comum europeu então em construção (vide Deutscher Bundestag Drucksache 7/76; e GERBER, **Global Competition Law.**, p. 196). Tal isenção ainda encontra-se em vigor (GWB, § 3).

³⁸⁵ Por meio da *Zweite GWB-Novelle*, foi formalizada importante mudança na política de concorrência do pós-guerra: da defesa do modelo de concorrência perfeita referendado pelo Ordoliberalismo da Escola de Freiburg, vigente desde a fundação da *Bundesrepublik*, passou-se a ter como diretriz uma ‘concorrência operacional’ (*Funktionfähiger Wettbewerb* ou *workable competition*), que suportava esforços de cooperação interempresarial para incremento da inovação tecnológica, por considerá-los compatíveis com

Outros países europeus não possuíam sequer regras muito eficazes de defesa da concorrência à essa época. O principal impulso para adoção de legislações nacionais veio do processo de integração regional, que teve em seu desenvolvimento posterior maior alocação de responsabilidades pela aplicação do direito concorrencial aos países-membros.³⁸⁶ Em nível comunitário, as regras concorrenciais do Tratado de Roma, também de 1956, só passaram a ter eficácia a partir de 1962³⁸⁷, e mesmo a partir de então a Comissão Europeia teve atuação mais discreta nos primeiros anos. Já em 1968, foi editado comunicado da Comissão a respeito de sua posição favorável a diversos tipos de arranjos cooperativos entre empresas, incluindo de P&D e de uso comum de instalações, o qual indicava explicitamente a desnecessidade de tais acordos serem notificados à Comissão para outorga de isenção, nos termos do Tratado.³⁸⁸ Ao longo da década de 1970, a Comissão passou a editar isenções por categoria (*block exemptions*) a diversos conjuntos de contratos horizontais e verticais, o que, na prática, isentava esse tipo de acordo do risco de ser contestado sob as normas concorrenciais.³⁸⁹

Por fim, no Japão a lei concorrencial foi aprovada como consequência direta da ocupação militar norte-americana após a Segunda Guerra Mundial, sem contar com apoio político interno.³⁹⁰ Logo após a desocupação, o parlamento japonês aprovou medidas para torná-la menos eficaz, e assim ela permaneceu por várias décadas até os anos 1990.³⁹¹ Ao mesmo tempo, o poderoso ministério de comércio e indústria japonês, conhecido como MITI, coordenou o esforço de reconstrução econômica nas décadas do pós-guerra, havendo pouco espaço para atuação da autoridade concorrencial, o JFTC. O antitruste era aplicado de maneira pouco intensa e seletiva, havendo amplo emprego de

medidas macroeconômicas de promoção do crescimento econômico e do nível de empregos (vide AMBROSIUS, Gerold, Die Entwicklung des Wettbewerbs als wirtschaftspolitisch relevante Norm und Ordnungsprinzip in Deutschland seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, **Jahrbuch für Sozialwissenschaft**, v. 32, n. 2, p. 154–201, 1981).

³⁸⁶ GERBER, **Global Competition Law.**, p. 197 e ss.

³⁸⁷ A partir da entrada em vigor do Regulamento (CEE) nº 17 do Conselho, em 13.03.1962.

³⁸⁸ *Comunicação relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas respeitantes à cooperação entre empresas*, Jornal Oficial nº C 075 de 29/07/1968.

³⁸⁹ Cf. GERBER, **Global Competition Law.**, p. 207-208; JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, **EC Competition Law**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 246-251; EMMERICH, **Kartellrecht.**, p. 16. Para uma descrição detalhada sobre o regime de isenções vigente na Europa no início da década de 1980 para JVs de P&D, vide AUGUSTYN, *Antitrust Analysis of Joint Research and Development Agreements in the European Economic Community and the United States*, An.

³⁹⁰ WELLS, **Antitrust and the Formation of the Postwar World.**, cap. 5.

³⁹¹ GERBER, **Global Competition Law.**, p. 234.

cartéis de exportação e de racionalização, fomentados pelo MITI.³⁹² Por fim, quanto a arranjos para pesquisa e desenvolvimento, havia claro apoio do governo japonês para cooperações interempresariais, com base em legislação editada em 1961 e por meio de diversos programas de financiamento.³⁹³

O quadro de insatisfação com o desempenho mais fraco da economia americana e a competição com *players* estrangeiros que podiam conjugar esforços entre si para inovar sem temer responsabilização sob as normas antitruste de seus respectivos países gerou dois movimentos que alteraram de maneira significativa o regime jurídico aplicável a arranjos de governança cooperativos nos Estados Unidos. Utilizando-se da classificação feita por WILLIAMSON constante na Tabela 1 acima, pode-se dizer que o primeiro se deu no campo das instituições informais, mais precisamente no sistema de convicções (*belief system*) dos aplicadores do direito concorrencial norte-americano: a ampla aceitação dos postulados da assim chamada Escola de Chicago por advogados, autoridades e juízes, a qual alterou profundamente os fundamentos normativos empregados para motivar ações e decisões antitruste, sem que tenha havido maiores mudanças das principais normas antitruste, i.e., do *Sherman Act*, *Clayton Act* e *FTC Act*.

Já o segundo, de maior relevância para o presente estudo, ocorreu no nível das instituições formais e consistiu em medidas legislativas adotadas no âmbito de uma nova política de inovação tecnológica iniciada no governo Jimmy Carter (1977-1981) com vistas a sistematizar e aprimorar as ações de fomento do governo federal, e, assim, incrementar a competitividade das empresas norte-americanas no novo contexto de competição com *players* estrangeiros.

i. A Escola de Chicago

A Escola de Chicago (*Chicago School*) está na raiz do movimento intelectual da *Law and Economics* referido acima³⁹⁴, e teve início naquela faculdade norte-americana em crítica à Escola de Harvard, considerada excessivamente intervencionista ao motivar a atuação vigorosa do DOJ ao longo dos anos 1950 e 60. As críticas apresentadas pelos principais expoentes dessa Escola de pensamento – Director, Bowman, Bork, McGee,

³⁹² AMSDEN; SINGH, The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea.

³⁹³ Descrição detalhada sobre a política de fomento a parcerias empresariais no Japão consta em SUZUMURA; GOTO, Collaborative R&D and Competition Policy: Economic Analysis in the light of Japanese experience.

³⁹⁴ Vide nota de rodapé 232, página 83 acima.

Posner e Stigler – impactaram profundamente o direito antitruste norte-americano e se fazem presentes nas atuais características dessa disciplina jurídica.³⁹⁵

Em termos bastante sintéticos, as principais proposições dessa Escola para o antitruste são três. Em primeiro lugar, a teoria econômica deveria prover as bases normativas para o direito concorrencial, em lugar de outras preocupações como liberdade econômica ou proteção a pequenas empresas. Os objetivos e os métodos de aplicação das normas antitruste deveriam ser estipulados em termos de conceitos econômicos. Em segundo lugar, a teoria econômica a servir tal propósito deveria ser a microeconomia neoclássica, de forma que a principal preocupação da política de defesa da concorrência deveria ser com o impacto de concentrações e condutas nos preços. Em terceiro lugar, e consistente com as proposições anteriores, o principal objetivo do antitruste seria o aumento da eficiência alocativa, traduzida pelos autores afiliados a essa Escola como bem-estar do consumidor (*consumer welfare*). Tendo em conta as fortes presunções existentes na economia neoclássica a respeito do bom funcionamento do mercado, aspecto correlato dessa abordagem era de que intervenções estatais tendiam a gerar distorções artificiais e custosas, e que diversas condutas consideradas anticompetitivas eram, em verdade, estratégias adotadas pelas empresas para aumentar eficiência econômica.³⁹⁶

Os postulados da Escola de Chicago ganharam ampla aceitação ao longo dos anos 1970 e 80 nos EUA. Fatores relevantes para tanto foram i) a insatisfação com a complexidade do direito antitruste resultante ao final de seus primeiros 80 anos de vigência, especialmente quanto à onerosidade imposta às empresas que agora se viam em concorrência com *players* de países que não possuíam normas tão rígidas; ii) a atratividade de um conjunto articulado e coerente de parâmetros para balizar a política antitruste; e iii) o suporte do governo do Presidente Ronald Reagan, que tinha como clara diretriz uma política antitruste menos rígida.³⁹⁷ A partir de então, diversas decisões da Suprema Corte passaram a destacar a importância da análise econômica e de

³⁹⁵ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy**, p. 59: “[From] the Chicago School, which was in large part energized by the expansive antitrust policy of the 1950’s and 1960’s (...), we are speaking not of history but of the current policy, and that is the subject of the rest of this book”.

³⁹⁶ Cf. GERBER, **Global Competition Law**, p. 163-164 e FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, p. 163-178. Vide apresentação dos principais postulados da teoria econômica neoclássica na Seção 1.B acima.

³⁹⁷ GERBER, **Global Competition Law**, p. 164; ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B., **Economic Doctrines and Approaches to Antitrust**, Bloomington: Indiana University, 2011., p. 11; JACOBS, Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, An., p. 237-238.

considerações sobre a eficiência para a resolução de casos antitruste, o que levou a que certas presunções de ilicitude *per se* passassem a ser analisadas sob a regra da razão, especialmente em relação a arranjos verticais, a começar pelo paradigmático caso *Sylvania*, de 1977.³⁹⁸

O principal impacto da Escola de Chicago para o presente estudo é o fato de a política antitruste dos EUA a partir da década de 1970 passar a ter como substrato teórico relevante (embora não exclusivo) a microeconomia de viés neoclássico, a qual, como constatado na Seção 1.B acima, apresenta dificuldades para lidar com o complexo fenômeno da inovação. Novas iniciativas adotadas pelos órgãos federais de defesa da concorrência passaram a empregar os parâmetros analíticos da economia neoclássica. Ademais, diversos precedentes relevantes dos tribunais superiores e da Suprema Corte adotaram a literatura de *Law and Economics* como inspiração. Por fim, dada a preeminência do antitruste norte-americano em nível global, a influência da microeconomia neoclássica em outros regimes de defesa da concorrência também se fez presente, como na União Europeia e no Brasil.

Duas observações decorrem do parágrafo anterior. A primeira é de que a Escola de Chicago não obteve exclusividade na provisão de instrumentos analíticos para o direito antitruste.³⁹⁹ Como evidência de fatores de *path dependence* presentes na evolução de regimes jurídicos, diversos instrumentos inspirados pela Escola de Harvard se mantiveram, com destaque para a abordagem ECD na avaliação do impacto de fusões empregada até hoje por parte do DOJ e do FTC.⁴⁰⁰ De igual modo, nem todos os precedentes a estabelecer a presunção da ilicitude *per se* foram reformados, e mesmo em decisões mais recentes a Suprema Corte ainda emprega preceitos da Escola de Harvard.⁴⁰¹

³⁹⁸ *Continental T. V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* (433 U.S. 36 [1977]), pelo qual a Suprema Corte entendeu que todas as restrições verticais referentes a aspectos outros que não o preço deveriam ser analisadas pela regra da razão, citando diversos autores filiados à Escola de Chicago. Sobre outras decisões influenciadas por esse movimento, vide KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy*, p. 52-54.

³⁹⁹ Vide artigo de AUDRETSCH, escrito ainda em 1988: “[A] reading of contemporary antitrust literature reveals that any such claim to [Chicago School] ascendancy is premature; there is as yet no singular antitrust paradigm. Discordance is alive and well in antitrust.” AUDRETSCH, David B., *Divergent Views in Antitrust Economics*, **Antitrust Bulletin**, v. 33, p. 135, 1988., p. 136.

⁴⁰⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy**, p. 42-47.

⁴⁰¹ Cf. ELHAUGE, Einer Richard, **Harvard, not Chicago: Which antitrust school drives recent Supreme Court decisions?**, Cambridge: Harvard Law School - John M. Olin Center For Law, Economics, And Business, 2007.

A segunda é de que a jurisprudência da Suprema Corte desse período não estabeleceu um parâmetro claro para análise de arranjos horizontais e de cooperação, i.e., não houve uma pretensa adoção uniforme de todas as recomendações da Escola de Chicago a ponto de prover critérios unívocos de avaliação desses arranjos. De acordo com KOVACIC e SHAPIRO:

“Supreme Court decisions of this period concerning rules for collusion and cooperation by firms reflect tension between cases favoring the absolutist approach of *Socony* (1940)-such as *Arizona v. Maricopa County Medical Society* (457 U.S. 332 [1982]) and *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association* (493 U.S. 411 [1990])-and those endorsing a fuller rule of reason analysis, such as *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* (441 U.S. 1 [1979]) and *NCAA v. Board of Regents* (468 U.S. 84 [1984]). Although the Court has not yet reconciled this tension, most of its decisions in this period perceived the need for an analytical middle ground between per se condemnation and elaborate rule of reason analysis, as in *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* (476 U.S. 447 [1986])”.⁴⁰² (grifo nosso)

É nesse contexto de incerteza do regime aplicável a cooperações empresariais e de forte crítica ao direito antitruste então vigente motivado por mudanças na economia norte-americana que se dá o segundo e mais importante movimento a ser analisado nesta seção: as diversas medidas legislativas adotadas no âmbito de uma nova política de inovação tecnológica nas décadas de 1980 e 90, da qual o antitruste foi parte relevante.

ii. *Isenções antitruste por reformas legislativas como instrumentos de política de inovação tecnológica: reforma da matriz institucional aplicável a processos de inovação*

Entre os anos de 1978 e 1979, foi elaborado por órgãos do governo norte-americano com ampla participação da comunidade empresarial um detalhado estudo a respeito dos fatores a impactar a competitividade das empresas daquele país, denominado ‘*Domestic Policy Review of Industrial Innovation*’ (DPR). Como resultado de tais estudos, o Presidente Jimmy Carter enviou ao Congresso em 31 de outubro de 1979 mensagem com as principais medidas a serem adotadas em seu governo para fomentar a capacidade de inovação tecnológica das empresas do país.⁴⁰³

⁴⁰² KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy*., p. 53-54.

⁴⁰³ CARTER, Jimmy, **Letter from Jimmy Carter to the Congress of the United States, 10-31-1979**, disponível em: <http://bayhdolecentral.com/bremmerPDF/Letter_from_Jimmy_Carter_to_the_Congress_of_the_United_States,_10-31-1979.pdf>, acesso em: 10 dez. 2014.

As medidas adotadas sob o DPR representaram uma importante mudança de paradigma pois, até então, não havia em verdade uma efetiva política estruturada de inovação tecnológica nos EUA. Os investimentos federais em P&D, multiplicados durante a Segunda Guerra Mundial e mantidos nas décadas seguintes sob a recomendação constante do relatório de Vannevar Bush, não seguiam uma diretriz econômica clara.⁴⁰⁴ O DPR buscou sistematizar tais mecanismos de fomento direto – via investimentos em programas de P&D – e integrá-los a outros instrumentos jurídicos indiretos, de forma a contribuir para um ambiente adequado aplicável a programas de inovação das empresas. De acordo com TURNER, em artigo de 2006:

“In 1979, President Carter’s Domestic Policy Review on Industrial Innovation (DPR) provided a road map for optimizing U.S. society for innovation and for responding to Japan’s industrial policy. While the DPR benefited from earlier studies, it proved to be the right study at the right time. It championed cooperation among industry, universities, and the government, then a fresh idea, and promoted cooperative research among U.S. companies. And it systematically examined federal policies to see what changes in law and administration policy were needed to permit American researchers from all sectors to work together. The resulting changes were neither entirely new ideas nor immediate, and innovation policy had different emphases in each successive presidential administration. But, looking back, it is clear that the DPR proposals led to revolutionary changes, both within companies and in the ways they relate to other companies and universities —and thus provided the nation with a significant competitive advantage”.⁴⁰⁵ (grifo nosso)

O caráter revolucionário do DPR se manifestou em diversos aspectos. Dentre as nove áreas abrangidas, constaram iniciativas para o incremento da interação entre empresas, universidades e centros de pesquisa, associadas a novos mecanismos e instituições para a transferência de tecnologia entre entes estatais e empresas⁴⁰⁶; uma

⁴⁰⁴ MOWERY e ROSENBERG, escrevendo em 1993, afirmam: “Although it has invested large sums in R&D throughout the postwar period, the US federal government had not based this investment on any economic strategy. The fragmented structure of R&D programs’ finance and administration in both the Executive branch and Congress has supported a high degree of pluralism and diversity in publicly funded R&D programs. Conversely, however, this structure has precluded any comprehensive oversight of the structure or economic effects of publicly financed R&D.” (MOWERY; ROSENBERG, *The U.S. National Innovation System.*, p. 29) . Vide também BROOKS, Harvey, National science policy and technological innovation, *in*: LANDAU, Ralph; ROSENBERG, Nathan (Orgs.), **The positive sum strategy: Harnessing technology for economic growth**, Washington: National Academy of Sciences, 1986, p. 119–167., p. 124-126.

⁴⁰⁵ TURNER, James, The next innovation revolution: laying the groundwork for the United States, **innovations**, v. 1, n. 2, p. 123–144, 2006., p. 126.

⁴⁰⁶ Tais iniciativas conduziram à aprovação do *Bayh-Dole Act* em 1980, lei que determinou que a titularidade de patentes resultantes de pesquisas custeadas pelos programas federais de financiamento de P&D seriam de universidades e centros de pesquisa, e não das agências financiadoras. Essa medida institucional, coordenada com outras, foi crucial para aumentar incentivos para novas pesquisas e estimular parcerias entre esses centros de pesquisa e empresas privadas, gerando uma nova onda de inovações que incrementou a capacidade competitiva de empresas norte-americanas (vide MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ABDAL, Alexandre, Estados Unidos: mudanças jurídico-institucionais e

reforma abrangente para unificar a política federal de patentes; apoio a pequenas empresas inovadoras⁴⁰⁷, dentre outras medidas.⁴⁰⁸

Em especial, o DPR continha medidas de política antitruste como parte integrante da política pública de inovação tecnológica. De acordo com a mensagem presidencial de outubro de 1979, a pesquisa sob o DPR constatou que as normas antitruste então vigentes geravam dúvidas e riscos relevantes para agentes econômicos sobre como poderiam cooperar entre si para o desenvolvimento de pesquisas, o que dificultava iniciativas de cooperação.⁴⁰⁹

Tendo em conta essa constatação, a mensagem presidencial determinou a edição, pelo DOJ, de guia com esclarecimentos a respeito de sua posição quanto à colaboração entre empresas para projetos de pesquisa e desenvolvimento, bem como a realização de fóruns de discussão entre o DOJ, o FTC e representantes da indústria a fim de evitar a percepção de que a política antitruste inibiria iniciativas colaborativas inovadoras.⁴¹⁰

O DOJ editou o guia um ano depois, em novembro de 1980, denominado *Antitrust guide concerning research joint ventures*, o qual continha orientações detalhadas sobre esse tipo de cooperação interempresarial.⁴¹¹ Com mais de cem páginas, o guia continha o posicionamento consolidado então vigente do órgão, tanto para JVs societárias quanto contratuais, apontando os principais fatores considerados na avaliação desse tipo de arranjo, tais como grau de concentração da indústria, a participação ou não de competidores como parceiros, as justificativas econômicas para restrições acessórias, as barreiras à entrada observáveis no mercado, o escopo e o tempo

inovação, in: ARBIX, Glauco *et al* (Orgs.), **Inovação: estratégias de sete países**, Brasília: ABDI, 2010, p. 92–121.) Ademais, o *Bayh-Dole Act* serviu de clara inspiração à Lei de Inovação brasileira (Lei 10.973/2004).

⁴⁰⁷ Para uma detalhada análise de como as propostas originais do DPR resultaram em medidas legislativas e institucionais que ampliaram o papel das pequenas empresas no Sistema Nacional de Inovação norte-americano, vide KELLER, Matthew R.; BLOCK, Fred, Explaining the transformation in the US innovation system: the impact of a small government program, **Socio-Economic Review**, 2012.

⁴⁰⁸ Diversas dessas medidas, embora inicialmente consideradas no governo democrata de Jimmy Carter, foram implementadas ao longo dos governos republicanos (e conservadores) de Reagan e Bush (cf. BLOCK, *Swimming Against the Current*, p. 179-181).

⁴⁰⁹ “4. CLARIFYING ANTI-TRUST POLICY: By spurring competition anti-trust policies can provide a stimulant to the development of innovations. In some cases, however, such as in research, industrial cooperation may have clear social and economic benefits for the country. Unfortunately, our anti-trust laws are often mistakenly viewed as preventing all cooperative activity.” CARTER, **Letter from Jimmy Carter to the Congress of the United States, 10-31-1979**, p. 3.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁴¹¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Antitrust guide concerning research joint ventures**, Washington: U.S. G.P.O., 1980.

de duração da parceria, bem como o número e o tamanho relativo de empresas participantes. O guia também continha oito exemplos hipotéticos de colaborações entre empresas para P&D abrangendo as situações mais relevantes e complexas, acompanhados da avaliação do DOJ para cada um, inclusive com possíveis variações que poderiam torná-los mais ou menos preocupantes. Ao final, o guia apresentava resumos de opiniões emitidas pelo DOJ em consultas formuladas por empresas e associações em situações duvidosas, em procedimento denominado ‘*business review procedure*’.

As discussões públicas geradas pelas diversas medidas do DPR em geral e pelo guia do DOJ em particular motivaram congressistas – muitas vezes apoiados por associações empresariais – a apresentar ao menos três projetos de lei (*bills*) nos anos de 1982 e 1983 (já sob a presidência de Ronald Reagan) para alterar a legislação antitruste, tendo em conta duas insuficiências identificadas no *Antitrust guide*: seu caráter meramente opinativo, que não vinculava os tribunais ou mesmo o próprio DOJ no futuro; e a manutenção do risco de *treble damages* em ações judiciais movidas por agentes privados. As discussões sobre tais propostas de lei contaram com ampla participação de integrantes da indústria, de acadêmicos e de integrantes do governo federal (inclusive do DOJ), sendo que este apoiou explicitamente ajustes na legislação antitruste a fim de facilitar a formação de *joint ventures* de P&D.⁴¹² A contribuição do Secretário de Comércio nas audiências públicas realizadas no Senado para discutir tais projetos de lei resume bem os fatores preponderantes a motivá-los:

“Our major trading partners have focused collaborative efforts on research and development in high technology industries. Through permissible arrangements under their antitrust laws these countries and the European Economic Community have targeted for intensive joint research and development certain hi-tech industries, where the U.S. has a technological lead. (...) The antitrust risks perceived by U.S. companies in conducting joint research and development has persisted despite the Department of Justice "Antitrust Guide Concerning Research Joint Ventures", which attempts to clarify how the antitrust laws apply to a given set of facts. For one thing, guidelines by their nature have to be somewhat ambiguous to allow room for flexibility of enforcement policies which can vary from one Administration to the next. There is a limit to how much any given statute can be clarified by guidelines or through the [business] review procedure to get desired results in the antitrust area given the role of the courts and the general language of the Sherman and Clayton Acts. (...) Mr. Chairman, the risk of treble damage liability has inhibited collaborative R&D and has placed U.S. industry at a disadvantage in the international marketplace. Therefore, I am pleased that both this

⁴¹² Cf. relatório preparado pelo Senado a respeito dos diversos projetos de lei, contendo as contribuições de todos os participantes das audiências: U.S. SENATE, **The National Productivity and Innovation Act and related legislation : hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-eighth Congress**, Washington: U.S. G.P.O., 1984.

Administration and members of Congress are in agreement as to the need to change our antitrust laws to address this problem”.⁴¹³ (grifo nosso)

Após ajustes e consolidações desses projetos de lei, foi aprovado em outubro de 1984 o *National Cooperative Research Act* – NCRA.⁴¹⁴ Tal diploma continha, em sua redação original, quatro medidas principais. Em primeiro lugar, havia determinação de que *joint ventures* de P&D (devidamente definidas e com características delimitadas em lei) fossem necessariamente avaliadas pelo Judiciário sob a regra da razão, e não como ilícitas *per se* em ações judiciais que lhes contestassem a licitude sob as normas antitruste. Ademais, determinou que, caso o réu prevalecesse nessas ações, faria jus ao ressarcimento de honorários advocatícios, uma exceção à regra geral vigente. O NCRA também estabeleceu mecanismo de *registro* de *joint ventures* de P&D junto ao DOJ e ao FTC, por meio do qual qualquer das partes de um tal arranjo poderia apresentar seus principais detalhes às autoridades de concorrência, que então deveriam publicar no órgão de publicação oficial (*Federal Register*) breve edital a respeito da operação – sem qualquer análise quanto ao seu mérito. Por fim, e mais relevante, o NCRA previu isenção da responsabilidade por *treble damages* para as partes de *joint ventures* comunicadas às autoridades e publicadas no *Federal Register*; caso eventual ação privada de indenização contra a JV (facilitada pela publicação na imprensa oficial) fosse bem-sucedida na declaração da sua ilicitude, o autor faria jus apenas a indenização simples, e não triplicada.

O NCRA teve impactos significativos no sistema de inovação dos EUA. Sua aprovação viabilizou diversos projetos de ampla cooperação interempresarial em indústrias de alta tecnologia, com destaque para a SEMATECH (*Semiconductor Manufacturing Technology Consortium*), consórcio de P&D entre quatorze das principais empresas de microeletrônica do país⁴¹⁵ que foi constituído com participação financeira da DARPA em 1986 para o desenvolvimento de tecnologias de

⁴¹³ *Ibid.*, p. 12-14.

⁴¹⁴ Public Law 98-462.

⁴¹⁵ A maioria dessas empresas se desenvolveu com base no acesso às patentes da AT&T por conta do licenciamento compulsório determinado em 1956 no *consent decree* celebrado com o DOJ, descrito na Subseção 4.A. acima (vide THORNBERRY, Jon B., *Competition and Cooperation: A Comparative Analysis of SEMATECH and the VLSI Research Project*, *Enterprise and Society*, v. 3, n. 4, p. 657–686, 2002., p. 682-683).

semicondutores e *chips* de memória⁴¹⁶, e considerado vital para a manutenção da liderança norte-americana nesse setor.⁴¹⁷ Também a MCC (*Microelectronics and Computer Technology Corp.*), *joint venture* entre diversas empresas de informática para pesquisas na área de computação, teve seu funcionamento garantido pelo NCRA.⁴¹⁸ Ambas as iniciativas visavam fazer frente aos avanços das empresas japonesas nessas áreas.⁴¹⁹⁻⁴²⁰ O NCRA também foi fundamental para o estabelecimento de diversos consórcios de pesquisa para investigação de tecnologias para a TV digital de alta definição.⁴²¹ Diversas outras parcerias para P&D foram registradas no DOJ e FTC nos anos posteriores à edição do NCRA.⁴²²

O NCRA também teve papel relevante no desenvolvimento do direito antitruste norte-americano. Diversos setores da economia sujeitos a forte regulação estatal já contavam com isenções parciais ou totais, com base em medidas legislativas explícitas ou doutrinas criadas jurisprudencialmente como as da *State Action* e *Pervasive Power*.⁴²³ Ademais, cooperações entre pequenas empresas para desenvolvimento tecnológico poderiam desde 1958 ser imunizadas de responsabilidade antitruste se aprovadas pela

⁴¹⁶ Vide MOWERY; ROSENBERG, *The U.S. National Innovation System.*, p. 59. A constituição da SEMATECH foi uma das motivações centrais na aprovação do NCRA (cf. TURNER, *The next innovation revolution.*, p. 128).

⁴¹⁷ A SEMATECH contava com 100 milhões de dólares anuais da DARPA e foi bem-sucedida em manter e ampliar a competitividade das empresas norte-americanas nesse setor (BLOCK, *Swimming Against the Current.*, p. 181-182; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Anticipating the 21st Century.*, p. 33). Tal consórcio ainda está em funcionamento, embora não mais conte com subsídio estatal – vide <<http://public.sematech.org>> (acesso em 16.12.2014).

⁴¹⁸ Cf. MOWERY, David, *The changing structure of the US national innovation system: implications for international conflict and cooperation in R&D policy*, **Research Policy**, v. 27, n. 6, p. 639–654, 1998., p. 643.

⁴¹⁹ A SEMATECH, por exemplo, foi claramente inspirada na iniciativa do governo japonês denominada VLSI (*Very Large Scale Integration Research Project*) (vide THORNBERRY, *Competition and Cooperation.*).

⁴²⁰ Tanto a constituição da SEMATECH quanto da MCC são referidas nas audiências do Congresso norte-americano que precederam a aprovação do NCRA: vide U.S. SENATE, **The National Productivity and Innovation Act and related legislation.**, p. 164.

⁴²¹ BRAUN, Mark J., *Research joint ventures and the development of digital HDTV*, **Journal of Broadcasting & Electronic Media**, v. 39, n. 3, p. 390–407, 1995. Todavia, não foi possível aos integrantes da indústria norte-americana chegar a um consenso quanto a uma normalização técnica para a nova tecnologia, mesmo com a participação do governo, razão pela qual não se estabeleceu um padrão norte-americano para essa tecnologia, ao contrário do que ocorreu no Japão e na Europa (cf. BLOCK, *Swimming Against the Current.*, p. 193).

⁴²² MOWERY; ROSENBERG, *The U.S. National Innovation System.*, p. 59.

⁴²³ Para mais detalhes sobre essas doutrinas, bem como setores com isenções previstas em lei, vide HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy.**; p. 712-760; GAVIL; KOVACIC; BAKER, **Antitrust Law in Perspective.**, p. 1061-1085; ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, **Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law**, Chicago: American Bar Association, 2007.

Small Business Administration em conjunto com o DOJ e após publicação no *Federal Register*.⁴²⁴ Todavia, ao prover isenção parcial permanente para um potencial conjunto amplo de transações quanto a elemento central do antitruste norte-americano – as *treble damages* – mediante simples registro e publicação (i.e., sem análise de mérito), independentemente do tamanho das empresas participantes e de seu setor de atuação, o NCRA representou um importante ponto de inflexão.

Tratou-se de clara sinalização do Congresso, com apoio explícito do Poder Executivo, de que parcerias entre empresas para desenvolvimento tecnológico eram a princípio consideradas benéficas, tanto pela nascente política de inovação quanto sob as regras antitruste, observados determinados cuidados previstos em lei e recomendados no *Antitrust guide* do DOJ.⁴²⁵ Advogados internos e externos, que outrora orientavam seus clientes quanto aos elevados riscos envolvidos nesse tipo de arranjo por conta de critérios pouco claros desenvolvidos pela jurisprudência e os incentivos para proposição de ações privadas em decorrência dos *treble damages*, poderiam então identificar elementos mais precisos considerando a regra da razão aplicável a qualquer *joint venture* de P&D, havendo a opção de apresentá-la às autoridades e divulgá-la em troca de uma imunidade parcial, com sensível diminuição dos riscos.⁴²⁶ De acordo com HART, a aprovação do NCRA representou, em verdade, o fim do consenso por uma política antitruste desconcentraccionista (inspirada pela Escola de Harvard), motivado pela emergência da competição japonesa em setores de alta tecnologia; assim, medidas que antes eram prontamente tidas como fomentadoras de concentração e conluio e

⁴²⁴ Cf. *Small Business Act*, Public Law 85-536, ainda vigente (15 U.S. Code 638.d.).

⁴²⁵ Sobre a já referida função do direito como mecanismo de sinalização de apoio estatal a determinados arranjos, vide página 94 acima. Vide também, nesse sentido, a contribuição do representante da *National Science Foundation*, principal agência governamental de fomento a pesquisa básica, nas audiências que precederam o NCRA: “What we think is primarily needed at this time is just a signal to the lawyers and businessmen who have to decide about R&D joint ventures that the Government does not consider those R&D joint ventures in the same breath with other kinds of corporate collaboration that their counsel have been telling them to be worried about.” (U.S. SENATE, **The National Productivity and Innovation Act and related legislation.**, p. 226).

⁴²⁶ Cf. TURNER, *The next innovation revolution.*, p. 128: “NCRA reversed the burden of proof in joint research antitrust cases, whether basic or applied, and thus removed the incentive for private parties to bring joint research antitrust cases. In doing so, NCRA began a chain of events that may have had even a larger impact on how technology-based businesses operate than Bayh-Dole had on universities. Overnight, attorneys changed their advice and joint research became fashionable. Large companies that had virtually no industrial partners in 1984 had acquired thousands by the early 1990s. In turn, many small high-technology businesses started up, partnering with large businesses that could now legally be major consumers of their research and development results.”

supressoras de inovação passaram a ser vistas como pró-competitivas no mercado global.⁴²⁷

O mesmo autor chama ainda atenção para o fato de a Escola de Chicago ter pouco contribuído para as discussões que levaram à aprovação do NCRA, exceto pelo seu apoio a qualquer medida menos intervencionista. Como destaca HART, e em linha com a análise empreendida nas Seções 1.B e 2.B acima, a teoria neoclássica esposada por essa Escola pouco diz sobre arranjos interempresariais para desenvolvimento tecnológico; suporte a esse tipo de arranjo está mais relacionado à hipótese schumpeteriana de que a inovação tecnológica depende, em alguma medida, de detenção de poder de mercado e de restrições à concorrência.⁴²⁸ Ademais, ante a premissa ortodoxa de racionalidade completa dos agentes econômicos, não faria qualquer sentido promover uma alteração legislativa sob o argumento constante na mensagem do Presidente Carter e nas discussões no Congresso de que empresas tinham uma mera ‘impressão’ de que as normas antitruste impediriam colaborações para P&D.⁴²⁹ Já sob a abordagem neoschumpeteriana, que reconhece a incapacidade de agentes econômicos lidarem e estimarem adequadamente todos os riscos envolvidos em processos complexos como o de inovação, é bem mais plausível essa justificativa para a adoção de instituição formal que diminui a incerteza e o risco de litígio antitruste a fim de que empresas possam concentrar sua (limitada) capacidade computacional para estruturar tais projetos.⁴³⁰

A aprovação do NCRA é também um exemplo extremamente interessante de mudança institucional afetada pelos fatores analisados no Capítulo 3 acima, e que lida com a tensão entre concorrência e cooperação ínsita à inovação tecnológica, tratada na Parte I deste trabalho. Mudanças na escala de mercados aumentam a pressão competitiva sobre empresas, que, ao constatar que competidores estrangeiros dispõem de certas vantagens institucionais, pressionam o governo para alterar instituições formais. O governo norte-americano, preocupado com a competitividade internacional

⁴²⁷ HART, Antitrust and technological innovation in the US., p. 930.

⁴²⁸ *Ibid.*; vide também KATTAN, Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures., p. 943: “The concept of a joint venture as a way of closing the gap between the private and public benefits of innovation is an extension of the Schumpeterian hypothesis that innovation is positively correlated to monopoly power.”

⁴²⁹ Tal crítica pode ser encontrada em ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, **Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law.**, p. 268-275.

⁴³⁰ Sobre a diferença entre as premissas comportamentais nas análises neoclássica e neoschumpeteriana (ou heterodoxa), vide item 1.B acima.

dessas empresas, adota uma série de medidas para aprimorar o ambiente institucional vigente, por meio de uma ampla política de inovação tecnológica, composta por diversas instituições complementares. Dentre tais medidas há constatação de que dúvidas quanto a normas antitruste desincentivavam arranjos colaborativos eficientes para P&D, e a recomendação para que a autoridade de concorrência emita guia de orientação – i.e., sem uma alteração em normas institucionais formais. O guia é publicado um ano depois, com detalhadas orientações a respeito do direito antitruste então vigente, mas tal medida é considerada insatisfatória por empresas e outros *stakeholders*, contribuindo para o início de discussões para efetiva alteração legislativa das normas antitruste, ou seja, para ajustar aspectos desse complexo subsistema jurídico desenvolvido ao longo de mais de 90 anos por meio de leis e centenas de precedentes da Suprema Corte e dos tribunais federais.

São então consideradas diversas alternativas institucionais possíveis (corporificadas nos diferentes projetos de lei), e, por meio das instituições do sistema político vigente (i.e., o processo legislativo no Congresso), opta-se por um mecanismo de registro e publicação de acordos para diminuição de potencial responsabilização em litígios privados, associado à determinação aos juízes sobre o padrão de prova a ser empregado nesse tipo de litígio. Buscou-se, ao mesmo tempo, diminuir o grau de risco desse tipo de empreendimento pela determinação de análise sob a regra da razão e possibilidade de comunicação às autoridades, mas também evitar arranjos puramente colusivos ao manter o controle da licitude desses acordos por meio de ações privadas de indenização – facilitadas pela publicação na imprensa oficial. Por meio de tais medidas, buscou-se ‘encaixar’ a nova norma no sistema vigente de maneira eficaz e, assim, obter os efeitos desejados.

Com base no novo regime antitruste aplicável a *joint ventures* de P&D, diversos arranjos colaborativos de larga envergadura foram implementados por empresas, como a SEMATEC e a MCC, com explícito apoio ou mesmo participação financeira governamental, de forma a alterar aspectos do sistema de inovação dos EUA na área de alta tecnologia. Outros tantos projetos foram notificados às autoridades concorrenciais, ou mesmo celebrados sem recurso a esse instrumento, contando apenas com a diminuição do risco decorrente da certeza do emprego da regra da razão em caso de eventual litígio. Em outros termos, o regime implementado sob o NCRA gerou retornos crescentes pelo seu emprego por mais e mais empresas, e sua eficácia era incrementada

por outras medidas complementares da política de inovação – como participação financeira de entidades como o DARPA e as novas formas de transferência de tecnologia entre instituições públicas de pesquisa e empresas.

Todavia, o relacionamento entre direito e mercados é dinâmico e iterativo. Ao longo dos primeiros anos de vigência do NCRA, foram apresentadas críticas quanto à ainda incerta aplicação da regra da razão aplicável por juízes em casos de litígios envolvendo *joint ventures* de P&D.⁴³¹ Considerando as normas europeias então vigentes, foi também questionado o alcance limitado da nova lei, por não abranger *joint ventures* de produção, e não prover isenção total de responsabilidade antitruste abaixo de certos parâmetros de participação de mercado (*safe harbors*, tal qual presentes nas isenções por categoria emitidas pela Comissão Europeia). Ademais, houve sugestões para que empresas pudessem solicitar autorização explícita das autoridades concorrenciais a fim de não estarem sujeitas a ações privadas de indenização.⁴³²

Essas críticas encontraram eco também no setor empresarial e em 1989 iniciou-se movimento organizado de *lobby* para ampliar o escopo do NCRA.⁴³³ Em audiências públicas organizadas para tratar do Projeto de Lei ‘H.R. 1313’, parlamentares, advogados e integrantes da indústria apontaram para a aplicação bem-sucedida do NCRA⁴³⁴, mas também para a necessidade de que seu regime especial fosse ajustado e

⁴³¹ GROSSMAN, Gene M.; SHAPIRO, Carl, Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis, **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 2, p. 315, 1986., p. 316; PIRAINO, Thomas A. Jr, Beyond Per Se, Rule of Reason or Merger Analysis: A New Antitrust Standard for Joint Ventures, **Minnesota Law Review**, v. 76, p. 1, 1991., p. 21.

⁴³² Estas últimas sugestões constam em diversos artigos publicados por JORDE e TEECE, que citam em suas fontes trabalhos de SCHUMPETER e de economistas neoschumpeterianos como Nathan ROSENBERG, Richard NELSON e Sidney WINTER: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J., Acceptable cooperation among competitors in the face of growing international competition, **Antitrust Law Journal**, p. 529–556, 1989; JORDE; TEECE, Innovation and Cooperation.; JORDE, T. M.; TEECE, D. J., Antitrust policy and innovation: taking account of performance competition and competitor cooperation, **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, p. 118–144, 1991.; JORDE; TEECE, Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements.

Para uma crítica às propostas de JORDAN e TEECE, consideradas excessivamente abrangentes, vide SHAPIRO; WILLIG, On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures.; PELTZMAN, Sam, Antitrust Policy and Innovation: Taking Account of Performance Competition and Competitor Cooperation–Comment, **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, v. 147, n. 1, p. 152–154, 1991.

⁴³³ HEMPHILL, Thomas A., US technology policy, intraindustry joint ventures, and the National Cooperative Research and Production Act of 1993, **Business Economics**, p. 48–54, 1997.

⁴³⁴ De acordo com parlamentar presente à audiência pública, “[the NCRA] has proved to be strikingly successful. By removing the disincentives in our antitrust laws to the formation of research and development joint ventures, it has enabled hundreds of companies to more successfully confront world competition.” U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, **National Cooperative Production**

estendido para JVs de produção.⁴³⁵ O projeto contou com explícito apoio da Casa Branca, então sob a administração Bill Clinton, como instrumento para incrementar a competitividade das empresas norte-americanas⁴³⁶, e foi convertido em lei em junho de 1993, sob o título de ‘*National Cooperative Research and Production Act*’ (NCRPA).⁴³⁷

Tal lei também pode ser considerada como complementar à política de inovação empreendida pelo governo federal. Além de incluir no já conhecido regime do NCRA JVs de produção (que podem ser complementares e estar associadas a projetos conjuntos de P&D)⁴³⁸, o NCRPA determinou que a aplicação da regra da razão em eventuais litígios levasse em consideração a capacidade produtiva *mundial* quando apropriado para a definição dos mercados relevantes supostamente afetados pelo acordo.⁴³⁹ Ademais, determinou que o benefício de limitação de responsabilidade para JVs de produção só estivesse disponível i) para arranjos que abrangessem plantas produtivas localizadas nos Estados Unidos, e ii) que tivesse como participantes empresas norte-americanas ou de países que não dispensassem a empresas norte-americanas tratamento discriminatório quanto ao regime aplicável a JVs de produção.⁴⁴⁰

Amendments of 1993 : hearing before the Subcommittee on Economic and Commercial Law of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, One Hundred Third Congress, first session on H.R. 1313, Washington: U.S. G.P.O., 1993., p. 14

⁴³⁵ Conforme representante de associação das empresas de computação, CBEMA: “The increased pace of innovation has made it more imperative than ever that American information technology firms be positioned to respond quickly with state-of-the art production facilities if they are not to lose the competitive advantage that their innovations yield. Production joint ventures are one way to achieve this objective.” (*Ibid.*, p. 36-37).

⁴³⁶ De acordo com o presidente da comissão responsável pela análise do projeto de lei, “President Bill Clinton has already endorsed the legislation as ‘just the kind of forward-thinking initiative we need to drive our economy toward a decade of creative change’.” (*Ibid.*, p. 2).

⁴³⁷ Public Law n. 103-42. De acordo com nota à imprensa divulgada pelo DOJ logo após a sanção do NCRPA: “By improving the legal climate surrounding cooperative production activities, the NCRPA is intended to facilitate innovative and efficient joint ventures for production, as did the NCRA with respect to joint research and development ventures.” U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Justice Department Implements New Notice Provisions of the National Cooperative Production Amendments of 1993**, disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1993/211623.htm>, acesso em: 17 dez. 2014.

⁴³⁸ Sobre o relacionamento entre a etapa de produção e a de P&D, vide Subseção 2.B.ii acima.

⁴³⁹ O NCRPA inseriu no dispositivo relevante a frase ““For the purpose of determining a properly defined, relevant market, worldwide capacity shall be considered to the extent that it may be appropriate in the circumstances.” (cf. histórico de alterações constantes para o dispositivo ‘15 USC 4302: Rule of reason standard’ no sítio eletrônico mantido pela Câmara dos Deputados dos EUA: <<http://uscode.house.gov/>>, acesso em 16.12.2014).

⁴⁴⁰ 15 USC 4306: “Notwithstanding sections 4303 and 4305 of this title, the protections of section 4303 of this title shall not apply with respect to a joint venture’s production of a product, process, or service, as referred to in section 4301(a)(6)(D) of this title, unless- (1) the principal facilities for such production are located in the United States or its territories, and (2) each person who controls any party to such venture

A primeira condição estabeleceu incentivo adicional para a construção de novas plantas fabris nos Estados Unidos para projetos colaborativos, ainda que um ou todos os parceiros fossem empresa estrangeira. Trata-se de requisito com claro viés protecionista, característica alinhada a outras iniciativas de política comercial e de inovação adotadas durante o governo Clinton.⁴⁴¹ Já a segunda condição tinha por objetivo servir de instrumento adicional de pressão em negociações comerciais bilaterais e multilaterais para obtenção de reciprocidade e tratamento nacional a empresas norte-americanas quanto ao regime aplicável a JVs de produção – com especial destaque a tratativas com o Japão.⁴⁴²

Trata-se, portanto, de nova medida legislativa de alteração das normas antitruste para o estabelecimento de regime especial específico aplicável a mais um tipo de arranjo cooperativo – JVs de produção. Tendo em conta o referencial teórico apresentado no Capítulo 3 acima, pode-se considerar que associações empresariais, uma vez constatada a eficácia do NCRA e tendo presente a competição com empresas estrangeiras, atuaram estrategicamente junto ao Congresso a fim de obter a ampliação do regime de isenção parcial estabelecido em 1984.⁴⁴³ Nesse contexto, o NCRPA buscou ampliar o alcance de instituição já estabelecida, para cujo funcionamento já haviam sido incorridos custos de implantação bem como investimentos no aprendizado de servidores públicos e outros operadores do direito, em claro exemplo de dependência da trajetória iniciada pelo NCRA. Com isso, foi ajustada e ampliada instituição complementar à

(including such party itself) is a United States person, or a foreign person from a country whose law accords antitrust treatment no less favorable to United States persons than to such country's domestic persons with respect to participation in joint ventures for production.”

⁴⁴¹ Cf. WARNER, Mark A. A.; RUGMAN, Alan M., Recent U.S. Protectionist R & (and) D Policies: Are Canadian Multinational Exempted?, **Canadian Business Law Journal**, v. 23, p. 395, 1994.; e GOLDMAN, Calvin S.; BARUTCISKI, Milos, Clinton Administration and Antitrust, The, **International Business Law Journal**, v. 1994, p. 865, 1994..

⁴⁴² GOLDMAN; BARUTCISKI, Clinton Administration and Antitrust, The., p. 871: “One example of this trend is the Bush Administration's Strategic Impediments Initiative between the U.S. and Japan, where antitrust issues figured prominently in the bilateral negotiations. Ms. Bingaman's [responsável pela Divisão Antitruste do DOJ] recent statements suggest that, like its predecessor, the Clinton Administration will not shy away from using antitrust laws to remove private barriers to market access abroad.” Vide também GERBER, **Global Competition Law**., p. 235.

⁴⁴³ Vide, por exemplo, manifestação de representante de associação de empresas de computação CBEMA em audiência pública que antecedeu a aprovação do NCRPA: “H.R. 1313 not only enhances the 1984 National Cooperative Research Act – itself also produced by this Subcommittee – but builds on the successful experience of that law. Since that Act was passed, more than 200 R&D joint ventures have been formed under its auspices, nearly all of them successful. In our own industry we can see the benefits of this law in the formation of Sematech, the industry-government consortium whose mission is to restore the U.S. world leadership in semiconductor manufacturing technology.” U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, **National Cooperative Production Amendments of 1993 Hearing**., p. 37.

política tecnológica vigente, de forma a garantir vantagens institucionais comparativas para empresas norte-americanas *vis a vis* suas competidoras estrangeiras⁴⁴⁴, mas ao mesmo tempo mantendo tais empresas expostas ao controle exercido por potenciais ações privadas de indenização. Tal é a importância do NCRA e do NCRPA para a política de inovação que, em recente relatório, a NSF, agência governamental responsável por diversos projetos de fomento tecnológico, aponta essas duas leis dentre os principais diplomas legislativos nesse campo de política pública.⁴⁴⁵

iii. *Guias de orientação e expansão da isenção parcial antitruste: soft e hard law complementando a nova matriz institucional*

Dois anos depois da aprovação do NCRPA, em abril de 1995, o DOJ e o FTC emitiram conjuntamente um guia contendo a política dessas autoridades quanto a acordos de licenciamento de propriedade intelectual e tecnologia, denominado *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* ('IP Guidelines').⁴⁴⁶ Trata-se da segunda diretriz de orientação editada em conjunto pelos dois órgãos, após guia de concentrações horizontais (*1992 Horizontal Merger Guidelines*).⁴⁴⁷

O documento consolida significativa mudança de política dos órgãos de defesa da concorrência, influenciada pela Escola de Chicago. A rígida postura anterior do DOJ, adotada desde a década de 1950, ficou conhecida como os "Nove Nãos" ('*Nine No-No's*'), ao considerar como intrinsecamente suspeitas certas cláusulas contratuais presentes em contratos de licenciamento, sem consideração mais detalhada quanto às empresas participantes e os mercados envolvidos. Ao longo dos anos 1980, a DOJ passa

⁴⁴⁴ "The NCRPA has two major technology policy goals: to increase the number of joint R&D and production ventures entered into by U.S. firms; and to increase the competitiveness of the United States in key technological areas of research, development, and production." HEMPHILL, US technology policy, intraindustry joint ventures, and the National Cooperative Research and Production Act of 1993.

⁴⁴⁵ NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, **Science and Engineering Indicators 2014**, Arlington: NSF, 2014, p. 4-42.

⁴⁴⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995.

⁴⁴⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. Vide também SCHEFFMAN, David; COATE, Malcolm; SILVIA, Louis, Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: An Economic Perspective, **Antitrust Law Journal**, v. 71, p. 277, 2003, p. 284. Tal guia foi revisto em 1997 para conter considerações mais detalhadas a respeito de eficiências que poderiam ser consideradas pelas autoridades em ponderação a restrições concorrenciais da operação (cf. BAKER, Jonathan B., Policy Watch: Developments in Antitrust Economics, **Journal of Economic Perspectives**, v. 13, n. 1, p. 180–194, 1999.), e foi importante fonte de inspiração para a edição do Guia de Concentrações Horizontais SEAE/SDE de 2001.

a questionar tal abordagem anterior, ao adotar a postura de que, em princípio, o amplo e irrestrito licenciamento de tecnologia aumenta o valor de patentes e outros ativos intelectuais e, com isso, incrementa os incentivos para inovação. Essa postura foi primeiro formalizada em seção de guia de operações internacionais do órgão, de 1988⁴⁴⁸, e passou a ser mais detalhadamente articulada no *IP Guidelines* de 1995.⁴⁴⁹ Trata-se, portanto, de uma mudança de política consistente com a observada em outras áreas de aplicação do direito concorrencial, sob influência (não exclusiva) de novos desenvolvimentos teóricos na disciplina de organização industrial na abordagem neoclássica propugnada pela Escola de Chicago.⁴⁵⁰

Há diversos aspectos pelos quais o *IP Guidelines* é medida de política antitruste bastante relevante para o presente estudo. Trata-se de instrumento que formaliza o esforço das autoridades em aumentar a segurança jurídica dos agentes econômicos que planejam estabelecer arranjos colaborativos para inovação tecnológica, apresentando as diversas situações em que tais arranjos são considerados pró-competitivos bem como as hipóteses em que o licenciamento pode ser considerado injustificadamente restritivo. Para tanto, o guia baseou-se em três princípios claros: i) a propriedade intelectual (PI) pode, em boa medida, ser equiparada a qualquer outro tipo de propriedade, e assim está sujeita às regras e princípios gerais da legislação antitruste; ii) não se presume poder de mercado pela mera detenção de propriedade intelectual; e iii) licenciamentos de PI permitem que empresas combinem ativos complementares e, portanto, são em regra pró-competitivos.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ O guia de 1988 já trazia postura bastante distinta da das décadas anteriores. (ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert D., *Economists' View: The Department of Justice Draft Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property*, **Antitrust**, v. 9, p. 29, 1994).

⁴⁴⁹ Cf. GILBERT, Richard *et al*, *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*, **Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics**, v. 1997, p. 283–349, 1997., p. 283-287; e ROSENBERG, Barbara, *Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*, in: ZANNOA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.), **Desafios atuais do direito da concorrência**, São Paulo: Singular, 2008, p. 169–189.

⁴⁵⁰ Cf. FOGT, Howard W. Jr; GOTTS, Ilene Knable, *Antitrust and Technology Transfer Licensing Interface: A Comparative Analysis of Current Developments*, The, **International Tax & Business Lawyer**, v. 13, p. 1, 1995, p. 6: “The shift in federal enforcement scrutiny began with the official DOJ abandonment of the Nine No-Nos in 1981. During this period, while not returning in any sense to the laissez-faire enforcement attitudes prior to World War II, theories promoted by the Chicago School of Economics played a critical role in modernizing antitrust policy. Both the DOJ and the courts became much more willing to evaluate licensing provisions under a rule of reason analysis and to permit those restrictions that, on balance, maximized legitimate economic benefits and promoted innovation.”

⁴⁵¹ *IP Guidelines*, item 2.0. Análise detalhada desse guia norte-americano, bem como comparação com seu congênere comunitário, consta em MOURA E SILVA, **Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência**.

Esses princípios são então concretizados pelo detalhamento da forma de aplicação do instrumental de análise antitruste a acordos de licenciamento de tecnologia. Em primeiro lugar, apresenta-se a descrição da forma de delimitação de mercados relevantes que podem ser impactados por restrições contidas em acordos de licenciamento. Diferenciam-se três tipos de mercado: os de bens e serviços já produzidos, que, de acordo com o *IP Guidelines*, devem ser definidos com base no *1992 Horizontal Merger Guidelines*; os mercados de tecnologia, compostos por patentes e outras formas de PI já existentes que sejam substitutas ao objeto do licenciamento; e os mercados de inovação, compostos pelos projetos de P&D direcionados ao desenvolvimento de futuros produtos e serviços que sejam substituíveis entre si.⁴⁵²

Os dois últimos merecem maiores considerações ante o objeto do presente estudo. A consideração de impactos em mercados de tecnologia pressupõe a existência de múltiplos ofertantes e demandantes de tecnologias substituíveis entre si, realidade que, como já indicado acima (Subseção 2.B.iii), está presente em países desenvolvidos como os EUA⁴⁵³, mas possui contornos distintos em países em desenvolvimento, que em regra importam tecnologia de países industrializados. Observação semelhante pode ser feita ao conceito de mercados de inovação, que concebe a existência de relação de substitutibilidade entre diversos projetos de P&D. Uma tal relação em regra se dará entre empresas que estejam na fronteira tecnológica de um determinado campo, algo difícil de ser identificado entre *players* presentes em países em desenvolvimento. Todavia, é no mínimo controverso considerar haver um mercado de P&D: esses projetos não são transacionáveis (ao contrário de bens, serviços e PI)⁴⁵⁴ e, como já visto, seus resultados são muitas vezes imprevisíveis. Logo, a capacidade de se considerar projetos de P&D substitutos entre si é muito reduzida, algo confirmado pela experiência do FTC e DOJ, que aplicaram esse conceito primordialmente em operações envolvendo empresas farmacêuticas, cujo processo de inovação em futuros medicamentos

⁴⁵² *IP Guidelines*, item 3.2.

⁴⁵³ Tal conceito foi analisado principalmente em fusões envolvendo aquisições de patentes, havendo maior preocupação quando ao portfólio da empresa resultante se as novas patentes acrescidas eram substitutas às originalmente detidas. (SULLIVAN, E. Thomas, *Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century*, The, **Minnesota Intellectual Property Review**, v. 1, 2000., p. 25-26.).

⁴⁵⁴ MOURA E SILVA, **Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência.**, p. 179: “Em si mesma, a inovação não é um bem transacionável. (...) Na medida em que inovação é uma dimensão da concorrência, ela reflecte-se num mercado real, seja ele de tecnologias ou de produtos ou serviços. A capacidade de inovar reflecte a capacidade competitiva das empresas e a possibilidade de se manter o processo competitivo no futuro. Daí que a questão deva ser analisada na perspectiva da estrutura da oferta e não através de uma definição totalmente artificial de um mercado de inovação”.

substitutos entre si é monitorado por autoridades sanitárias.⁴⁵⁵ Ademais, a própria relação entre concentração e inovação está longe de ser pacífica, como demonstrado na Seção 2.A. acima sobre a controvérsia Schumpeter-Arrow.⁴⁵⁶ Trata-se assim de conceito muito abstrato, e de pouca aplicabilidade prática, sendo mais adequado considerar os impactos de acordos de licenciamento em mercados atuais (inclusive de tecnologia) ou mesmo em produtos futuros que possam ser identificados com alguma precisão.⁴⁵⁷

Em segundo lugar, o detalhamento do método de aplicação do antitruste a acordos de licenciamento de PI se dá pela apresentação dos critérios de análise de restrições presentes em tais acordos, os quais são lastreados no reconhecimento de que o licenciamento de tecnologia é importante fator de transferência de conhecimentos, fundamental para inovações tecnológicas, e de que restrições são usualmente necessárias para garantir investimentos em ativos específicos por parte do licenciador e da licenciada, ao garantir a apropriação de resultados econômicos.⁴⁵⁸ O *IP Guidelines* busca então identificar em que hipóteses essas restrições serão consideradas anticompetitivas. Para tanto, apresenta três categorias principais de abordagem: i) na grande maioria dos casos, a análise se dá pela *regra da razão*, pois as restrições podem ser justificadas pela geração de eficiências, as quais devem então ser ponderadas; ii) em poucos casos extremos, as restrições são consideradas *per se* ilícitas por suas características intrínsecas, tais como fixação de preços do produto final e divisão de mercados entre concorrentes; iii) em certos casos intermediários, o DOJ e FTC empregam uma *regra da razão truncada* (*'truncated rule of reason'*), de caráter mais superficial que a avaliação completa presente na regra da razão completa, aplicável tanto a restrições que claramente não implicam risco de aumento de preços ou de

⁴⁵⁵ Vide SULLIVAN, Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century, The., p. 26. A Comissão Europeia por sua vez considerou em documento de 1997 para discussões ocorridas na OCDE que, a princípio, não havia segurança quanto às implicações do emprego de regras antitruste para mercados de inovação, razão pela qual preferia não considerar ainda esse tipo de mercado em regra nas suas análises. De qualquer modo, citou caso na indústria farmacêutica (*Glaxo-Welcomme*) em que, por conta das características específicas, empregou tal conceito. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Application of Competition Policy to High Tech Markets**, Paris: OECD, 1997., p. 89).

⁴⁵⁶ Vide a relação dessa discussão com a da aplicabilidade do conceito de mercados de inovação em FEDERAL TRADE COMMISSION, **Anticipating the 21st Century.**, p. 16-20.

⁴⁵⁷ Cf. LANDMAN, Lawrence B., Future Markets in European and American Law; Part III, **Journal of the Patent and Trademark Office Society**, v. 81, p. 838, 1999.

⁴⁵⁸ *IP Guidelines*, item 2.2.

diminuição de produção, quanto para outras que possam ter tais efeitos mas não se relacionem à geração de eficiências.⁴⁵⁹

Dentre os critérios de análise previstos pelo *IP Guidelines*, mecanismo extremamente relevante e inovador foi o estabelecimento de uma “zona de segurança” (*safety zone*), contendo diversas hipóteses cuja contestação as autoridades consideram bastante improvável.⁴⁶⁰ O motivo explícito para adoção foi o fomento a esses tipos de cooperação ao conferir-lhes maior grau de certeza.⁴⁶¹ É ainda extremamente significativo o fato de tal instrumento de orientação justificar a adoção de zonas de segurança tendo em conta a política determinada pelo Congresso por meio do NCRA⁴⁶², explicitando seu vínculo à estratégia mais abrangente de fomento à inovação via arranjos colaborativos em curso nos EUA.

Em terceiro lugar, o *IP Guidelines* detalha tais critérios para a análise de restrições específicas, como exclusividade, *grantbacks* e fixação de preço de revenda, bem como para contratos mais complexos, como licenças cruzadas e *pools* de patentes. Como visto nas Subseções 2.B.iii e iv acima, trata-se de arranjos colaborativos importantes para lidar com custos de transação decorrentes de patentes complementares detidas por empresas distintas, e que são relevantes em certas situações de padronização técnica em que há a incorporação de patentes. Com base em consultas formuladas por empresas sob o procedimento das *business reviews*, o DOJ avaliou nos anos seguintes à edição do *IP Guidelines* agrupamentos de patentes que compunham o padrão da tecnologia de vídeos conhecida como MPEG e para o conhecido disco DVD.⁴⁶³ Sendo

⁴⁵⁹ *IP Guidelines*, item 3.4.

⁴⁶⁰ Embora diversos aspectos do *IP Guidelines* estivessem presentes no guia de operações internacionais do DOJ de 1988, o estabelecimento de *safety zones* foi uma novidade do guia de 1995 (cf. KATZ, Ronald S., **Recent Cases Reveal Gaps in Draft Antitrust/IP Guidelines**, Findlaw, disponível em: <<http://corporate.findlaw.com/business-operations/recent-cases-reveal-gaps-in-draft-antitrust-ip-guidelines.html>>, acesso em: 19 dez. 2014.).

⁴⁶¹ “Because licensing arrangements often promote innovation and enhance competition, the Agencies believe that an antitrust ‘safety zone’ is useful in order to provide some degree of certainty and thus to encourage such activity. (...) The safety zone is designed to provide owners of intellectual property with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the arrangements may be presumed not to be anticompetitive without an inquiry into particular industry circumstances.” (*IP Guidelines*, item 4.3).

⁴⁶² *IP Guidelines*, item 4.3, nota de rodapé 31.

⁴⁶³ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Response to Trustees of Columbia University, Fujitsu Limited, General Instrument Corp., Lucent Technologies Inc., Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., Mitsubishi Electric Corp., Philips Electronics N.V., Scientific-Atlanta, Inc., and Sony Corp., Cable Television Laboratories, Inc., MPEG LA, L.L.C. Request for Business Review Letter**, disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/215742.htm>>, acesso em: 8 nov. 2014; **Justice Department Approves Joint Licensing of Patents Essential for Making DVD-Video and**

consistentes com o novo guia, tais precedentes administrativos proveram orientações robustas quanto ao regime antitruste aplicável a esse tipo de arranjo.⁴⁶⁴

A experiência do DOJ e do FTC com o *IP Guidelines* foi considerada bastante positiva por esses órgãos, em relatório elaborado mais de dez anos depois de sua edição, em que se afirma que ele vinha sendo usado de forma consistente ao longo dos anos e continuaria a sê-lo.⁴⁶⁵ Elementos do *IP Guidelines* foram então replicados em outros guias de orientação, em claro exemplo de dependência de trajetória decorrente de retornos crescentes e do aprendizado das autoridades.

Em 1996, foi publicado documento de orientação sobre o setor de assistência à saúde, conhecido como *Health Care Statements*⁴⁶⁶, o qual contém zonas de segurança referentes a *joint ventures* entre hospitais para aquisição e exploração de equipamentos de alta tecnologia, para redes de profissionais de medicina, e para aquisição conjunta de insumos por prestadores de serviço de saúde.

Quatro anos depois, o DOJ e o FTC publicaram novo guia de orientação denominado *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (“*Competitor Collaboration Guidelines*”).⁴⁶⁷ Trata-se de nova iniciativa conjunta motivada por amplo estudo sobre o relacionamento entre antitruste e inovação promovido pelo FTC, que se baseou em três audiências públicas das quais participaram renomados especialistas sobre o tema.⁴⁶⁸ Em tal estudo, identificou-se que os mecanismos estabelecidos pelo NCRA e NCRPA, bem como orientações já constantes no *IP Guidelines* e *Health Care Statements*, não resolviam dúvidas das empresas decorrentes de orientações de certas decisões da Suprema Corte que eram conflitantes quanto a aspectos de cooperações

DVD-Rom Discs and Players, disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/2120.htm>, acesso em: 18 dez. 2014; **Justice Department Approves Joint Licensing of Patents Essential for Making DVD-Video and DVD-ROM Discs Players,** disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1999/214414.htm>, acesso em: 18 dez. 2014.

⁴⁶⁴ Cf. GILBERT, Richard J.; TOM, Willard K., Is innovation king at the antitrust agencies? The intellectual property guidelines five years later, *Antitrust Law Journal*, p. 43–86, 2001.

⁴⁶⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, Washington: DOJ/FTC, 2007., p. 3.

⁴⁶⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, 1996.

⁴⁶⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION; US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000.

⁴⁶⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Anticipating the 21st Century.*, cap. 10, III e IV.

horizontais, tais como *Topco*⁴⁶⁹, *BMI*⁴⁷⁰, *Maricopa*⁴⁷¹, e *NCAA*.⁴⁷² Com base nessa constatação, foi recomendada pelo corpo técnico do FTC a edição do novo guia, para tratar mais detalhadamente de arranjos colaborativos entre concorrentes⁴⁷³, o que veio a ocorrer em 2000.

Esse guia tem em seu preâmbulo o reconhecimento de que a nova realidade competitiva exigia das empresas diversas formas de cooperação horizontal para a geração de inovações e diminuição de custos, e que, por conta de dúvidas ainda remanescentes, as novas orientações visavam orientar as empresas sobre os critérios de avaliação da licitude desses arranjos.⁴⁷⁴ O método de análise proposto para arranjos cooperativos horizontais é consistente com aquele constante no *IP Guidelines*⁴⁷⁵, havendo inclusive a previsão da análise de poder de mercado considerando mercados de bens e serviços, de tecnologia e de inovação.⁴⁷⁶ Além de apresentar aspectos da aplicação da ilicitude *per se* (em casos nitidamente graves, como fixação de preços e alocação de territórios), e da regra da razão, descreve aspectos relevantes de certos tipos de colaboração.

Dentre estes, destacam-se, para o presente estudo, a apresentação dos principais fatores na avaliação de arranjos cooperativos para projetos de P&D e para produção conjunta.⁴⁷⁷ Quanto aos primeiros, reconhece-se a aplicação da regra da razão sob o NCRPA, e que, em regra, são pró-competitivos, exceto se viabilizar aumento de poder

⁴⁶⁹ *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

⁴⁷⁰ *Broadcast Music v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979).

⁴⁷¹ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

⁴⁷² *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

⁴⁷³ “In light of all of these circumstances, we believe that the time has come for a significant effort to rationalize, simplify, and articulate in one document the antitrust standards that federal antitrust enforcers will apply in assessing collaborations among competitors.” FEDERAL TRADE COMMISSION, **Anticipating the 21st Century.**, Cap. 10, IV, p. 16. Vide também artigo de WERDEN, que participou da elaboração do documento: WERDEN, Gregory J, Antitrust Analysis of Joint Ventures - An Overview, **Antitrust Law Journal**, v. 66, p. 701, 1997.

⁴⁷⁴ “These Guidelines describe an analytical framework to assist businesses in assessing the likelihood of an antitrust challenge to a collaboration with one or more competitors. They should enable businesses to evaluate proposed transactions with greater understanding of possible antitrust implications, thus encouraging procompetitive collaborations, deterring collaborations likely to harm competition and consumers, and facilitating the Agencies’ investigations of collaborations.” FEDERAL TRADE COMMISSION; US DEPARTMENT OF JUSTICE, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors., *Preamble*.

⁴⁷⁵ Vide nota de rodapé 4 do guia.

⁴⁷⁶ Item 3.32 do guia.

⁴⁷⁷ Item 3.31(a) do guia.

econômico ao diminuir a liberdade dos participantes em sua atuação no mercado, implicar controle conjunto de ativos concorrencialmente relevantes, ou concentrar toda a capacidade de P&D de determinado participante. O guia também pondera o risco de colusão entre os participantes, embora o considere baixo no contexto de P&D.⁴⁷⁸ Já quanto a arranjos de produção conjunta, o guia reconhece igualmente a aplicação do NCRPA, e aponta que preocupações concorrenciais decorrem da diminuição da capacidade de atuação independente dos membros, caso a parceria envolva ativos-chave para a atividade das empresas, o estabelecimento do preço a ser cobrado pelas parceiras na venda final do produto, ou o alinhamento de incentivos financeiros das empresas participantes (por exemplo, caso insumo produzido conjuntamente represente parcela relevante dos custos das empresas). Em itens posteriores do guia, a forma de avaliação desses fatores é apresentada em detalhe, a fim de se identificar tanto as preocupações concorrenciais quanto os ganhos de eficiência para fins da aplicação da regra da razão.

Assim como o *IP Guidelines* e o *Health Care Statements*, o *Competitor Collaboration Guidelines* também apresenta diversas hipóteses sob ‘zonas de segurança’, novamente estabelecidas com o objetivo explícito de encorajar esse tipo de arranjo.⁴⁷⁹ Na primeira zona de segurança, as autoridades indicam ser improvável qualquer contestação de arranjos colaborativos entre concorrentes em que estes e a *joint venture* possuam conjuntamente menos de 20% de qualquer dos mercados relevantes afetados. Já pela segunda, arranjos colaborativos que afetem os chamados mercados de inovação analisados acima, referentes a esforços de P&D, não serão contestados se houver ao menos três outros projetos independentes com os recursos necessários para serem considerados próximos do objeto da parceria sob análise.

Documentos de orientação emitidos pelas próprias autoridades de defesa da concorrência constituem instrumento muito relevante para a diminuição de incerteza para as empresas. Embora não sejam vinculantes nem aos administrados, nem às próprias autoridades, sinalizam a política de *enforcement* de regras jurídicas de teor

⁴⁷⁸ Tal ponto é reforçado no item 3.31.(b) do guia: “R&D collaborations, however, may be less likely to facilitate collusion regarding R&D activities since R&D often is conducted in secret, and it thus may be difficult to monitor an agreement to coordinate R&D.”

⁴⁷⁹ Item 4.1 do guia: “Because competitor collaborations are often procompetitive, the Agencies believe that ‘safety zones’ are useful in order to encourage such activity. The safety zones set out below are designed to provide participants in a competitor collaboration with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the Agencies presume the arrangements to be lawful without inquiring into particular circumstances. They are not intended to discourage competitor collaborations that fall outside the safety zones.”

abstrato com maior precisão e detalhamento das possíveis hipóteses e critérios de aplicação.⁴⁸⁰ Deve-se reconhecer que a preparação e edição de tais guias implicam significativos custos para as autoridades; nada obstante, eles também podem ser considerados investimentos em conhecimento institucional, na medida em que facilitam a tomada de decisões consistentes em casos futuros. Outro aspecto importante desse tipo de instrumento é que, ao externar de maneira clara e articulada o posicionamento do órgão da administração, pode convencer tribunais acerca da adequação e razoabilidade da abordagem proposta em litígios, não obstante não apresentar força vinculante. Foi exatamente o que aconteceu com o *IP Guidelines*, que foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Illinois Tool Works*.⁴⁸¹

Convém ainda destacar uma última mudança legislativa estabelecida com o objetivo explícito de fomentar arranjos cooperativos interempresariais estruturados para desenvolver inovações tecnológicas nos EUA: trata-se do *Standards Development Organization Advancement Act* (SDOAA), sancionado em junho de 2004.⁴⁸² Em resumo, o SDOAA estabelece a extensão do regime do NCRPA para organizações privadas de padronização técnica: suas atividades devem ser analisadas pela regra da razão, e, se registradas junto ao DOJ e FTC, obterão o benefício de isenção parcial de responsabilidade antitruste, para que o valor de eventuais indenizações não seja triplicado.⁴⁸³

Novamente, a justificativa para tal medida legislativa foi a insegurança jurídica para o funcionamento das entidades normalizadoras existentes e para organizações estabelecidas para novos padrões técnicos (principalmente na área de eletrônica e informática, como exemplificado no item 2.B.iv acima), por conta de certos precedentes

⁴⁸⁰ Vide nota de rodapé 263 acima sobre a importância da função sinalizadora do direito.

⁴⁸¹ *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006). De acordo com o relator do caso, “It is no doubt the virtual consensus among economists that has persuaded the enforcement agencies to reject the position that the Government took when it supported the *per se* rule that the Court adopted in the 1940's. In antitrust guidelines issued jointly by the Department of Justice and the Federal Trade Commission in 1995, the enforcement agencies stated that in the exercise of their prosecutorial discretion they ‘will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner’. (...) While that choice is not binding on the Court, it would be unusual for the Judiciary to replace the normal rule of lenity that is applied in criminal cases with a rule of severity for a special category of antitrust cases.”

⁴⁸² Public Law 108–237.

⁴⁸³ Vide U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Justice Department implements the Standards Development Organization Advancement Act of 2004**, disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2004/204345.htm>, acesso em: 7 maio 2012.

que ainda determinavam a aplicação da regra *per se* às atividades dessas entidades, gerando elevado risco de responsabilização.⁴⁸⁴

Tal risco foi incrementado por conta de medida de política de inovação implementada quase 10 anos antes, por meio do *National Technology Transfer and Advancement Act*, de 1995, o qual determinou aos órgãos governamentais federais que, sempre que possível, participassem do processo de normalização de organizações privadas para elaboração de padrões técnicos consensuais, os quais então deveriam ser adotados pelos próprios órgãos públicos. Com isso, buscou-se diminuir duplicação de esforços e a existência simultânea de normas estatais e privadas sobre um mesmo problema tecnológico, incrementando assim a capacidade de atualização da regulação federal quanto a novas tecnologias. A nova lei também facilitou os processos de compras e contratações públicas ao determinar que estes se utilizassem de *standards* atualizados e amplamente aceitos na indústria; isso gerou economias de escala para empresas norte-americanas, diminuindo-lhes os custos.⁴⁸⁵ O escopo de atuação de organizações de padronização ampliou-se, pois estas passaram a normalizar inclusive aspectos de regulação técnica antes feitos por entes estatais. Com isso, também aumentou o risco de responsabilização antitruste, dado que ações por empresas que alegassem sua exclusão do mercado por padrões consensuais agora respaldados por órgãos estatais eram ainda mais verossímeis, e de fato passaram a ocorrer em maior medida – sendo que, em algumas vezes, tais organizações eram responsabilizadas pela regra *per se* ou por regra da razão com forte presunção de efeitos exclusionários da norma técnica.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ AMERICAN BAR ASSOCIATION, **Handbook on the antitrust aspects of standards setting.**, p. 17: “While courts do still evaluate certain standard setting cases under the *per se* rule, the current trend has been toward applying the rule of reason. In 2004, Congress passed the Standards Development Organization Advancement Act to mandate application of the rule of reason in any action against an SSO that registers with the FTC and the Department of Justice (DOJ), and to ‘detreble’ the damages for the organization.” Vide também ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, **Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law.**, p. 270-272.

⁴⁸⁵ A coordenação desses esforços pela adoção de padrões privados para a regulação estatal e compras públicas é coordenada pelo *National Institute of Standards and Technology* (NIST), órgão homólogo ao Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Ademais, o NTTAA ajustou importantes leis da política norte-americana de inovação, notadamente o *Stevenson-Wydler Technology Innovation Act* de 1980. Vide NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST), NTTAA, Standards.gov, disponível em: <<http://www.nist.gov/standardsgov/nttaa.cfm>>, acesso em: 2 jan. 2015.

⁴⁸⁶ Cf. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, **Standards Development Organization Advancement Act of 2003 - Report 108-125**, Washington: U.S. G.P.O., 2003., p. 4.

Como se vê, a aprovação do SDOAA é exemplo claro de dependência de trajetória iniciada pelo NCRA em 1984, em que um mesmo mecanismo de controle foi sendo ampliado para novas formas de colaboração.⁴⁸⁷ Tal mudança jurídica se deu, ademais, em consonância com a política de inovação dada a importância da padronização para o desenvolvimento tecnológico.⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹

c. *ELEMENTOS DE SOFISTICAÇÃO INSTITUCIONAL*

Como apresentado na **Introdução** ao presente estudo, entende-se por sofisticação institucional das normas de direito concorrencial de um determinado país a presença de hipóteses normativas específicas para lidar com cooperações empresariais que visem inovação tecnológica, tais como isenções parciais ou totais, exceções, critérios de análise, procedimentos próprios e meios institucionais de coordenação com outras políticas de suporte à inovação. Ao longo da **Parte I**, buscou-se caracterizar a tensão entre competição e concorrência intrínseca ao complexo fenômeno da inovação tecnológica como justificativa para a adoção de conjunto de medidas jurídicas específicas que diminuem a incerteza jurídica quanto a restrições que viabilizam investimentos privados em complexos e custosos processos de inovação.

No **Capítulo 3**, propôs-se que tais medidas específicas que compõem sofisticação institucional de determinado regime antitruste decorrem de complexas iterações entre mercados e o direito, e podem ser decorrentes de estratégia deliberada adotada pelo Estado para o provimento de vantagens institucionais comparativas às

⁴⁸⁷ Tal consideração foi explícita no processo legislativo do SDOAA: “The notification procedure developed in the NCRA now has the advantage of 19 years of operational experience on the part of the antitrust agencies and many private parties.” U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, **Standards Development Organization Advancement Act of 2003 - Report 108-125.**, p. 2.

⁴⁸⁸ Conforme o comunicado oficial do DOJ quando da aprovação do SDOAA, “Standards development organizations develop technical standards that are essential to the efficient functioning of our national economy. Congress has determined that the threat of treble damages pressures SDOs to restrict their standards development activities at a great cost to the United States. The Standards Development Organization Advancement Act of 2004 relieves SDOs from certain antitrust concerns and facilitates the development of pro-competitive standards” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, **Justice Department implements the Standards Development Organization Advancement Act of 2004.**).

⁴⁸⁹ Também na União Europeia, a normalização técnica é aspecto de alta prioridade na política de competitividade e possui critérios específicos de avaliação antitruste desde a década de 1990 - vide EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission - “Intellectual property rights and standardisation” - COM (92) 445 final, 1992.; e COMISSÃO EUROPEIA, Papel da normalização europeia no âmbito da legislação e das políticas europeias - COM(2004) 674 final, 2004. O atual guia de orientação sobre aplicação da legislação concorrencial a arranjos entre concorrentes contém capítulo específico sobre ‘Acordos de normalização’ (COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal - 2011/C 11/01, 2011.).

empresas nele sediadas para o desenvolvimento de certas atividades econômicas inovadoras. Ademais, podem tratar-se de instrumentos complementares a outras políticas públicas, com destaque para a política de fomento à inovação tecnológica.

Sob tal perspectiva, as medidas de cunho legislativo e administrativo adotadas pelos Estados Unidos descritas neste **Capítulo 4** consistiram em deliberada estratégia daquele país de reforma do direito antitruste para incentivar parcerias inovadoras, reforma essa integrada a uma ampla política de incremento da competitividade das empresas norte-americanas frente às suas rivais japonesas e europeias, especialmente em setores de alta tecnologia. Em outros termos, o Congresso e as autoridades concorrenciais (DOJ e FTC) buscaram prover vantagens comparativas a empresas sediadas no país por meio de sofisticação institucional, ao estabelecerem novo regime concorrencial específico para diversos tipos de colaboração interempresarial, inclusive entre concorrentes, a ponto de modificar elemento basilar de sua variedade de capitalismo liberal – i.e., a predominância de relações comutativas de mercado para resolver problemas de coordenação no relacionamento entre empresas relevantes à inovação tecnológica.⁴⁹⁰

Essa estratégia foi motivada, como se viu, pela percepção de que o direito antitruste norte-americano colocaria as empresas desse país em desvantagem com relação a suas novas concorrentes europeias e japonesas, que colaboravam entre si para desenvolver projetos inovadores sem tantas restrições previstas pelas normas

⁴⁹⁰ Vide a crítica de Fred BLOCK à literatura de Variedades do Capitalismo no que se refere à desconsideração de medidas de política antitruste em fomento a colaborações entre empresas: “In a fourth sphere, *inter-firm relations*, Hall and Soskice [HALL; SOSKICE (Orgs.), **Varieties of Capitalism**.] appear not to have kept up with recent empirical developments. Since the mid-1980s, firms in the United States that are on the technological cutting edge as well as those like the automobile industry that are famous for their resistance to change have created a rich fabric of interfirm collaborations. After legislation in 1984 that created an antitrust exemption for research consortia [NCRA], firms in a range of different industries have entered into cooperative relations to speed up technological advances. At the same time, firms in industries from auto to pharmaceuticals to entertainment have adopted elements of the Japanese model of relational contracting, where they establish long-term relations with subcontractors.” (BLOCK, Fred, *Understanding the Diverging Trajectories of the United States and Western Europe: A Neo-Polanyian Analysis*, **Politics & Society**, v. 35, n. 1, 2007, p. 13-14). O mesmo autor escreveu ou participou de outros trabalhos críticos em que são detalhados os diversos instrumentos de promoção ativa de desenvolvimento industrial por parte do governo dos Estados Unidos, nada obstante retórica de não intervenção e de livre mercado: BLOCK, *Swimming Against the Current*.; BLOCK, Fred; KELLER, Matthew R., *Where do innovations come from? Transformations in the US economy, 1970–2006*, **Socio-Economic Review**, v. 7, n. 3, p. 459–483, 2009; BLOCK, Fred; KELLER, Matthew R. (Orgs.), **State of Innovation: The U.S. Government’s Role in Technology Development**, Boulder: Paradigm Publishers, 2011. Nesse mesmo sentido, vide também LINK; LINK, **Government as entrepreneur**.

concorrenciais. Todavia, não houve mero transplante das *block exemptions* europeias ou supressão pura e simples do art. 1 do *Sherman Act* ou 7 do *Clayton Act*. Antes, tal estratégia teve por pressuposto o papel central do antitruste na conformação da economia política norte-americana, bem como suas peculiaridades institucionais *vis a vis* o direito concorrencial na Alemanha, na Comunidade Europeia e no Japão.

Foram então sendo adotadas medidas administrativas e legislativas, conformadas pela matriz institucional então vigente mas, ao mesmo tempo, alterando tal matriz de forma significativa, em sintonia com ampla política de fomento à inovação tecnológica. Como visto, a aprovação do NCRA em 1984 foi uma verdadeira quebra de paradigma do direito antitruste norte-americano, não obstante tenha sido medida pontual e que manteve elementos centrais do sistema, como a possibilidade de responsabilização em ações privadas de indenização e o papel do Judiciário como principal aplicador. Ao longo do período reportado houve a avaliação dos impactos das medidas precedentes e demandas por novos ajustes, ampliações e reformas. Desse modo, inovações institucionais foram sendo implementadas em processo dinâmico impactado pelo surgimento de novos mercados globais conformados por progressos tecnológicos; por interações estratégicas entre empresas, autoridades, tribunais e legisladores; e por dependências de trajetórias frente a custos fixos, custos de aprendizagem e retornos crescentes. Não foram portanto estabelecidas desde logo regras ótimas, mas sim soluções institucionais factíveis (e falíveis), escolhidas dentre tantas outras imperfeitas mediante o processo político ou administrativo por agentes com racionalidade limitada para lidar com a tensão entre competição e concorrência, soluções essas que com o decorrer do tempo, após interações estratégicas e aprendizagem pelos agentes envolvidos, se mostraram insuficientes ou incompletas (remediáveis) a ponto de justificar outras inovações institucionais.

Como se buscou demonstrar, a cada nova medida obtinha-se uma matriz institucional considerada superior à anterior, tendo por principal critério de avaliação a diminuição de incertezas para que agentes privados estabelecessem *joint ventures* de P&D e de produção, licenciamentos de patentes e organizações privadas de normalização técnica cujas restrições à concorrência pudessem ser justificadas pela promoção de inovações tecnológicas, de acordo com critérios de análise específicos, prévia e explicitamente definidos em lei ou *guidelines*, a conformar tanto a atuação das autoridades federais quanto dos tribunais, e buscando-se ao mesmo tempo diminuir

incertezas para a execução de parcerias eficientes e deixar claro quais acordos anticompetitivos são objeto de persecução e sanção.⁴⁹¹

A experiência norte-americana também aponta que a segurança jurídica está diretamente relacionada a outra variável de avaliação de medidas institucionais já adotadas ou sob deliberação: os custos referentes ao desenho e aplicação de diferentes configurações de normas jurídicas. Quando da análise dos fatores que determinam a dependência de trajetória na dinâmica de mudança institucional (Subseção 3.B.ii acima), foram apresentados certos custos i) incorridos pelas autoridades e legisladores, em termos de esforços para redação, deliberação e aprovação de normas; estruturação de procedimentos adequados e alocação de profissionais; obtenção de informações por meio de investigações e notificações; elaboração e divulgação de decisões; arquivos etc.; bem como ii) despendidos pelas empresas para a compreensão e observância das normas (*compliance*), tais como tempo dos administradores e colaboradores internos para entendimentos de restrições aplicáveis; desenho de políticas comerciais conformes; assessoria econômica e jurídica externa; taxas e recursos humanos e materiais para cumprimento de formalidades burocráticas, dentre outros. Além desses, uma terceira categoria de custos é relevante, a saber, os custos sociais com os erros na aplicação das normas, conhecidos como os de Tipo I (falsos positivos, em que conduta benéfica à sociedade é proibida ou restrita) e de Tipo II (falsos negativos, em que condutas nocivas continuam sendo praticadas).⁴⁹²

⁴⁹¹ Vide, nesse sentido, a recomendação de BAUMOL: “Where there has been no explicit announcement of policy by the authorities indicating as specifically as possible what types of coordination and of what degree will meet with interference by the agency, and under what circumstances they will forebear, firms may well feel that a threat overhangs activity that they have reason to consider benign. (...) If so, something may be gained from an attempt by the regulatory authorities to minimize this sort of uncertainty. [I]t may be equally desirable to have a public pronouncement indicating just what the authorities will seek to prevent. In particular, when there is reason to fear that industry expenditure on R&D is less than optimal, they should make explicit that any attempt by the participants in a technology consortium to fix industry expenditure on innovation will be looked upon as unfavorably as price fixing.” BAUMOL, When is inter-firm coordination beneficial?, p. 736.

⁴⁹² Os custos envolvidos na elaboração e aplicação de diferentes tipos de normas jurídicas é tema explorado em diversos estudos de *law and economics*. Embora muitos propugnem soluções ótimas – que, como visto, são questionáveis em um contexto dinâmico de mudança institucional promovido por agentes com racionalidade limitada –, a análise detalhada dos custos aplicáveis em diferentes configurações institucionais presente em tais trabalhos é bastante pertinente. Para exemplos representativos, vide EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A., Economic Analysis of Legal Rulemaking, An, **Journal of Legal Studies**, v. 3, p. 257, 1974; GAROUPA, Nuno, Optimal law enforcement and criminal organization, **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 63, n. 3, p. 461–474, 2007; OGUS, Anthony, Information, error costs and regulation, **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 4, p. 411–421, 1992.; OTT, Claus; SCHÄFER, Hans-Bernd, Negligence as untaken precaution, limited information, and efficient standard formation in the civil liability system, **International Review of Law**

Exemplo representativo das discussões quanto aos custos de administração de normas antitruste nos EUA se deu durante o processo legislativo do NCRA em 1984, em que foi considerada a alternativa institucional de procedimento de aprovação formal de *joint ventures* de P&D pelo DOJ, de acordo com critérios mais precisos de aprovação também previstos em lei. Embora esse procedimento provesse um maior grau de segurança para as empresas (pois implicaria isenção antitruste total, tal como na Comunidade Europeia), foi descartado em favor de mecanismo de mero registro para isenção parcial dos *treble damages*, por conferir um grau adequado de segurança sem certos custos públicos e privados que tal certificação envolveria. Os comentários do representante do DOJ nas audiências no Congresso a respeito dos projetos de lei então sob consideração são ilustrativos:

“S. 568 and S. 1383 each involve a procedure under which the Attorney General would be required to certify that applicant joint R&D ventures satisfy the criteria established under the bills. In its role as certifier, the Department would be required to oversee the structure and conduct of all joint R&D ventures, regardless of their anticompetitive potential. This would unnecessarily interfere with numerous innocuous joint ventures. Furthermore, it would entail the expenditure of substantial Departmental resources that could be better spent investigating and prosecuting anticompetitive behavior. The Administration's approach rejects the certification route and instead would allow the Department to target its limited resources against joint R&D activities that the Department has reason to believe are anticompetitive. (...) A certification approach which is adopted in a number of these bills requires an elaborate and expensive procedure with respect to all joint ventures notwithstanding that few, indeed, should be troublesome. I really think it is an expense not only for the Government but also for the private entities that will itself tend to deter use of this new vehicle that we are attempting to create”.⁴⁹³

Como se pode notar, as deliberações sobre o NCRA preocuparam-se com os três tipos de custos apontados acima, com destaque para a diminuição de erros Tipo I e II. Trata-se de típica análise institucional comparativa apontada na Seção 3.A acima para identificação de soluções institucionais superiores – falhas, mas menos remediáveis. Não à toa, os benefícios decorrentes da aplicação do NCRA *vis a vis* seus menores custos de administração foram decisivos para que o regime institucional nele contido moldasse a trajetória para adoção de regras concorrenciais específicas futuras em sede

and Economics, v. 17, n. 1, p. 15–29, 1997; SCHÄFER, **Legal Rules and Standards.**; e SHAVELL, **Optimal Structure of Law Enforcement**, The.

Para uma discussão quanto ao direito concorrencial, vide JOSKOW, Paul L., *Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies*, **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 18, n. 1, p. 95–116, 2002.; e CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang, *Competition policy with optimally differentiated rules instead of “per se rules vs rule of reason”*, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 2, n. 2, p. 215–244, 2006.

⁴⁹³ U.S. SENATE, **The National Productivity and Innovation Act and related legislation.**, p. 37; 190.

legislativa para outras formas de colaboração interempresarial, por meio do NCRPA e do SDOAA, bem como influenciasse a elaboração de instrumentos de orientação como o *IP Guidelines* e o *Competitor Collaborations Guidelines*.

Convém neste ponto detalhar de que maneira a adoção de regras antitruste mais precisas para conferir a vantagem institucional comparativa de maior segurança jurídica às empresas (i.e., mais sofisticadas) impacta diretamente essas três classes de custos, a fim de prover subsídios à avaliação da realidade brasileira a ser empreendida no **Capítulo 5** próximo. Na perspectiva das empresas, pode-se considerar dois tipos principais de custos que são minorados por maior sofisticação institucional, os quais são correlacionados entre si. Em primeiro lugar, como apontado nos diversos exemplos acima de mudança institucional no direito antitruste norte-americano, regras mais claras e precisas sobre a licitude e ilicitude concorrencial das diversas hipóteses de colaboração diminuem os riscos de participação de projetos conjuntos de inovação, em termos de probabilidade de penalização ou de restrições. Em segundo lugar, regras e critérios mais específicos e explícitos bem como mecanismos claros de controle facilitam seu aprendizado por administradores e empregados das empresas, tendo por consequência a minoração dos custos administrativos envolvidos no cumprimento das normas.⁴⁹⁴ Assim, essa vantagem comparativa institucional se traduz, também, em menores custos de *compliance* para agentes econômicos que atuem em jurisdição dotada de sofisticação institucional.⁴⁹⁵

À medida que instituições vão sendo ajustadas e especificadas pela aprendizagem de autoridades, tribunais e legisladores, podem ser minorados (embora não eliminados) os custos sociais com erros Tipo I e II. Nesse mesmo sentido, deve-se considerar preferíveis (i.e. comparativamente superiores) regras e procedimentos mais específicos e claros a outros mais genéricos na medida em que aqueles promovam um maior número de parcerias que gerem inovação tecnológica, ainda que autorizem também alguns arranjos injustificadamente restritivos. Note-se ademais que a avaliação quanto a esse tipo de custo não é estática, pois afetada tanto por reações estratégicas criativas de agentes econômicos para se evadir das normas concorrenciais (como visto na Subseção 3.B.ii acima), quanto pelo desenvolvimento de estudos empíricos e

⁴⁹⁴ Vide MARTINEZ, **Controle de concentrações econômicas e países em desenvolvimento: a necessidade de uma análise de custo-benefício.**, p. 114-117.

⁴⁹⁵ Vide a análise do cálculo empresarial constante na Seção 2.C acima, bem como JOSKOW, *Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies.*, p. 99.

teóricos que alteram o conhecimento disponível sobre efeitos benéficos ou nocivos de determinadas condutas.⁴⁹⁶ Estes podem ser exemplificados na experiência norte-americana pela influência dos diversos estudos sob influência neoschumpeteriana desenvolvidos a partir da década de 1980 a respeito dos efeitos benéficos de arranjos colaborativos pró-inovação.⁴⁹⁷

Por fim, na perspectiva de autoridades e legisladores, além dos custos sociais de erros decisórios e do provimento da vantagem institucional de maior segurança jurídica às empresas, também podem ser considerados os custos envolvidos na *elaboração e aplicação* de regras que sejam mais abstratas ou mais precisas. *Ceteris paribus*, normas compostas por conceitos abertos implicam menor custo de elaboração e maior dispêndio de recursos no processo decisório de aplicação, na medida em que envolvem maior esforço para a aprendizagem e a aplicação devidamente motivada de princípios genéricos a casos concretos.⁴⁹⁸ Já a elaboração de regras mais específicas é mais custosa que a de normas genéricas, mas pode economizar escassos recursos humanos e materiais da autoridade responsável quando de sua aplicação ao longo do tempo.⁴⁹⁹

Tendo em conta tais parâmetros, investir na elaboração de regras e procedimentos mais específicos se justifica quando a conduta a ser regulada for mais frequente. Todavia, situações menos comuns são melhor tratadas por meio de normas mais genéricas.⁵⁰⁰ Nesse sentido, KOMESAR considera que as principais variáveis a afetar a ponderação dos custos de elaboração e aplicação de normas jurídicas específicas

⁴⁹⁶ Nesse sentido, vide a observação de WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, p. 283; 287): “Antitrust responsiveness to new developments in economic theory only occurs with a lag. After all, economics is subject to fads and fashions, which are best sorted out through sustained academic critique. Moreover, even those developments that survive such criticism must be operationalized. (...) The rules in force at each point in time would thus be required to pass an administrability test, but provision would be made to successively improve the rules upon refining the relevant theory and our understanding of complex phenomena.”

⁴⁹⁷ Apresentados na Seção 2.B e na nota de rodapé 432 acima.

⁴⁹⁸ Uma discricionariedade sobremodo ampla pode ademais também dar azo a condutas oportunistas inadequadas por parte das autoridades, em termos de venalidade pura e simples (vide SCHÄFER, *Legal Rules and Standards*, p. 3). Todavia, o presente estudo não trabalha diretamente com essa hipótese, na medida em que considera que a autoridade pública, ao aplicar norma de caráter mais genérico, incorre em maiores custos para motivar de maneira adequada suas decisões justamente para demonstrar impessoalidade e ausência de favorecimento ou corrupção. De qualquer modo, persiste a possibilidade de casuísmos injustificados, tratada como fator de incerteza para os agentes econômicos no estudo.

⁴⁹⁹ Vide *Ibid.*, p. 1-2. Vide também a análise quanto ao custo de elaboração de guias de orientação ilustrada pela experiência com o *IP Guidelines* constante nas páginas 163-164 acima.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 2.

(*rules*) ou genéricas (*standards*) são o grau de complexidade e o número de situações ou conflitos a serem analisados/decididos:

“As courts are confronted with more litigation and more demand on their resources, simple rules or crystal will look attractive. These simple rules reduce uncertainty about adjudicative outcomes, facilitate settlement, and allow courts to allocate decision making elsewhere, thereby sharing responsibility with other institutions. (...) Strains on judicial competence and resources make the decision not to decide attractive.

Increasing numbers and complexity place strains on both the demand for and supply of law, thereby creating conflict between rules and standards. Increasing complexity means that courts will want more flexible formulations that allow them to learn and adapt in the more complex setting and yet, at the same time, increasing numbers mean that courts will want simpler, clearer formulations that reduce the amount and cost of litigation and allocate decision making elsewhere”.⁵⁰¹

Embora o texto trate de órgãos do Judiciário (*courts*), as mesmas questões se apresentam a autoridades antitruste com competências judicantes, tal qual o CADE. A previsão de um maior número de casos a serem decididos recomenda a adoção de regras mais específicas, critérios claros e procedimentos próprios, pois cada decisão implicará dispêndio menor dos limitados recursos disponíveis. Já a previsão de análise de casos mais complexos favorece regimes baseados em conceitos mais abertos, que favoreçam ao aplicador do direito a capacidade de apreender os detalhes de cada caso concreto e, com isso, evitar custos sociais com erros Tipo I ou II.

O dilema entre esses dois critérios surge quando se deve administrar grande quantidade de casos complexos, situação que, mantida no tempo, pode levar a movimento cíclico da autoridade no sentido de ora adotar critérios mais precisos, ora mais abstratos, o que gera incerteza jurídica e os correlatos custos de erros decisórios e de adaptabilidade dos administrados/jurisdicionados.⁵⁰² Exemplo desse ciclo pode ser constatado nas diversas mudanças estabelecidas pelos tribunais norte-americanos ao longo do século XX nos respectivos âmbitos de aplicação da ilicitude *per se* (regra de aplicação simples, de fácil administração) e da regra da razão (em que se avaliam diversos aspectos fáticos complexos para identificação de eficiências e eventual caracterização de ilicitude).⁵⁰³ As incertezas decorrentes desse ciclo motivaram, dentre outros fatores, solução legislativa para prover maior segurança jurídica às empresas quanto a arranjos interempresariais inovadores nos EUA, que, como se pode notar da

⁵⁰¹ KOMESAR, *Law's Limits*., p. 160.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 163-164.

⁵⁰³ Vide Subseção 4.A.i acima e breve descrição constante em CHRISTIANSEN; KERBER, Competition policy with optimally differentiated rules instead of “per se rules vs rule of reason”, p. 217-2018.

transcrição dos comentários do DOJ acima, claramente considerou tanto a frequência das condutas quanto o seu grau de complexidade.

Na visão de KOMESAR, essas custosas mudanças entre critérios específicos e genéricos por parte de aplicadores do direito (autoridades e tribunais) decorrentes do dilema provocado pela necessidade de gerir grande número de casos complexos só podem ser minoradas se os formuladores da política pública pertinente (*decision makers*) obtiverem conhecimentos mais sofisticados quanto ao funcionamento de instituições e a escolhas entre alternativas institucionais.⁵⁰⁴ Tal recomendação – com a qual se concorda, pois diretamente relacionada à hipótese do presente trabalho – justifica esforço de sistematização dos elementos de sofisticação institucional em preparação à análise a ser empreendida no próximo capítulo a respeito do direito concorrencial brasileiro. Nesse sentido, a Tabela 3 abaixo contém proposta de tal sistematização, tendo por base os elementos constantes na Tabela 1 acima a fim de organizar os critérios avaliativos correlacionados da segurança jurídica e dos custos envolvidos na elaboração e aplicação de normas.

⁵⁰⁴ “Although this cycling may be understandable, it is costly. It decreases stability and certainty, increases the expenditure of societal resources to adjust to these changes, and deters important transactions and productive activities. (...) This costly cycling can be reduced only if judges and other societal decision makers gain greater sophistication about institutions and institutional choice”. KOMESAR, *Law’s Limits.*, p. 163.

Tabela 3 – Principais fatores de escolha institucional em contexto dinâmico

N2 (Ambiente Institucional)		N3 e N4
Instituição (Formas de controle / Critérios materiais)	Economias de 1ª. Ordem (custos de elaboração e aplicação por legisladores e autoridades / erros Tipo I e II)	Economias de 2ª e 3ª ordem Via arranjos de governança e alocação de recursos materiais e humanos por empresas e outras organizações privadas
Lei / Ato do Parlamento (instituição derivada do processo político)	Genérica	<u>Leis e Regulamentos/Guias Genéricos</u> - Conceitos indeterminados podem dar flexibilidade para estruturação de diversos tipos de arranjos restritivos justificáveis. - Incerteza quanto a sanções/restrições dificulta adoção de arranjos mais complexos (como os adotados em suporte a projetos de inovação), que exigem investimentos em ativos específicos. - Maior custo de <i>compliance</i> . <u>Leis e Regulamentos/Guias Específicos</u> - Maior grau de certeza para estruturação de arranjos considerados lícitos/regulares. Especialmente importante para aqueles arranjos que exijam investimentos em ativos específicos. Grau de certeza é maior com regras previstas em lei, por serem mais estáveis que normas infralegais.
	Específica	
Regulamen- to e Guia (instituição derivada de processo administra- tivo)	Genérica	- Maior custo de elaboração / Maior custo para aplicação, embora possa especificar em algum grau dispositivos legais genéricos, gerando algumas economias de custos de aplicação. - Manutenção de grau de discricionariedade para lidar com condutas complexas a fim de evitar erros I e II e manter escopo para aprendizagem, inclusive quanto a impactos de inovações tecnológicas e de reações estratégicas de empresas. - Incerteza pode inviabilizar condutas benéficas por parte das empresas (erro I).
	Específica	

N2 (Ambiente Institucional)		N3 e N4
Instituição (Formas de controle / Critérios materiais)	Economias de 1ª. Ordem (custos de elaboração e aplicação por legisladores e autoridades / erros Tipo I e II)	Economias de 2ª e 3ª ordem Via arranjos de governança e alocação de recursos materiais e humanos por empresas e outras organizações privadas
Precedente / Jurisprudência (instituição derivada de casos e litígios concretos) ^{1,2}	Genérica <ul style="list-style-type: none"> - Menor custo de elaboração / Maior custo para aplicação, embora possa especificar em algum grau dispositivos legais e infralegais genéricos, gerando algumas economias de custos de aplicação em casos futuros semelhantes. - Manutenção de grau de discricionariedade para lidar com condutas complexas a fim de evitar erros I e II e manter escopo para aprendizagem em casos futuros semelhantes, inclusive quanto a impactos de inovações tecnológicas e de reações estratégicas de empresas. - Incerteza pode inviabilizar condutas benéficas por parte das empresas (erro I). 	<ul style="list-style-type: none"> - Mesmos impactos apontados quanto a Leis e Regulamentos/Guias Genéricos ou Específicos. Todavia, grau de segurança jurídica para empresas é em regra inferior ao provido pelas outras instituições jurídicas, dado que i) precedentes sobre um mesmo tema podem apresentar inconsistências entre si; ii) especificidades factuais de casos concretos geram dúvidas quanto à aplicabilidade de precedentes a outros contextos fáticos; iii) precedentes são menos divulgados que Leis e Regulamentos/Guias; e iv) um novo precedente pode alterar as hipóteses normativas.
	Específica <ul style="list-style-type: none"> - Maior custo de elaboração / Menor custo para aplicação, gerando economias mais expressivas de custos administrativos de aplicação ao longo do tempo em casos futuros semelhantes. - Critérios mais precisos podem diminuir erros I e II, ao sinalizarem com maior clareza aprovação de condutas benéficas e reprovação de condutas nocivas. Mais adequada para condutas frequentes e menos complexas, com menor exigência informacional. - Especificação de hipóteses pode ser alterada de maneira menos custosa do que Lei e Regulamentos/Guias, com base em aprendizado. 	
		→ Impactos na competitividade das empresas e, em nível agregado, no desenvolvimento econômico do país/região.

¹ Relevância de precedentes varia significativamente entre sistemas jurídicos de *civil law* e *common law*.

² A princípio, instrumento inadequado para coordenação de instituições complementares, dado resultar de caso ou litígio concreto e não de deliberação específica para conjugar políticas públicas de alcance geral. Não obstante, Precedentes podem aplicar em um caso concreto instituições complementares e, com isso, sinalizar (de maneira mais imperfeita que via Lei ou Regulamentos/Guias) a possibilidade de tal coordenação.

Fonte: Elaboração própria.

Como todo esforço de sistematização e classificação, o quadro acima envolve escolhas quanto aos elementos a serem incluídos e a forma de qualificá-los.⁵⁰⁵ Desse modo, tal tabela poderia ser alterada e ampliada de diversas formas, a depender do enfoque adotado. Para o presente trabalho, a sistematização apresentada contém os principais elementos descritos ao longo do estudo e busca apontar a relação entre eles, sob o referencial teórico desenvolvido no Capítulo 3 a respeito do funcionamento de instituições e da dinâmica de mudança institucional em economias capitalistas, bem como aspectos empíricos verificados na experiência dos Estados Unidos e a discussão mais detalhada sobre custos ao longo deste Capítulo 4.

Em especial, são apresentados i) as relações entre instituições formais, arranjos de governança e desempenho econômico (i.e., a relação direito→mercados); ii) a possibilidade de retroalimentação mercados→direito causada por inovações tecnológicas e comportamentos estratégicos de *players* privados; iii) os diversos custos de implantação e troca de instituições jurídicas que conformam dependências de trajetória; iv) a possibilidade de estruturação de mecanismos de coordenação entre instituições complementares; v) a comparação de impactos dos diferentes tipos de normas jurídicas (leis, regulamentos/guias e jurisprudência), de acordo com suas características institucionais quanto a hierarquia, nível de publicidade, requisitos de aprovação e modificação e correlato grau de estabilidade; e v) a relevância da segurança jurídica para diminuição de incertezas envolvidas na estruturação de arranjos interempresariais para suportar processos complexos de inovação tecnológica.

Em suma, trata-se de sistematização que busca explicitar os principais elementos relevantes para considerações de legisladores e autoridades formuladoras de políticas públicas – no caso, a de defesa da concorrência. A tabela representa um esforço para melhor compreensão do funcionamento e impactos de diferentes tipos de instrumentos normativos, ou, em terminologia proposta por BORA, de organização do ‘conhecimento técnico-regulatório’ (*regulierungstechnisches Wissen*)⁵⁰⁶ disponível, o qual é de

⁵⁰⁵ Sobre questões metodológicas envolvidas na seleção de elementos relevantes para a descrição de fenômenos sociais, tendo por parâmetros discussões na teoria econômica, vide SEN, Amartya, *Description as choice*, **Oxford Economic Papers**, v. 32, p. 353–363, 1980.

⁵⁰⁶ BORA, *Innovationsregulierung als Wissensregulierung*, p. 33-38. O autor ainda aponta dois outros tipos de conhecimento que são relevantes para a regulação jurídica de inovações tecnológicas: o ‘conhecimento de prognose’ (*Prognosewissen*), consistente na antecipação sobre prováveis inovações tecnológicas futuras e seus efeitos; e o ‘conhecimento sobre decisões de risco’ (*Risikoentscheidungs-Wissen*), o qual afeta cada decisão jurídica envolvendo inovações tecnológicas, e que abrange o reconhecimento da impossibilidade de se não decidir (posto que a omissão também é decisão sobre o

fundamental importância para a regulação jurídica do complexo fenômeno da inovação tecnológica.

Tendo em conta essa sistematização, a concepção de sofisticação institucional tratada ao longo deste estudo pode ser melhor detalhada: ela é caracterizada por normas jurídicas específicas a reger arranjos interempresariais para projetos de inovação tecnológica, as quais são adotadas de forma deliberada e estratégica por legisladores e autoridades responsáveis pela política de defesa da concorrência para, de acordo com os conhecimentos disponíveis, i) prover vantagens institucionais comparativas para as empresas baseadas no país, em termos de maior segurança jurídica quanto à legalidade de restrições justificáveis e diminuição de custos de *compliance* para o desenvolvimento desses projetos; ii) diminuir custos com administração (i.e., elaboração e aplicação dessas normas) e com erros Tipo I e II; e iii) integrar matriz institucional composta por instituições complementares que se reforçam mutuamente, notadamente as da política de inovação tecnológica. Essa perspectiva pode ser sumarizada pela análise de FARINA:

“A convergência entre as duas modalidades de política [antitruste e industrial/de inovação tecnológica] é orientada pelo objetivo comum de estímulo à obtenção de vantagens competitivas dinâmicas, em mercados crescentemente integrados. As políticas antitruste têm como papel manter o vigor competitivo, quando esse vigor não é uma característica natural dos mercados. A política industrial tem como objetivo estimular a criação e desenvolvimento de instituições e organizações que garantam a provisão dos bens públicos e coletivos que interferem na competitividade privada. Colocado nesses termos, esses dois conjuntos de instrumentos de ação encerram as forças de cooperação e conflito, ingredientes necessários para a busca incessante da inovação e da eficiência”.⁵⁰⁷ (grifo nosso)

Nesse sentido, o direito antitruste norte-americano desenvolveu, ao longo das últimas quatro décadas, crescente sofisticação institucional quanto ao regime aplicável a diversas formas de colaborações entre empresas para desenvolvimento de inovações tecnológicas, conferindo maior segurança jurídica para adoção de restrições necessárias à estruturação desses arranjos, conforme a seguinte tabela, derivada da Tabela 3 acima:

impacto de novas tecnologias), da existência e dos limites de efeitos desconhecidos da decisão, e da possível responsabilidade da autoridade competente por tais efeitos ainda desconhecidos.

⁵⁰⁷ FARINA, Elizabeth M. M. Q., Regulamentação, Política Antitruste e Política Industrial, *in*: FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvia Macchione; DE AZEVEDO, Paulo Furquim (Eds.), **Competitividade: mercado, estado e organizações**, São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 115–162., p. 154.

Tabela 4 – Atual regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica nos Estados Unidos

<i>Tipo de arranjo</i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i> ¹	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Tipo de instituição			
Lei / Ato do Parlamento	- <i>Sherman Act, Clayton Act</i> etc.: genéricos - NCRA (1984) e NCRPA (1993): específicos	- <i>Sherman Act, Clayton Act</i> etc.: genéricas	- <i>Sherman Act, Clayton Act</i> etc.: genéricas - SDOAA (2004): específica
Guia (específico)	- <i>Health Care Statements</i> (1996) - <i>Competitor Collaborations Guidelines</i> (2000)	- <i>IP Guidelines</i> (1995)	Não aplicável
Precedente/ Jurisprudência	- Decisões da Suprema Corte e tribunais superiores.	- Decisões da Suprema Corte e tribunais superiores. - <i>Business reviews</i> referentes a <i>patent pools</i> de DVD e MPEG (1997-1999), dentre outros	- Decisões da Suprema Corte e tribunais superiores. - <i>Business reviews</i> referentes a <i>patent pools</i> de DVD e MPEG (para <i>standards</i> com patentes)
Formas de controle / Critérios materiais	- Todas as JVs e seus integrantes são sujeitos a contestação judicial (por DOJ/FTC ou autores privados) e ao pagamento de <i>treble damages</i> , com qualificações: i) JVs que se enquadrem no NCRA e NCRPA devem ser analisadas sob a regra da razão. ii) DOJ/FTC avaliam proposição de ações com base em regra da razão articulada em Guias, que contêm <i>safety zones</i> . iii) JVs registradas no DOJ não estão sujeitas ao pagamento de <i>treble damages</i> . - Empresas podem consultar DOJ/FTC para tirar dúvidas sobre arranjos complexos (<i>business reviews</i>).	- Todos os licenciamentos são sujeitos a contestação judicial (por DOJ/FTC ou autores privados) e ao pagamento de <i>treble damages</i> , com qualificações: i) DOJ/FTC avaliam proposição de ações com base em regra da razão articulada no Guia, que contém <i>safety zones</i> . ii) Tal Guia foi reconhecido como adequado em precedente da Suprema Corte (caso <i>Illinois Tool Works</i> [2006]). - Empresas podem consultar DOJ/FTC para tirar dúvidas sobre arranjos complexos (<i>business reviews</i>).	- Todas as <i>standard setting organizations</i> (SSO) são sujeitas a contestação judicial (por DOJ/FTC ou autores privados) e ao pagamento de <i>treble damages</i> , com qualificações: i) SSOs que se enquadrem no NCRA e NCRPA devem ser analisadas sob a regra da razão. ii) SSOs registradas no DOJ não estão sujeitas ao pagamento de <i>treble damages</i> (mas seus membros estão). - Empresas podem consultar DOJ/FTC para tirar dúvidas sobre arranjos complexos (<i>business reviews</i>).
Instituição complementar	Normas editadas sob o <i>Domestic Policy Review</i> – DPR (1979), com destaque para o <i>Stevenson-Wydler Technology Innovation Act</i> e <i>Bayh-Dole Act</i> (1980)		Normas editadas sob o DPR, bem como o NTTAA (1995)

<i>Tipo de arranjo</i>	<i>JVs de P&D e de Produção¹</i>	<i>Licenciamento de PI</i>	<i>Normalização Técnica</i>
Economias de 1ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Registro de JVs demanda poucos recursos da autoridade, e permite monitoramento constante de práticas de mercado. - Guias economizam recursos da autoridade na avaliação de novos casos cada vez mais frequentes de JVs, e detalham aspectos de condutas benéficas e nocivas, minorando erros tipo I e II - JVs continuam sujeitas a contestação judicial (e a <i>single</i> ou <i>treble damages</i>), para incentivar <i>compliance</i>. - Consultas não demandam análise tão aprofundada, pois não vinculam a autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Guia economiza recursos da autoridade na avaliação de novos casos cada vez mais frequentes de licenciamento, e detalha aspectos de condutas benéficas e nocivas, minorando erros tipo I e II - Licenciamentos estão sujeitos a contestação judicial e a <i>treble damages</i>, para incentivar <i>compliance</i>. - Consultas não demandam análise tão aprofundada, pois não vinculam a autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Registro de SSOs demanda poucos recursos da autoridade, e permite monitoramento constante de práticas de mercado. - SSOs continuam sujeitas a contestação judicial (e a <i>single</i> ou <i>treble damages</i>), para incentivar <i>compliance</i>. - Membros das SSOs estão sujeitos a contestação judicial e a <i>treble damages</i>, para incentivar <i>compliance</i> (especialmente uso oportunista de patentes). - Consultas não demandam análise tão aprofundada, pois não vinculam a autoridade.
Economias de 2ª e 3ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Empresas têm opção de registro de JV (de baixo custo de <i>compliance</i>) para diminuição de risco de <i>treble damages</i>, e certeza de análise de JVs pelo Judiciário sob a regra da razão (explicitada por DOJ/FTC em guias), o que incentiva participação nesse tipo de arranjo. - Aumento expressivo desses arranjos nos EUA com base em incentivos conjuntos de regime especial antitruste e política de inovação, especialmente nos setores de alta tecnologia (como a SEMATECH), viabilizando incremento da competitividade das empresas frente a competidores estrangeiros. 	<ul style="list-style-type: none"> - Empresas têm, com base no <i>IP Guidelines</i>, maior clareza quanto aos critérios empregados por DOJ/FTC – autores de ações judiciais paradigmáticas na área de propriedade intelectual – na aplicação da regra da razão para avaliar esse tipo de arranjo cada vez mais comum, diminuindo custos de <i>compliance</i> e riscos de participação nesse tipo de arranjo. - Respaldo da Suprema Corte ao <i>IP Guidelines</i> aumenta grau de certeza de empresas em ações privadas de indenização e reforça economias de custo de <i>compliance</i> e diminuição de riscos. 	<ul style="list-style-type: none"> - SSOs têm opção de registro (de baixo custo de <i>compliance</i>) para diminuição de risco de <i>treble damages</i>, e certeza de análise pelo Judiciário sob a regra da razão, o que incentiva participação nesse tipo de arranjo. - Aumento expressivo das atividades desses arranjos nos EUA com base em incentivos conjuntos de regime especial antitruste e política de inovação (via NTTAA), com estabelecimento de padrões uniformes consensuais para toda a economia norte-americana (i.e., sem dualidade de padrões estatais e privados), gerando fortes economias de escala.

¹ Abrange primordialmente *joint ventures* de caráter cooperativo, pois as de cunho concentracionista que sejam de notificação obrigatória são analisadas e processadas como atos de concentração (*mergers*), nos termos do *Clayton Act* e legislação correlata, como *Celler-Kefauver Act*, *Hart-Scott-Rodino Act* e *Horizontal Mergers Guidelines* DOJ/FTC.

Fonte: Elaboração própria.

Duas considerações são ora pertinentes, antes da avaliação do regime antitruste aplicável a cooperações inovadoras no Brasil sob o critério de sofisticação institucional, a ser empreendida no próximo capítulo. Em primeiro lugar, tal critério não presume uma superioridade das regras jurídicas de países desenvolvidos *vis a vis* as de países pobres ou de renda média apenas e tão somente por conta do grau de desenvolvimento do país. O principal elemento do critério é a adoção *deliberada e estratégica* de normas jurídicas específicas para acordos interempresariais inovadores que levem em conta a importância desse tipo de arranjo para o progresso técnico do país, de acordo com os conhecimentos disponíveis aos formuladores da política antitruste. Assim, normas de países ricos podem não ser sofisticadas, como constatado pelos EUA ao final da década de 1970 ao comparar seu direito antitruste ao de países (então) menos desenvolvidos, como o Japão.⁵⁰⁸ Por outro lado, países em desenvolvimento podem explicitamente levar em consideração as suas realidades econômicas e desenvolver, de acordo com os (limitados) recursos e conhecimentos disponíveis e sua estratégia de inovação, suas próprias regras antitruste mais sofisticadas para fomentar colaborações inovadoras visando desenvolvimento tecnológico. Se novos recursos passarem a estar disponíveis por conta de crescimento econômico ou realocação de prioridades orçamentárias, pode-se então avaliar inovações institucionais devidamente deliberadas. Trata-se, nesse sentido, de considerar também a formulação da política de defesa da concorrência como parte do exercício de “amarração das próprias botas” para trilhar o caminho do desenvolvimento econômico, na feliz expressão cunhada por SABEL.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Vide, nesse sentido, a descrição de GERBER, **Global Competition Law.**, p. 231 e ss.) sobre a evolução do direito concorrencial japonês, em capítulo adequadamente intitulado “Competition Law and the Developmental State”. Vide também AMSDEN; SINGH, *The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea.*, p. 949-950: “The central objective of competition policy in these economies has been dynamic rather than static efficiency. Instead of maximum competition, these countries have therefore deliberately restricted it in many directions in order to increase their investment rate and to accelerate their technological development. However, competition, but not of the traditional textbook variety, has also been encouraged in important ways: both Japan and Korea have fostered intense oligopolistic rivalry in individual industries among competing conglomerates. (...) during much of the high growth period in Japan, despite all the government restrictions on competition, industrial concentration actually fell. This was due to the fact that investment and output rose rapidly, leading to sizeable new entry and fast growth of small firms.”

⁵⁰⁹ SABEL, *Bootstrapping Development.*, e SCHAPIRO, Mario Gomes, *Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado*, **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 341–352, 2011.

Em segundo lugar, um elemento de destaque na avaliação da sofisticação institucional do direito concorrencial de países em desenvolvimento é a diminuição de custos de administração de regras pelas autoridades. Se por um lado pode ser complexo identificar em que medida determinadas regras podem diminuir ou aumentar erros I e II ou fomentar condutas benéficas, é mais simples aferir impactos em custos públicos de administração de normas. Em países em desenvolvimento, autoridades concorrenciais dispõem de bem menos recursos que suas homólogas dos EUA e Europa e, como tal, possuem em regra maior dificuldade para administrar normas sobretudo genéricas, como bem resumido por LEE:

“Developing countries that are drafting competition laws face difficult choices. There may be trade-offs between the ease of enforcement with the accuracy of enforcement. Per se illegality is relatively easy to enforce but runs the risk of penalizing an optimal business practice. Quantitative benchmarks and thresholds have similar effects – they may be easy to use but can be wrongly applied. There is also little consensus on how the levels of these quantitative measures ought to be computed. It may be that the appropriate choice can be determined by the capacities of the competition agency. The irony is of course, the broader and the more qualitative the objectives of a competition law are, the more difficult it may be to enforce such a law”.⁵¹⁰

Desse modo, recursos materiais e humanos limitados por parte das autoridades aplicadoras podem determinar que regras mais específicas, adotadas de maneira deliberada para economizá-los, apresentem maior sofisticação institucional.⁵¹¹ Tal avaliação deve no entanto simultaneamente ponderar a disponibilidade de recursos a empresas para *compliance*, especialmente as de pequeno e médio porte, que, como visto na experiência norte-americana, podem ter papel relevante na dinâmica do Sistema Nacional de Inovação.

⁵¹⁰ LEE, Cassey, Model competition laws, *in*: COOK, Paul; FABELLA, Raul; LEE, Cassey (Orgs.), **Competitive advantage and competition policy in developing countries**, Cheltenham: Edward Elgar, 2007, p. 29–53., p. 41.

⁵¹¹ Vide SCHÄFER, Hans-Bernd, **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital: Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?**, Hamburg: University of Hamburg, 2001.

5) BRASIL: NORMAS GENÉRICAS, PRIMAZIA DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E AUSÊNCIA DE COORDENAÇÃO COM POLÍTICA DE INOVAÇÃO

QUER-se evitar, em suma, que os males mais ostensivos do desenvolvimento capitalista se repitam no país, impedindo-se que entre nós se cometam erros praticados alhures. Pretende-se corrigir juridicamente abusos que alguns consideram inevitáveis no desenvolvimento do regime capitalista. De qualquer sorte, a política de repressão ao abuso de poder econômico corresponde à tendência de assegurar ao Estado o comando do desenvolvimento econômico, não permitindo que a liberdade de associação seja usada para retardá-lo ou desviá-lo.

Orlando Gomes, 1961⁵¹²

THE low level of existing jurisprudence to date does not currently allow the consistent formularization of objective criteria in the application of diverse situations. (...) However, institutions must inevitably pass through learning processes – which implies some trial and error – and the accumulated experience and knowledge gained are slowly improving the system.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2004⁵¹³

O capítulo anterior apresentou institutos do direito concorrencial dos Estados Unidos diretamente relacionados à tensão entre competição e cooperação intrínseca ao fenômeno da inovação tecnológica abordada na Primeira Parte. Constatou-se a adoção deliberada de regras específicas (sofisticadas) pelos formuladores da política antitruste para lidar com cooperações interempresariais, com vistas a conferir maior segurança jurídica às empresas interessadas nesse tipo de arranjo para estruturação de projetos de inovação tecnológica. Ademais, foram analisados os componentes dessa sofisticação institucional do direito antitruste norte-americano, consistentes em isenções, registros próprios e critérios explícitos e detalhados de análise constantes em diversos tipos de instrumentos normativos. Estes, como se viu, foram sendo aprovados e implantados de maneira estratégica

⁵¹² **Direito e desenvolvimento**, Salvador: Fundação Gonçalo Moniz, 1961, p. 58.

⁵¹³ Trata-se de trecho de contribuição do CADE para o Fórum Global de Concorrência da OCDE de 2004. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Challenges / Obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition - Contribution from Brazil (CADE)**, Paris: OECD, 2004., p. 5)

pelas autoridades estadunidenses, quando da percepção de desvantagens institucionais comparativas das empresas do país *vis a vis* competidoras japonesas e europeias, por meio do processo político e administrativo que se baseou nas informações aprendidas e disponíveis a respeito dos impactos da inovação tecnológica, bem como dos custos sociais, da administração pública e das empresas em contexto de dependência de trajetória.

Constatou-se, em suma, que, ao menos quanto à disciplina de colaborações entre empresas – especialmente as horizontais –, o direito antitruste norte-americano foi deliberadamente reformado para complementar as normas que institucionalizam a política de fomento à capacidade tecnológica do setor industrial, em especial nos segmentos de alta tecnologia, havendo até mesmo dispositivos claramente protecionistas no NCRPA de 1993. Desse modo, a análise histórica constante no capítulo anterior apresenta detalhes contrastantes à alegação de que o antitruste dos EUA, por conta de sua preocupação precípua com a eficiência (especialmente pós Escola de Chicago), estaria mais imune à política industrial.⁵¹⁴

Levando em conta tais considerações, três observações de cunho metodológico são aplicáveis antes da submissão da hipótese do trabalho a teste por meio da avaliação do direito concorrencial brasileiro aplicável a cooperações interempresariais.

⁵¹⁴ Vide, nesse sentido, a manifestação das autoridades norte-americanas sobre a relação entre política industrial e de defesa da concorrência em evento da OCDE: “In current use, the term ‘industrial policy’ denotes the promotion of specific industrial sectors rather than industrialization overall. (...) The United States does not have an industrial policy, as defined above. (...) At various times, measures favouring specific industries have been implemented, at both national and sub-federal levels, that some might see as constituting industrial policy. Nevertheless, competition policy, not industrial policy, is the main organising principle of the United States’ economic policy, not just a special detail engrafted onto one form of industrial intervention or another.” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Policy, Industrial Policy and National Champions**, Paris: OECD, 2009., p. 141). Vide também avaliação feita por GOLDBERG (**Poder de compra e política antitruste**, São Paulo: Singular, 2006., p. 111-123), em que afirma haver “um longo caminho de Chicago a Bruxelas”, dado que na tradição europeia verifica-se fusão entre política industrial e política antitruste, ao passo que em países de *common law*, com destaque aos EUA, predomina “a visão de que a eficiência alocativa dos mercados, qualificada pela exigência distributiva do atendimento ao ‘bem-estar do consumidor’, deve ser o objetivo primordial da política de concorrência.” (p. 121).

Em primeiro lugar, o período histórico objeto dessa avaliação é bem mais limitado do que o da análise da experiência americana, pois a política de defesa da concorrência só passou a ter relevância na matriz institucional da economia política brasileira a partir da década de 1990, especialmente com a edição da Lei 8.884/94, complementar às reformas de estabilização monetária e de liberalização econômica.⁵¹⁵ Como já apontado, nada obstante a vigência da Lei 4.137 e o funcionamento do CADE desde 1962, não se pode falar de uma política de defesa da concorrência eficaz nesse período.⁵¹⁶ Portanto, a avaliação quanto à ausência de sofisticação institucional será feita com base no regime jurídico-concorrencial aplicável a cooperações interempresariais de acordo com a Lei 8.884/94 e a superveniente Lei 12.529 (a atual “Lei de Defesa da Concorrência” – LDC).

Em segundo lugar, convém explicitar que o presente trabalho não busca avaliar institutos do direito concorrencial brasileiro de acordo com um parâmetro único normativo de eficiência, ou identificar e recomendar um objetivo último superior para o antitruste. A descrição da experiência americana aponta que a política de defesa da concorrência pode ser justificada por diversos elementos valorativos, como demonstram as múltiplas justificativas das decisões iniciais, a ascendência da Escola de Harvard, e a posterior mudança de paradigma axiológico com base na Escola de Chicago a partir da década de 1980, que se tornou hegemônica, mas não de forma absoluta. Essa mesma experiência histórica apresenta modulações da aplicação das normas concorrenciais tanto com base nas mudanças dos sistemas de convicções (*belief systems*) dos formuladores das políticas quanto por conta de contingências econômicas, com destaque para a desaplicação parcial do antitruste nos anos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial.

⁵¹⁵ AGUILLAR; COUTINHO, A evolução da legislação antitruste no Brasil.

⁵¹⁶ De acordo com SALGADO (**A Economia Política da Ação Antitruste**, São Paulo: Singular, 1997., p. 176): “Em sua primeira fase, de 1963 até 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recurso das partes inconformadas.”

Tendo em conta essa constatação, não se tem aqui a pretensão de verificar se a eficiência deve ser o único fundamento da política antitruste (como propugnado pela Escola de Chicago), se o melhor parâmetro de bem-estar é o do consumidor ou o total⁵¹⁷, ou se outro fundamento normativo de caráter não-consequencialista é superior, como a “liberdade econômica” ou uma “garantia da ordem concorrencial” abstratamente definida.⁵¹⁸ Trata-se de discussões extremamente relevantes e válidas, mas incompletas, como bem observado por PRADO FILHO:

“Essa discussão, ainda que extremamente importante, parece ter deixado de lado o papel do ambiente institucional-legal como passo intermediário na concretização da política concorrencial, tomando como neutras as instituições por meio das quais a função-objetivo que venha a ser atribuída à autoridade concorrencial [desconcentração, eficiência, liberdade etc.] será perseguida. Considerar o antitruste como instrumento de política econômica, o que me parece acertado, deveria ser considerado o *primeiro passo* de uma avaliação mais ampla, e não qualquer tipo de conclusão final. Estabelecida a natureza do direito concorrencial, deveria ser iniciada uma discussão profunda sobre *como se formam os resultados finais da política antitruste*, e quais os *problemas inerentes a esse processo político* em um mundo onde os custos de transação são positivos e onde as instituições por meio das quais a política concorrencial é concretizada não são neutras em relação ao resultado final”.⁵¹⁹ (grifo no original)

O presente estudo busca, como proposto por FORGIONI, “desnud[ar] a atuação estatal que se concretiza mediante a interpretação/aplicação das normas antitruste”⁵²⁰, com base no conceito de sofisticação institucional desenvolvido ao longo dos capítulos anteriores. Esse conceito não se apresenta propriamente como um elemento valorativo para fundamentar decisões antitruste; antes, é um critério de avaliação de normas informado pelas ideias de *remediabilidade* e de *vantagens comparativas institucionais*.

⁵¹⁷ Profundo estudo a esse respeito consta em FAGUNDES, Jorge, **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste**, São Paulo: Editora Singular, 2003.

⁵¹⁸ Nesse sentido, vide discussão apresentada por SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial**, p. 39-74), em que contrapõe a defesa da eficiência pela Escola de Chicago às ideias ordoliberais da assim chamada Escola de Freiburg (*Freiburger Schule*), que influenciou significativamente o direito concorrencial alemão e europeu. Breve descrição de desenvolvimentos da política de defesa da concorrência da Alemanha encontra-se na nota de rodapé 385 acima.

⁵¹⁹ PRADO FILHO, **Concorrência, ordem jurídica e a nova economia institucional: uma análise custo-transacional da formação da política econômica antitruste**, p. 18-19.

⁵²⁰ FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, p. 194.

Por fim, em terceiro lugar, será necessário dar maior importância a certos elementos do sistema de convicção (*belief system*) dos operadores do direito concorrencial brasileiro – isto é, ao Nível 1 da Tabela 1 acima. Isso pois, como identificado por GERBER, a aplicação das normas antitruste em países que as adotaram mais recentemente sofre maior *influência cognitiva estrangeira*, ao ser informada por teorias e doutrinas presentes em jurisdições tidas como mais avançadas, usualmente Estados Unidos e União Europeia.⁵²¹ Tendo em conta a hipótese do trabalho consistente na inexistência de regras jurídicas específicas e claras a respeito do regime antitruste aplicável a cooperações interempresariais, a consideração de elementos do sistema de convicções dos aplicadores do direito (identificáveis em documentos oficiais) buscará verificar em que medida contribuíram para o caráter genérico ou específico das normas e precedentes pertinentes.

Tendo em conta essas quatro observações metodológicas, o presente Capítulo está estruturado em quatro partes. Na **Seção 5.A**, será apresentado o contexto institucional relevante da aplicação das normas concorrenciais brasileiras, por meio da descrição das principais características do capitalismo brasileiro, determinadas historicamente (**Subseção 5.A.i**); e dos fatores que levaram à aprovação da Lei 8.884 em 1994, bem como de suas principais características (**Subseção 5.A.ii**).

A **Seção 5.B** detalha o regime jurídico-concorrencial aplicável a cooperações sob a Lei 8.884/94, destacando as controvérsias quanto à submissão de arranjos cooperativos ao regime de controle estrutural *a posteriori* (**Subseção 5.B.i**); os critérios de análise material presentes em regulamento e precedentes (**Subseção 5.B.ii**); e eventuais instrumentos de coordenação com políticas econômicas de fomento à inovação tecnológica (**Subseção 5.B.iii**).

⁵²¹ GERBER, **Global Competition Law.**, p. 228. O autor também aponta *pressões estrangeiras e estruturas internas de incentivos* como fatores relevantes para a política antitruste desses países. Este capítulo não considerará como relevantes *pressões externas*, dado que, ao contrário do que verificado em outros países, não se identifica no país a adoção de legislação antitruste como resposta a demandas feitas por outros países (tal como feito pelos EUA no Japão e na Alemanha durante a ocupação militar pós II Guerra Mundial) ou instituições multilaterais.

Já a **Seção 5.C** avalia as mudanças implementadas por meio da Lei 12.529/11, que entrou em vigor em maio de 2012. A nova LDC reformou a estrutura institucional das autoridades responsáveis pela aplicação das normas antitruste, bem como estabeleceu inovador regime de aprovação *prévia* de concentrações. Após apresentar os elementos de dependência de trajetória na aprovação da nova Lei de Defesa da Concorrência (**Subseção 5.C.i.**), busca-se detalhar a aplicabilidade desse novo regime a arranjos cooperativos interempresariais.

Com as Seções 5.B e 5.C, submete-se a teste a hipótese do trabalho quanto ao inadequado grau de sofisticação institucional do regime jurídico-concorrencial brasileiro aplicável a arranjos cooperativos pró-inovação.

a. ASPECTOS HISTÓRICO-INSTITUCIONAIS

i. O Sistema Nacional de Inovação em capitalismo tardio e hierárquico

O surgimento da economia cafeeira exportadora ao final do século XIX no sudeste brasileiro estabeleceu as bases para um sistema de produção propriamente capitalista no país, não mais baseado na escravidão mas sim em força de trabalho livre, cujos salários são empregados para o consumo de alimentos e bens manufaturados produzidos por empresas privadas. Estas reinvestem resultados e obtêm financiamentos para a expansão da produção com o fim de atender maior parcela desse mercado interno consumidor e, com isso, obter maiores lucros.⁵²² De acordo com MELLO, em conhecida monografia intitulada *O capitalismo tardio*⁵²³, a necessidade de expansão da produção de café por conta da contínua ampliação da demanda externa gerou pressões para dois movimentos a viabilizar a constituição de um núcleo de dinâmica capitalista no país: a abolição da escravidão, que impedia a formação de um mercado interno e gerava elevados custos fixos e baixa produtividade⁵²⁴; e os investimentos em estradas de ferro com rendas de exportação

⁵²² Vide FURTADO, Celso, **Formação econômica do Brasil: edição comemorativa de 50 anos**, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, Parte Quatro; BAER, Werner, **A Economia Brasileira**, 3. ed. São Paulo: Nobel, 2009, p. 47-50.

⁵²³ MELLO, João Manuel Cardoso, **O capitalismo tardio**, 11. ed. Campinas: Editora Unesp, 2009.

e financiamento estrangeiro (principalmente britânico), para que terras mais distantes pudessem ser incorporadas à inovadora cultura agrícola.⁵²⁵

Os recursos obtidos com as exportações e a expansão de um mercado interno constituído por assalariados livres atuantes na cultura cafeeira e na construção de ferrovias (ex-escravos e imigrantes europeus) geram condições para início de um (tardio) processo de industrialização em bases capitalistas. Ao final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, a constituição e expansão de novas atividades industriais são influenciadas por crises internas e externas como a Depressão de 1929 e as duas Guerras Mundiais. O aumento de preços de produtos manufaturados nesses períodos incentivava o estabelecimento de indústrias no país, principalmente de bens de consumo.⁵²⁶

Tais eventos dão causa ao estabelecimento de novas instituições de ensino e pesquisa para prover recursos humanos com treinamento adequado a uma economia em fase de industrialização. DAHLMAN e FRISCHTAK⁵²⁷ analisam a formação do Sistema Nacional de Inovação do país por meio de desenvolvimentos ocorridos a partir dessa época. Assim, em 1882 é implantada uma cadeira de Estradas de Ferro na Escola de Minas de Ouro Preto/MG, e em 1893 funda-se a Escola Politécnica de São Paulo, para a formação de engenheiros para a crescente rede ferroviária e as novas atividades industriais que se iniciam no país. Anos depois, em 1934, o Laboratório de Ensaios de Materiais da Escola Politécnica é transformado no Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT)⁵²⁸, reação paulista ao estabelecimento do Instituto Nacional de Tecnologia pelo

⁵²⁴ O autor destaca os impedimentos gerados pelo escravismo para o surgimento de atividade industrial no país: além dos elevados custos (paga-se adiantado pela vida útil da força de trabalho, ao invés de a contratar à prestação), a produtividade do trabalhador livre é maior que do escravo, que necessita de coação. Mesmo a incorporação de inovações tecnológicas se inviabilizada em regime escravagista: “Se passarmos a raciocinar (como convém) dinamicamente, veremos que as coisas ficarão muito piores para a indústria escravista. O progresso técnico é próprio ao capitalismo, enquanto está, praticamente, excluído da indústria escravista. Não somente porque existem limites estreitos à técnica adotada, decorrentes da presença do escravo, mas, também, porque é inteiramente irracional ao empresário elevar o grau de mecanização, ‘sucateando’ parte do ‘equipamento’ representado pelo mancipio antes que se esgote sua ‘vida útil’” (*Ibid.* p. 61-62).

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 65. Sobre a dinâmica internacional de construção de ferrovias, vide nota de rodapé 49 acima.

⁵²⁶ Vide FURTADO, **Formação econômica do Brasil.**, Parte Cinco; BAER, **A Economia Brasileira.**, cap. 3.

⁵²⁷ DAHLMAN; FRISCHTAK, National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience.

⁵²⁸ INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS - IPT, **Linha do Tempo IPT**, disponível em: <http://www.ipt.br/hotsites/linha_digital/index.html>, acesso em: 10 jan. 2015.

governo federal, no Rio de Janeiro.⁵²⁹ No mesmo ano, foi fundada a Universidade de São Paulo pelo governo estadual e, em 1939, estabelece-se a ABNT para lidar com os problemas de padronização técnica da nascente indústria por meio de processos consensuais de normalização.⁵³⁰

A partir da década de 1950, verifica-se a adoção, pelo governo federal, de políticas industriais proativas e sistemáticas para acelerar o processo de industrialização, lastreadas na estratégia de substituição de importações. Especialmente durante o regime militar (1964-1985), são instrumentos dessas políticas o planejamento econômico, a constituição de grandes empresas estatais em setores de infraestrutura e de indústrias de base (como siderurgia e processamento de petróleo), o incentivo a investimentos de empresas multinacionais em setores mais intensivos em tecnologia por meio de subsídios e proteção tarifária, os quais também eram providos a grandes grupos de capital nacional atuantes em diversos setores.⁵³¹ Tais políticas, como visto, implicaram a ineficácia da Lei 4.137/62, que estabeleceu o CADE para aplicar as normas de ‘repressão ao abuso do poder econômico’.

⁵²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, **História da Normalização Brasileira**, p. 48.

⁵³⁰ Vide Subseção 2.B.iv. , nota de rodapé 69

⁵³¹ Resumo interessante dessa configuração consta de CONSIDERA (Uma breve história da economia política da defesa da concorrência, **Revista do Ibrac**, v. 9, n. 5, 2002., p. 12): “Foi formada uma tríplice aliança, cuja conformação se tornaria aos poucos explícita. O governo ficou responsável pelos investimentos de longo prazo de maturação, nos setores, acima mencionados, em que se tornou monopolista. As empresas estrangeiras se encarregaram dos setores intensivos em capital e tecnologia, produtores principalmente de bens duráveis de consumo. E, ao capital privado nacional coube os setores de menor intensidade tecnológica, produtores de bens não-duráveis de consumo.” É vasta a literatura sobre as transformações da economia brasileira nesse período, bem como dos instrumentos de política econômica adotados para suportá-las. Alguns exemplos representativos são BAER, Werner; DA FONSECA, Manuel A.R.; GUILHOTO, Joaquim J.M., Structural changes in Brazil’s industrial economy, 1960–1980, **World Development**, v. 15, n. 2, p. 275–286, 1987; HIRSCHMAN, Albert O., The Political Economy of Import-Substituting Industrialization in Latin America, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 82, n. 1, p. 1–32, 1968; IANNI, Octávio, **Estado e planejamento no Brasil (1930-1970)**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.; KON, Anita (Org.), **Planejamento no Brasil II**, 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010; e VENÂNCIO FILHO, **A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil**.

Nesse mesmo período, novas instituições públicas de pesquisa são estabelecidas no país, algumas delas por iniciativa de lideranças militares após período de treinamento nos Estados Unidos e tendo em mente a importância estratégica do conhecimento tecnológico evidenciada pela Segunda Guerra Mundial.⁵³² Em 1950 iniciam-se as atividades do Centro Técnico Aeroespacial (CTA) em São José dos Campos/SP, e o então Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq) é estabelecido em 1951 para “promover e estimular o desenvolvimento da investigação científica e tecnológica em qualquer domínio do conhecimento”.⁵³³

Ao longo do regime militar, a política de ciência e tecnologia foi centralizada e formalizada. O Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) foi estabelecido em 1969 a fim de dar suporte financeiro a projetos nessa área⁵³⁴ tendo por secretaria executiva a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), criada dois anos antes. Os três Planos Nacionais de Desenvolvimento (PNDs) aprovados durante os governos militares continham capítulos especiais de políticas científicas e tecnológicas, e eram acompanhados de Planos Básicos de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PBDCTs).⁵³⁵ O CNPq passou a ser o órgão central do Sistema Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (SNDCT), coordenando as instituições de pesquisa federais e a aplicação dos recursos do FNDCT de acordo com os PBDCTs.⁵³⁶

Também nesse período, em 1972 é estabelecida a Secretaria de Tecnologia Industrial (STI) do então Ministério da Indústria e Comércio, responsável, dentre outros aspectos, i) pela política de transferência de tecnologia (fiscalizada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, criado em 1970)⁵³⁷; e ii) pela política de normalização técnica e metrologia, por meio do Instituto Nacional de Metrologia,

⁵³² DAHLMAN; FRISCHTAK, National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience., p. 417-418.

⁵³³ Art. 1 da Lei 1.310, de 15 de janeiro de 1951.

⁵³⁴ Decreto-Lei 719, de 31 de julho de 1969.

⁵³⁵ VELOSO FILHO, Francisco de Assis; NOGUEIRA, Jorge Madeira, O sistema nacional de desenvolvimento científico e tecnológico e a promoção econômica de regiões e localidades no Brasil, **Estudos Geográficos (UNESP)**, v. 4, n. 2, p. 1–15, 2006, p. 1-2; DAHLMAN; FRISCHTAK, National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience., p. 541.

⁵³⁶ Decreto 75.225, de 15 de janeiro de 1975.

⁵³⁷ Sobre o regime de controle de licenças de patentes e outras formas de transferência de tecnologia, vide Subseção 2.B.iii.

Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro).⁵³⁸ No mesmo ano, é fundada a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), que teve papel de destaque em coordenar pesquisas que resultaram no aumento da produção agrícola do país.⁵³⁹

Houve forte crescimento econômico e ampla diversificação do parque industrial brasileiro entre as décadas de 1950 e 1970. Todavia, esse modelo chega à exaustão com o acentuado aumento dos juros de empréstimos internacionais ao final da década de 1970 (que financiavam os investimentos estatais) e os aumentos dos custos por conta das crises do petróleo de 1973 e 1979. Ao longo dos anos 1980, o país passa por diversas crises macroeconômicas com aumento da dívida externa e hiperinflação, ao mesmo tempo da transição política para a redemocratização.

Esses desenvolvimentos históricos e econômicos ocorridos até a década de 1980 resultaram na configuração do capitalismo brasileiro como de variedade hierárquica, tal como descrito por SCHNEIDER e analisado na **Seção 3.C** acima. Este tem por característica central a ‘armadilha de baixa qualificação’, em que grandes grupos privados nacionais de atuação diversificada não têm incentivos para investir em inovações tecnológicas e na formação da força de trabalho para incremento da produtividade, dadas as proteções tarifárias à competição externa, as crises macroeconômicas que impedem o planejamento de médio e longo prazo, a baixa qualidade da educação pública, a expressiva parcela da economia informal e a posição das empresas multinacionais em segmentos mais intensos em tecnologia. O quadro do sistema de inovação do país em 1993 é descrito no já citado trabalho de DAHLMAN e FRISCHTAK, apresentando características consistentes ao modelo de capitalismo hierárquico proposto por SCHNEIDER:

“Brazil is now saddled with an increasing number of internationally noncompetitive areas. They are a product, inter alia, of structural rigidities introduced by the instruments used to spur industrial development. (...)

Most producers have based their market position more on extensive exploitation of natural resources and reliance on low-wage labor than on the quality and productivity of labor itself and the introduction of new or better products. Evidence strongly suggests that R&D, as a formal activity, is undertaken by relatively few firms. (...)

⁵³⁸ Cf. Lei 5.966, de 12 de dezembro de 1973. Sobre a relação entre ABNT e o recém-estabelecido INMETRO nesse período, vide ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT, **História da Normalização Brasileira**, p. 68-75.

⁵³⁹ Cf. DAHLMAN; FRISCHTAK, National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience., p. 443-444. A EMBRAPA foi criada por meio da Lei 5.851, de 7 de dezembro de 1972.

Continuously high levels of protection have allowed producers to fall behind best practice without being penalized by competition. Across-the-board import substitution also led to excessive product fragmentation, with the dispersion of technological resources (...).⁵⁴⁰

ii. *Aprovação da Lei 8.884/94: reforma da matriz institucional da economia política brasileira em contexto de liberalização econômica e estabilização monetária*

Nesse contexto de transição democrática e crise econômica, inicia-se nos anos 1990 processo de liberalização consistente em medidas de abertura comercial, privatização de empresas estatais e diminuição dos mecanismos de controle administrativo de preços, quotas e subsídios. Com isso, foi alterada a ênfase da atuação do Estado brasileiro, deixou de ser empresário e coordenador de detalhes microeconômicos, o que ampliou o âmbito de funcionamento de mercados. Nesse contexto, restou evidente a necessidade de se reforçar as até então ineficazes regras de defesa da concorrência.⁵⁴¹

O reforço veio, primeiro, pela aprovação da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, a qual modificou regras da Lei 4.137/62 com vistas a dar-lhe maior efetividade, necessária no novo contexto de liberalização econômica. Para tanto, foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), órgão do Ministério da Justiça, o qual deveria apoiar o CADE na investigação de condutas anticoncorrenciais. Tratou-se de lei para uma fase de transição, que não estabelecia bases institucionais satisfatórias para uma política eficaz de concorrência em um contexto de liberalização econômica em andamento.⁵⁴²

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 424; 425; 428.

⁵⁴¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 10.

⁵⁴² Cf. SALGADO, **A Economia Política da Ação Antitruste.**, p. 182; OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas, Competition Policy in Developing Economies: The Case of Brazil, **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 26, p. 619, 2005., p. 622-623. Análise detalhada pode também ser encontrada em MARTINEZ, Ana Paula, Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil, *in*: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Orgs.), **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011, p. 35-39.

Assim, em 1994 foi aprovada a Lei 8.884, que revogou as Leis 4.137/62 e 8.158/91 e sistematizou a legislação de defesa da concorrência. A nova lei previu mecanismos mais efetivos de investigação de condutas anticompetitivas e estabeleceu um inovador controle de estruturas. Ademais, reformulou a estrutura institucional responsável pela aplicação das normas antitruste, ao estabelecer i) o CADE como uma autarquia, com autonomia decisória (i.e., responsável pela decisão final em sede administrativa) e composto por 7 conselheiros com mandato fixo; bem como ii) duas secretarias responsáveis pela investigação de condutas anticompetitivas e pela instrução de processos de controle de concentrações, a saber, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE). Esses três órgãos administrativos compunham o então informalmente chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Não coincidentemente, a aprovação da Lei 8.884 deu-se no mesmo ano de implantação do Plano Real. Em um ambiente de hiperinflação, não havia escopo para a ampla aplicação de uma política microeconômica preocupada com os efeitos de condutas e concentrações nos preços.⁵⁴³ No novo contexto de estabilidade monetária, deixa de haver controle de preço por órgãos governamentais (como o Comitê Interministerial de Preços – CIP), de forma que tal variável concorrencial passa a resultar da disputa entre as empresas em ambiente de competição entre si e com importações facilitadas pela diminuição de tarifas.⁵⁴⁴ Conforme FARINA:

“O que mudou nos anos 1990 e que levou à alteração da Lei 4137/62, que criou o CADE, foi uma redefinição do papel do Estado na economia brasileira e o fortalecimento dos mecanismos de mercado na orientação do uso dos recursos econômicos. A estabilização de preços alcançada em 1994 completou o cenário que tornou importante e possível a intervenção antitruste nos mercados. A estabilização devolveu aos preços sua função na estratégia competitiva das empresas e deslocou para a esfera produtiva a base do desempenho econômico empresarial que, no período de inflação meteórica, estava centrado nas diretorias de finanças e relações institucionais, leia-se governamentais”.⁵⁴⁵ (grifo nosso)

Vale destacar alguns aspectos da Lei 8.884 que são relevantes para a avaliação específica a respeito do regime aplicável a cooperações empresariais. Verifica-se haver certos elementos de dependência da trajetória em sua aprovação,

⁵⁴³ OLIVEIRA; FUJIWARA, Competition Policy in Developing Economies., p. 626-627.

⁵⁴⁴ CONSIDERA, Uma breve história da economia política da defesa da concorrência.; SCHAPIRO, **Política Industrial e Disciplina da Concorrência pós-Reformas de Mercado.**, p. 160-171.

⁵⁴⁵ FARINA, Elizabeth M. M. Q., Prefácio, in: MATTOS, Cesar (Org.), **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**, São Paulo: Editora Singular, 2009, v. 2, p. 9.

como a manutenção do controle administrativo por meio do CADE, prevista desde a lei de 1962, a existência de uma instância de investigação distinta da decisória, estabelecida desde a Lei 8.158/91⁵⁴⁶ e a vinculação ao Ministério da Justiça. Ademais, fez-se referência à sua compatibilidade com leis correlatas, como o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor⁵⁴⁷, este recém-aprovado. Por outro lado, há elementos bastante inovadores, como o mandato fixo dos integrantes do CADE – então inédito em órgãos colegiados federais –, e o estabelecimento de um controle de estruturas no país.⁵⁴⁸

Há que se destacar também que dispositivos da Lei 8.884/94 tiveram inspiração no direito concorrencial de variados países, como bem sintetizado por SALOMÃO FILHO:

“O legislador brasileiro, como não poderia deixar de ser, procurou incorporar essas ‘novidades’, todas elas (e a um só tempo!), à nossa legislação. A Lei n. 8.884/94 dá ao conceito de eficiência posição de grande destaque. Essa noção está, como se verá, ao centro da ‘regra da razão’ do direito concorrencial brasileiro, permitindo a justificação tanto das situações de domínio de mercado já existentes (art. 20, §1º) quanto de posições dominantes em formação (art. 54, §1º, I, “c”).

Por outro lado, o modelo nipo-europeu não é transcurado. Em primeiro lugar, o próprio §1º do art. 54 prevê justificativas para os atos de concentração tipicamente de política industrial, como o desenvolvimento tecnológico e econômico. Finalmente, o art. 54, §2º, traz fórmula extremamente semelhante à alemã permitindo a aprovação das concentrações desde que existam ‘motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final’”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ SALGADO aponta, em trabalho de 2003, fatores históricos para tal configuração institucional: “As origens dessa bizarra organização remontam aos erros incorridos no início da década de 1990, quando o governo Collor criou a SNDE para dar maior agilidade aos processos de combate ‘aos cartéis e monopólios’ e impedi-los de boicotar o Plano Collor de estabilização de preços. Tendo assumido as funções de investigação e instrução do velho Cade, mas desprovida de recursos mínimos para seu funcionamento, a colaboração do então Ministério da Economia, através de um parecer econômico oferecido pelo órgão posteriormente denominado Seae, pareceu de fundamental importância e foi incluído na regulamentação da lei então em vigor, a 8.158/91. Já em 1994, no processo de aperfeiçoamento da legislação antitruste, o parecer da Seae ascendeu de *status* e passou a fazer parte do corpo da lei, agora a 8.884/94. Por outro lado, vetada pelo então ministro da Justiça a proposta técnica de retorno da área de instrução e investigação ao Cade em seu formato original (...), a SDE permaneceu no âmbito da administração direta, estabelecendo-se assim o arranjo tricéfalo que tanto tem dificultado o aperfeiçoamento da aplicação da legislação da defesa da concorrência.” (SALGADO, Lucia Helena, **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2003., p. 37).

⁵⁴⁷ Art. 83 da Lei 8.884/94.

⁵⁴⁸ MARTINEZ, Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil., p. 42-43.

⁵⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial - As Estruturas**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 43-44.

A tais mecanismos ‘importados’ e acomodados de maneira não necessariamente harmônica em um mesmo diploma, soma-se o alto grau de generalidade dos dispositivos da Lei 8.884/94 a respeito da caracterização de ‘infrações da ordem econômica’ (arts. 20 e 21)⁵⁵⁰, e do regime de controle de “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência” (art. 54)⁵⁵¹, possivelmente para facilitar o acordo político necessário para aprovação no Congresso Nacional (i.e., diminuir custos de elaboração da norma).⁵⁵² Esses conceitos indeterminados referentes ao núcleo normativo da legislação antitruste – i.e., a repressão a condutas restritivas e o controle de estruturas – não encontravam suporte ou detalhamento preciso em outras normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro ou em precedentes mais antigos do CADE ou dos tribunais, de forma que a Lei 8.884/94 era em larga medida autorreferenciada quanto a esses aspectos.⁵⁵³ Nada obstante, o diploma legislativo também não provia conceitos mais concretos para auxiliar na compreensão e aplicação de tais conceitos.

Esse grau de generalidade implicou dois efeitos importantes na aplicação da Lei 8.884/94 ao longo dos seus quase vinte anos de vigência. Em primeiro lugar, ante a inexistência de conceitos jurídicos minimamente claros em lei ou de orientações mais precisas quer em precedentes nacionais, quer em outros dispositivos do sistema jurídico brasileiro, os integrantes do CADE buscaram na teoria econômica um referencial conceitual para interpretar termos abstratos da nova lei antitruste, tais como “prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (art. 20, I), “dominar mercado relevante” (art. 20, II), ou “eliminação da concorrência” (art. 54, §1º, III). Aspecto relevante para tanto foi a presença de diversos economistas (muitos com formação ou passagem pelos Estados Unidos) na

⁵⁵⁰ Vide MENDES, Francisco Schertel, **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**, Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 14-17.

⁵⁵¹ Cf. LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz, **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**, Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009., p. 33-36.

⁵⁵² MARANHÃO; AZEVEDO; FERRAZ JR. (Orgs.), **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário.**, p. 44.

⁵⁵³ Quanto à discussão de normas autorreferenciadas, vide item 3.B.iii acima.

composição do Conselho.⁵⁵⁴ Os preceitos da teoria econômica antitruste, especialmente os de caráter neoclássico sob a Escola de Chicago, foram adotados sem a consideração do processo iterativo e incremental ocorrido nos EUA, como identificado por SCHUARTZ em artigo de 2008:

“Pois foi na competição pela importação dos autores estrangeiros de vanguarda, que se transplantaram para cá, em curto período de tempo, as produções mais avançadas de quase dois terços de século de jurisprudência e sofisticada discussão acadêmica norte-americanas, preenchendo um vazio teórico que, na ausência de padrões decisórios arraigados que lhes desconfirmassem, por aqui se instalaram sem resistências significativas. Aquilo que, nos Estados Unidos, era resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato. E o que Posner afirmou com verve polêmica acerca de si mesmo e de Robert Bork quanto à escolha da melhor teoria normativa do direito antitruste nos Estados Unidos, vale dizer: que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista exclusivamente a maximização de alguma medida de bem-estar econômico (para os dois autores, identificada com a soma dos excedentes do produtor e do consumidor), estava deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase autoevidente.

Essa aclimação foi bastante facilitada [pela] influência determinante de economistas, seja no papel de autoridades, seja no papel de consultores privados. Economistas orientam-se em teorias, não em textos legislativos e precedentes judiciais. (...) De repositório para o uso ornamental de citações, o *antitrust economics* foi então se convertendo silenciosamente, poder-se-ia dizer com um pouco só de exagero, em fonte do direito brasileiro de defesa da concorrência, ou seja, em fator de produção, modificação e seleção das premissas normativas empregadas nos julgamentos de casos concretos”.⁵⁵⁵ (grifo nosso)

Em segundo lugar, além de a ampla discricionariedade ter dado espaço para tal influência cognitiva estrangeira a ponto de a teoria econômica tornar-se ‘fonte do direito’, a ausência na Lei 8.884/94 de conceitos jurídicos mais precisos para orientar sua aplicação também afetou as características da *revisão judicial* das decisões do CADE. Se por um lado a Lei conferiu à nova autarquia melhores condições de representação em juízo ao estabelecer sua Procuradoria Federal

⁵⁵⁴ Vide MATTOS, César, Introdução, in: MATTOS, César (Org.), **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**, São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19–28.

⁵⁵⁵ SCHUARTZ, **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**, p. 9-10. Além dos fatores apontados pelo autor para essa ampla aceitação da teoria econômica norte-americana, pode-se talvez considerar traço peculiar da cultura brasileira, descrito criticamente por Sergio Buarque de HOLANDA: “Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro. (...) Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as ideias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria.” (**Raízes do Brasil**, 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 157-158).

Especializada (ProCADE)⁵⁵⁶, por outro dificultou uma revisão judicial mais articulada e compreensível, posto ter se utilizado de conceitos pouco claros quer para a autoridade, quer para os administrados, quer para os juízes.⁵⁵⁷ A inevitável dificuldade para comunicação intersubjetiva sobre os conceitos normativos aplicáveis deixou espaços para exageros, como litígios que contestam a decisão da autoridade mesmo sem qualquer mérito – confiando na confusão causada por conceitos indeterminados –, ou uma deferência total às decisões do CADE pela dificuldade de apreciação de seu teor (ao contrário do que acontece em outras jurisdições de *enforcement* administrativo do antitruste, como Alemanha e União Europeia).⁵⁵⁸ Em tal quadro, reforça-se a necessidade de motivação detalhada (e custosa) das decisões pela autoridade, como destacado em importante precedente judicial envolvendo a revisão de decisão do Conselho no conhecido Ato de Concentração Nestlé/Garoto⁵⁵⁹:

“A exigência de motivação adequada, suficiente, clara e congruente é superlativa em face da extrema discricionariedade e da conceituação indeterminada que

⁵⁵⁶ Lei 8.884/94, arts. 10 e 11. De acordo com a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que resultou na Lei 8.884, “a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário (...) impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados, notadamente de uma Procuradoria especializada.” (Exposição de Motivos nº 184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça).

⁵⁵⁷ Cf. MENDES, **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**, p. 71; 99: “Com efeito, uma das características mais marcantes da redação dos referidos dispositivos diz respeito ao alto grau de indeterminação acerca das condições caracterizadoras da infração à ordem econômica. É de se notar também a aparente redundância de determinados incisos. (...) [T]ambém se deve reconhecer a importância da revisão judicial das decisões da autoridade antitruste não só como forma de garantir o respeito a determinados direitos mínimos de defesa, mas também como maneira de se assegurar um mecanismo de *accountability* sobre as atividades da autoridade. Nesse sentido, a possibilidade de revisão judicial mostra-se valorosa, já que obriga a autoridade especializada a dialogar, de maneira inteligível, com outros atores, atenuando o caráter hermético que marca o debate antitruste contemporâneo.”

⁵⁵⁸ Na União Europeia, embora a Comissão Europeia possua ampla discricionariedade para aplicar a legislação concorrencial, as cortes avaliam o mérito da decisão da autoridade para constatar eventual “erro manifesto de avaliação” (*manifest error of appraisal*), o qual abrange, ainda que de maneira limitada, a forma com que a Comissão analisou os fatos e sua vinculação às normas jurídicas aplicáveis, tendo havido diversas situações de reforma da decisão administrativa por conta desse erro de mérito (cf. JONES; SUFRIN, **EC Competition Law**, p. 1152-1154; WHISH, Richard, **Competition law**, 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008., p. 287-288). Já na Alemanha, a GWB foi elaborada com preocupação com sua aplicabilidade direta e justiciabilidade, tendo sido empregados mecanismos de controle e critérios de avaliação com conteúdo bem mais concreto. Com isso, ao longo dos anos, o BKA, as cortes, acadêmicos e advogados estabeleceram um referencial conceitual comum a respeito da lei concorrencial. Tal preocupação é um dos fatores a limitar (mas não impedir) uma maior aceitação da teoria econômica na aplicação do direito concorrencial alemão, na medida em que gera dificuldades para o controle judicial (cf. GERBER, **Global Competition Law**, p. 171-172; EMMERICH, **Kartellrecht**, p. 11-12).

⁵⁵⁹ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, Requerentes: Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil Ltda, Relator Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 04/02/2004, DOU 10/02/2004.

dominam o campo em referência. Não há parâmetros legais e jurisprudenciais determinados (moldura ou paradigma) para a avaliação dos atos de concentração econômica. Cada decisão deve ser construída democraticamente, pelo debate e a argumentação, a partir dos elementos que são peculiares ao caso”.⁵⁶⁰ (grifo nosso)

Por fim, ao longo dos seus anos de vigência, a Lei 8.884/94 tornou-se realmente eficaz e portanto passou a compor a matriz institucional da economia política brasileira. Pode-se considerar duas etapas principais de seu *enforcement*: entre 1994 e 2003, o SBDC ocupou-se primordialmente com atos de concentração, tendo analisado e restringido ou proibido operações de grande expressão nesse período.⁵⁶¹ A partir de 2003, as autoridades dão maior foco à investigação de condutas anticompetitivas, especialmente cartéis, tendo por suporte mudanças legislativas adotadas em 2000⁵⁶² que conferiram à SDE instrumentos mais sofisticados de investigação, como a possibilidade de promover busca e apreensão nos escritórios das empresas para arrecadar provas diretas do cometimento de ilícitos, e de celebrar acordo de leniência (espécie de delação premiada) com partícipe de infração coletiva. Em 2003 ocorre a primeira busca e apreensão em investigação de cartel, em 2005 há a primeira condenação de cartel com provas diretas (emprestadas de investigação criminal), e em 2007 o CADE condenou o primeiro caso de cartel iniciado por acordo de leniência.⁵⁶³ A partir de então, novos casos de cartéis e de outras possíveis condutas anticoncorrenciais foram iniciados, e diversos foram apenados com multas vultosas, na faixa de centenas de milhões de reais.⁵⁶⁴ Com isso, a política antitruste passou a de fato ser considerada no cálculo empresarial dos agentes econômicos atuantes no país ante a sua crescente eficácia, como apontado em texto de dois ex-presidentes do CADE, Gesner OLIVEIRA e João Grandino RODAS:

“Não obstante os defeitos da Lei 8.884/94, operou-se durante sua vigência a consolidação do direito concorrencial no Brasil, criando a sensação nacional e internacionalmente que o Brasil possuía ‘autoridade antitruste’. O que se viu,

⁵⁶⁰ TRF 1, Apelação Cível 2005.34.00.015042-8/DF, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, j. 21.01.2009.

⁵⁶¹ MARTINEZ, Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil., p. 42-46; 53.

⁵⁶² Por meio da Lei 10.149/2000.

⁵⁶³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 14-17..

⁵⁶⁴ SANTOS, Flávia Chiquito dos, **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**, Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

durante os anos de vigência dessa lei, foram os órgãos antitruste SDE, Seae e CADE buscando minimizar tanto os inconvenientes da tripartição orgânica do SBDC, como as imperfeições da lei concorrencial, através de vários meios: como a adoção de rito sumário de julgamentos por parte do CADE, de Guia para Análise de Atos de Concentração pela SDE e Seae, e de procedimento sumário para a análise de atos de concentração pela SDE e Seae.

Com a Lei 8.884/94, o CADE alcançou posição de órgão judicante e natureza jurídica de autarquia federal, com a inaugural competência de controlar as estruturas econômicas nacionais. Desde então, cresceu em importância, visibilidade, deferência internacional, e se legitimou em seu papel de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica”.⁵⁶⁵

b. REGIME JURÍDICO-CONCORRENCIAL APLICÁVEL A ARRANJOS COOPERATIVOS

INTEREMPRESARIAIS SOB A LEI 8.884/94: A PRIMAZIA DA JURISPRUDÊNCIA

i. Forma de controle de arranjos cooperativos

A análise do regime antitruste sob a Lei 8.884/94 para *joint ventures* de P&D e de produção, bem como o licenciamento de tecnologia e normalização técnica, deve primeiro concentrar-se na identificação dos *mecanismos de controle* desses arranjos pelas autoridades do SBDC. Assim como foi importante verificar, na experiência americana, alguns detalhes do controle judicial de contratos cooperativos sob o *Sherman Act* (incluindo o regime de *treble damages*) e o sistema de registro estabelecido pelo NCRA, convém detalhar como se dá eventual análise desses acordos pelo SBDC: se sob o sistema de *controle preventivo* (i.e., por notificação de um ‘ato de concentração’, nos termos do art. 54) ou em eventual *controle repressivo* por meio de investigação de ‘infração da ordem econômica’, caso configurada, em tese, hipótese dos arts. 20 e 21.

O art. 54 da lei, o qual estabeleceu o controle de estruturas no país, tinha redação de tal modo abrangente que, para além de operações típicas de concentração econômica (como fusões, aquisições de controle ou de ativos empresariais), acordos cooperativos também poderiam estar sujeitos ao seu alcance:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

Ao analisar tal redação, a reação inicial da doutrina foi considerar que a legislação brasileira adotara sistema de controle de *concentrações* que também

⁵⁶⁵ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino, **Direito e economia da concorrência**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013., p. 36.

abrangeria arranjos *cooperativos*. No segundo caso, o controle a ser exercido pelo CADE seria semelhante ao feito pela Comissão Europeia, órgão ao qual empresas poderiam solicitar uma *isenção individual* para certos contratos restritivos, caso cumpridas determinadas condições. O principal fator a subsidiar esse entendimento era o §1º do art. 54, que previa condições para a aprovação de atos restritivos em tudo parecidas àquelas constantes no então art. 85(3) do então Tratado de Roma.⁵⁶⁶⁻⁵⁶⁷

Assim, no Brasil, o art. 54 previa que tanto concentrações quanto cooperações entre empresas estavam sujeitas a um mesmo regime de controle.⁵⁶⁸ Este consistia em pedido de aprovação submetido em até quinze dias úteis da realização da operação à SDE (art. 54, §4), o qual era analisado pela SEAE e depois pela SDE para emissão de parecer não vinculante a respeito da operação. O feito era então encaminhado ao CADE para aprovação final por decisão colegiada em sessão de julgamento (art. 54, §6º).

Mas quais acordos cooperativos deveriam ser submetidos para a aprovação do CADE? Ante o abrangente teor do dispositivo legal, e a enorme quantidade de relacionamentos contratuais firmados quotidianamente pelas empresas com clientes, fornecedores e mesmo concorrentes (os quais muitas das vezes são também clientes ou fornecedores), essa foi questão que permeou a aplicação do art. 54 durante todos os seus anos de vigência. Nuno CARVALHO, em texto premonitório de 1995, antecipou os possíveis problemas decorrentes de norma tão abrangente:

⁵⁶⁶ Atual art. 101, §3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE.

⁵⁶⁷ Vide análise feita por Nuno CARVALHO: “o art. 54 da L. 8.884/94, calcado no texto do art. 85 do Tratado de Roma, atribui competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para examinar os atos lesivos à concorrência e aprová-los, desde que atendidos os requisitos ali elencados.” (**As concentrações de empresas no Direito Antitruste**, São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1995, p. 81-82). No mesmo sentido, vide SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial - As Estruturas**, p. 211-212; FORGIONI, Paula A., **Os fundamentos do antitruste**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005., p. 224; CAMPOS, **Concorrência, cooperação e desenvolvimento**, p. 97.

⁵⁶⁸ Cf. FORGIONI (**Os fundamentos do antitruste**, 2. ed., p. 225), “no Brasil, a matriz legal para a análise tanto das concentrações, quanto dos acordos entre os agentes econômicos é a mesma (art. 54 da Lei 8.884, de 1994)”.

“A amplitude dos termos da lei cria dois problemas cuja solução demanda uma clarificação:

- a) Em primeiro lugar, estão sujeitos ao regime de notificação todos os atos anticompetitivos que produzam efeitos maiores do que *de minimis*; entretanto, como a lei não estabelece parâmetros quantitativos, salvo no caso dos atos de concentração de empresas⁵⁶⁹, os empresários poderão ter sérias dificuldades em distinguir os atos sujeitos à notificação dos que não o são; (...)
- b) Em segundo lugar, se observados os rigorosos termos da lei, ao CADE deverão chegar notificações em número muito superior à sua capacidade de julgá-las (e à capacidade da SDE de investigá-las), pois o art. 54 não estabelece qualquer isenção nem oferece parâmetros que ajudem a distinguir entre os atos anticompetitivos de antemão aceitáveis e os que não o são, a menos que passem por uma rigorosa análise individual”.⁵⁷⁰ (grifo nosso)

Dado que a Lei não previa ela mesma hipóteses de isenção ou a delegação para que o CADE as estabelecesse (tal como feito no sistema europeu por meio das isenções por categoria [*block exemptions*] adotadas pela Comissão Europeia), o autor recomendou ao Conselho a elaboração e divulgação de “critérios gerais orientadores da interpretação da lei”, nos termos do art. 7º, XVIII da Lei 8.884/94.⁵⁷¹ Ao oferecer elementos mais precisos para identificação de operações cooperativas que seriam consideradas pela autoridade como a “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, as empresas teriam maior clareza sobre quais operações submeter e, com isso, um menor número de operações inócuas teriam que ser analisadas pelo CADE.

Tais orientações não foram adotadas nos dezoito anos de vigência da Lei 8.884/94. Em relatório sobre a política de concorrência brasileira no ano de 2000, a OCDE afirmou que não havia qualquer regulamento a esclarecer o alcance do art. 54.⁵⁷² Nessa mesma época, o SBDC viu-se bastante sobrecarregado com a análise de

⁵⁶⁹ Por meio do §3º do art. 54, o qual originalmente previa que eram presumidos como atos subsumíveis à hipótese do *caput* do artigo “qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir” (grifo nosso). Posteriormente, tais parâmetros quantitativos foram alterados para vinte por cento do mercado relevante e R\$ 400 milhões, respectivamente (Lei 10.149, de 21.12.2000). Desse modo, o regime para *concentrações* era mais preciso do que o aplicável a *cooperações*.

⁵⁷⁰ CARVALHO, **As concentrações de empresas no Direito Antitruste.**, p.175-176.

⁵⁷¹ “Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: (...) XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”.

⁵⁷² “This language would appear to include all agreements, not just mergers, and there have been no regulations published that would clarify the issue.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-

atos de concentração. Todavia, a maior parte das notificações referia-se a *concentrações* econômicas, por conta de interpretação extensiva adotada pelo CADE quanto ao critério de faturamento do art. 54, §3º – em claro exemplo de atuação estratégica do Conselho para incrementar o âmbito de eficácia do novo mecanismo de controle concorrencial.⁵⁷³

Ante a sobrecarga de seus escassos recursos materiais e humanos, as autoridades do SBDC buscaram estabelecer critérios de notificação mais precisos para diminuir o volume de notificações, ao verificar (ou aprender) que muitas não tinham qualquer potencial de afetar negativamente a economia brasileira.⁵⁷⁴ Uma dessas medidas foi o estabelecimento do ‘procedimento sumário’, por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE 01, de 18 de fevereiro de 2003. Tal procedimento visava agilizar a análise de operações claramente inócuas à concorrência, e tinha como uma das hipóteses elegíveis as ‘*joint ventures* clássicas ou cooperativas’, definidas como ‘casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente a participação em um novo mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados’ (art. 6º, inciso II). Trata-se, portanto, não de um critério mais preciso para identificação de acordos cooperativos de notificação obrigatória, mas sim de hipótese de operação usualmente concentracionista (por meio do estabelecimento de nova empresa) a ser analisada de maneira simplificada.

Se, por um lado, o CADE não estabeleceu em regulamento ou guia os critérios para identificação de acordos cooperativos notificáveis sob o art. 54 da Lei 8.884, ele buscou em algumas oportunidades fazê-lo pela via jurisprudencial. Em outros termos, tendo em conta o grau de generalidade da Lei, os integrantes do CADE optaram por não estabelecer regras mais precisas e estáveis para orientar os

OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform**, Paris: OECD, 2000., p. 12.

⁵⁷³ De acordo com MARTINEZ, “[n]o afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do artigo 54, §3º: todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fossem apresentados às autoridades brasileiras, principalmente após 2000.” (MARTINEZ, *Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil.*, p. 46).

⁵⁷⁴ Cf. *Ibid.*, p. 54-56; SCHAPIRO, Mario Gomes; BACHI, Fabiana Mesquita, *Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função, e o incrementalismo reformista do CADE*, in: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.), **Direito Concorrencial Econômico**, São Paulo: Saraiva, 2013., p. 81-91.

agentes econômicos via resolução ou guia. Não foi possível identificar evidências de que essa opção tenha sido deliberada.

Para a grande maioria dos julgados envolvendo esse tipo de operação, a mera constatação de que uma das partes de acordo cooperativo apresentava faturamento acima de R\$ 400 milhões ou parcela de mercado superior a 20% (cf. art. 54, §3º) foi considerada como condição suficiente para caracterizar a obrigatoriedade da notificação da operação ao CADE⁵⁷⁵, não obstante o fato de tais critérios serem aplicáveis apenas a concentrações econômicas, conforme disposição explícita. Todavia, certos precedentes buscaram estabelecer critérios um pouco mais detalhados para a caracterização de operações cooperativas como de notificação obrigatória.

Um primeiro esforço jurisprudencial envolveu acordos celebrados entre concorrentes, analisados sob os Atos de Concentração Merial/Pharmacia (2001)⁵⁷⁶ e Fiat/Peugeot (2001)⁵⁷⁷, ambos relatados pelo Conselheiro Cleveland Prates, cujo voto buscou apontar elementos mais objetivos para a identificação de atos de notificação obrigatória. Para tanto, foram considerados adequados os critérios presentes no *Competitor Collaborations Guidelines* do DOJ e FTC (aprovado um ano antes) para a identificação de operações que deviam ser consideradas fusões e, portanto, analisadas sob o *Horizontal Merger Guidelines*.⁵⁷⁸ Trata-se assim de mais um exemplo de influência cognitiva externa.

⁵⁷⁵ Cf. ANDERS, Eduardo Caminati; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira, Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei 8.884/94, in: ZANNOA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.), **Desafios atuais do direito da concorrência**, São Paulo: Singular, 2008, p. 245–256. Exemplo dessa abordagem consta de voto do então Conselheiro Marcelo Calliari (Ato de Concentração nº 08012.006375/1998-42) e reproduzido nos Atos de Concentração 08012.003315/2004-13 e pela ProCADE no AC 08012.003409/2004-92: “Quanto à alegação de que a operação não gera dano à concorrência, e que, portanto, não precisaria ser notificada, o CADE já recusou esta tese tantas vezes que é cansativo voltar a ela. A obrigação de apresentar, preenchidos os requisitos [i.e., os do art. 54, §3º], decorre de lei e é objetiva.”

⁵⁷⁶ Ato de Concentração nº 08012.003275/2001-67, Requerentes: Merial Saúde Animal Ltda. e Pharmacia Brasil Ltda., relatoria do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, DOU 05.12.2002. Tratou-se de acordo de cooperação no qual a Merial se comprometeu a produzir e fornecer à Pharmacia determinados produtos farmacêuticos, cuja propriedade e direitos seriam desta.

⁵⁷⁷ Ato de Concentração nº 08012.007863/2001-70, Requerentes: Fiat Automóveis S.A., Peugeot Citroën do Brasil S.A. e Fiat Automóveis S.A., relatoria do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, DOU 03.10.2002. Tratou-se de acordo comercial de fornecimento de veículos por meio de contrato de *complete built unit*, em que a Fiat se comprometeu a realizar a montagem de furgões da Peugeot.

⁵⁷⁸ Vide trecho do voto do Relator, claramente inspirado em parágrafo do item 1.3 dos *Guidelines*: “Para se identificar se um determinado acordo tem características que impliquem a necessidade de uma análise conforme o modelo tradicional, quatro pontos devem ser observados: (i) se os participantes do acordo são concorrentes em algum mercado relevante; (ii) se a colaboração implica uma acentuada integração das atividades econômicas no mercado relevante definido; (iii) se a integração elimina toda a competição

Ainda envolvendo arranjos horizontais, o Conselho também analisou certos acordos de fornecimento entre concorrentes, os quais, em regra, eram considerados como de notificação obrigatória, especialmente se presentes algumas características, como aquelas apontadas em resposta a consulta feita pela Fujifilm do Brasil em 2007:

“Com efeito, na hipótese em exame devem ser levadas em conta as seguintes circunstâncias:

- a) Contrato a ser celebrado **entre concorrentes**;
- b) Os concorrentes, eventuais contratantes, detêm significativo poder de mercado (53% e 36% no segmento de minilaboratórios e 50% e 22% no de impressoras para minilaboratórios);
- c) O contrato importa, em tese, em acordo entre concorrentes no plano horizontal e também uma relação de integração vertical entre a consulente e seu fornecedor;
- d) Não se sabe se o instrumento contratual a ser firmado conterá ou não cláusula de exclusividade, nem se conhecem exatos termos desse contrato; e
- e) Há na hipotética operação, em razão de suas peculiares circunstâncias, evidente potencial para restringir ou limitar a concorrência.

É indubitável, assim, que o contrato em debate é de notificação obrigatória, nos termos do *caput* do art. 54 da lei da concorrência e da pacífica jurisprudência do CADE, o qual deverá ser apresentado tempestivamente, quando realizado, sob pena de multa”.⁵⁷⁹ (grifo nosso)

Já nos últimos anos de vigência da Lei 8.884/94, entre 2010 e 2012, formou-se um conjunto razoavelmente consistente de precedentes a respeito de cooperações econômicas verticais, especialmente contratos de fornecimento e de distribuição⁵⁸⁰, para os quais foram definidos aspectos que, se presentes no contrato, o isentariam de notificação obrigatória. Algumas operações não foram conhecidas pelo CADE mesmo quando presente no caso concreto o critério de faturamento de uma das partes, dado que esses acordos não implicariam risco de “prejudicar a concorrência”:

“Para restar configurada ausência de possibilidade de potencial lesivo à concorrência os contratos devem demonstrar: (a) ausência de implicação de transferência de direitos sobre ativos concorrenciais relevantes; (b) ausência de cláusula de exclusividade ou equivalentes de qualquer natureza capazes de restringir o direito de decisão sobre os ativos (produtos e serviços); (c) prazo de vigência inferior a cinco anos (consideradas

entre os participantes do acordo no mercado relevante; e (iv) se a colaboração não tem prazo de vigência e término, com termos e condições explicitadas de maneira clara.” (AC 08012.003275/2001-67)

⁵⁷⁹ Consulta n. 08700.003674/2007-65, Consulente: Fujifilm da Amazônia Ltda, relatoria Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, DOU em 2.5.2008.

⁵⁸⁰ Ato de Concentração nº 08012.000101/2012-03, Requerentes: Basf S.A. e Cheminova Brasil Ltda., relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, j. em 08.02.2012;; Ato de Concentração nº 08012.000182/2010-71, Requerentes: Iharabras S/A Indústrias Químicas e Monsanto do Brasil Ltda., relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, DOU em 23.03.2010; Ato de Concentração nº 08012.005367/2010-72, Requerentes: Dow Agrosiences Industrial Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda., relatoria do Conselheiro Carlos Ragazzo, DOU em 30.06.2010; Ato de Concentração nº 08012.002227/2009-17, Requerentes: ALL - América Latina Logística S/A e Rumo Logística S.A., relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, DOU em 14.10.2010, dentre outros.

eventuais prorrogações); (d) possibilidade de rescisão imediata sem ônus à parte requerente; e (e) não negociação de volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54 da Lei 8.884/94. (...)

10. (...) No contrato firmado não se verifica cláusula de exclusividade nem de não concorrência. Além disso, observa-se que a troca de informações entre as empresas restringe-se à necessária para a consecução do objeto do acordo, permanecendo ambas as empresas atuando de forma independente em regime de concorrência.

12. Em vista disso, entendo que o caso em apreço é de não conhecimento. Isto porque o referido contrato não contém cláusulas de que podem decorrer os efeitos anticompetitivos previstos no art. 54, *caput*, da Lei 8.884/94. Tampouco se trata de concentração econômica, materializada na transferência de participações societárias, ativos operacionais, *joint venture* ou outra forma de agrupamento societário, de modo que nem mesmo a presunção relativa estabelecida no §3º do mesmo dispositivo – (...) – é aplicável”.⁵⁸¹⁻⁵⁸² (grifo nosso)

Motivação semelhante foi aplicada em decisões de não conhecimento de certos acordos de licenciamento de tecnologia submetidos à apreciação do CADE, como pode ser constatado em julgado de 2010 envolvendo acordo dessa natureza entre as empresas Monsanto e FTS⁵⁸³:

“Trata-se, tão somente, do licenciamento de um direito de propriedade intelectual, equiparável, para todos os fins, à venda de um produto ou à prestação de serviços, no cotidiano das atividades das Requerentes. A rigor, o único efeito concorrencial possível oriundo da operação notificada seria o ingresso de um novo competidor no mercado, o que só poderia ensejar preocupações para os rivais já estabelecidos. (...)

É evidente, ademais, que se tais ‘Acordos Comerciais de Licenciamento’ virem a servir como veículo para a implementação de alguma estratégia anticompetitiva por parte da Monsanto, nada neste voto poderá ser invocado como defesa em um eventual processo administrativo com vistas à repressão do abuso de posição dominante. A inexistência de potencial anticompetitivo em abstrato não implica, necessariamente, que tais instrumentos não possam ser utilizados de forma distorcida – como nas hipóteses de uma exigência de exclusividade ‘de fato’ – e que, por conseguinte, sejam verificados e corrigidos os efeitos anticompetitivos em concreto”.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Ato de Concentração 08012.000101/2012-03, Requerentes: Basf S.A. e Cheminova Brasil Ltda., relatoria Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 8/2/2012, DOU 10/2/2012.

⁵⁸² Vide análise feita por PRADO FILHO (O controle concorrencial preventivo de negócios jurídicos verticais : a experiência recente do Cade no controle estrutural de contratos de fornecimento, **Revista do IBRAC**, v. 19, 2011, p. 264): “após consolidar entendimento inicial de que contratos de fornecimento deveriam ser submetidos para controle estrutural sempre que atingidos os critérios objetivos para notificação compulsória de atos de concentração econômica (...) o Cade passou a distinguir melhor os contratos de fornecimento que não apresentam relevância antitruste (i.e. negócios em que as partes mantêm completa autonomia e independência no controle sobre seus respectivos ativos concorrencialmente relevantes), pugnando pela desnecessidade de sua notificação. Esse processo ocorreu de forma gradual e marcado por forte inércia, mas parece ter atingido massa crítica em 2010.”

⁵⁸³ Ato de Concentração 08012.000344/2010-71, Requerentes: FTS Sementes S.A, Monsanto do Brasil Ltda., relatoria Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 3/3/2010, DOU 4/3/2010.

⁵⁸⁴ O mesmo entendimento foi adotado também por unanimidade no AC nº 08012.005472/2010-10, Requerentes: Bayer S/A e Dow Agrosiences, Conselheiro Rel. César Costa Alves de Mattos, j. 21/10/2010, DOU 22/10/2010.

Os casos envolvendo contratos de licenciamento de patentes são especialmente importantes, pois geraram discussão detalhada do Conselho em 2012 e 2013, já no início da aplicação da nova LDC, como será analisado na Subseção 5.C.ii abaixo.

É interessante ainda destacar que, de acordo com relatórios a respeito da política concorrencial brasileira elaborados em 2005 e 2010 por OCDE e BID, apenas uma minoria das notificações analisadas pelo SBDC referiam-se a arranjos cooperativos⁵⁸⁵, ao contrário do previsto quando da aprovação da nova lei e não obstante o fato de as milhares de empresas brasileiras celebrarem constantemente acordos cooperativos dos mais diversos formatos. Ao que tudo indica, tal quadro decorre do regime sobremodo incerto do art. 54 da Lei 8.884/94, associado a um mecanismo de controle que envolvia custos elevados de *compliance* em termos de taxas (R\$ 45.000,00), assessoria externa, tempo de análise pela autoridade e também eventual publicidade indesejada a contratos possivelmente estratégicos.⁵⁸⁶ Outro aspecto a ser destacado é que a notificação ao CADE de arranjos cooperativos sob o art. 54 implicava a admissão, pelas próprias partes, de se tratar de ato que poderia “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, mesmo que a própria Lei não estabelecesse os critérios para esse tipo de avaliação.⁵⁸⁷ Havia, portanto, uma inadequada confusão estabelecida pela própria lei entre critérios de *notificação* e de *análise substantiva* de operações de cooperação econômica.

Desse modo, esse pequeno número de notificações possivelmente decorre de reações estratégicas das empresas ante um quadro de elevada incerteza jurídica. Operações notificadas provavelmente envolviam situações dúbias, em que as partes desejavam para o caso concreto a certeza decorrente de aprovação explícita pelo

⁵⁸⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2005**, Paris: OCDE, 2005., p. 28; ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 30.

⁵⁸⁶ Cf. ANDERS; BUENO, Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei 8.884/94., p. 245-247.

⁵⁸⁷ De acordo com o relatório da OCDE de 2010, “[o] artigo 54 não contém determinações específicas que estabeleçam os critérios substantivos a serem empregados na análise dos atos de concentração.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 30.

CADE (não obstante os custos), ao invés de correr o risco de tal acordo ser eventualmente investigado como suposta ‘infração da ordem econômica’, possivelmente por terem participação de mercado relevante em algum mercado relacionado à operação. Outro quadro possível era o de empresas com faturamento superior a R\$ 400 milhões que, não obstante os custos envolvidos, submetiam notificações por temor de possível responsabilização por descumprimento do (incerto) dever de notificação, o qual implicava multas por intempestividade sob o art. 54, §5º – ainda que a operação fosse inócua à concorrência.⁵⁸⁸

Finalmente, deve-se destacar que tal quadro de indefinição quanto aos critérios de notificação gerava custos relevantes tanto para as empresas quanto para o CADE, conforme apontado por ANDERS e BUENO:

“A relevância da questão extrapola os limites dos debates acadêmicos sobre como deve ser o controle preventivo em defesa da concorrência. Identificar se um dado contrato deve ou não ser submetido à aprovação do CADE é crucial para as empresas, na medida em que a Lei n. 8.884/94 prevê vultosas sanções pecuniárias (de até R\$ 6 milhões) no caso de inobservância do dever de notificar. (...) Além do ônus financeiro e administrativo gerado às empresas que seguem essa linha conservadora [i.e., de notificar operações caso haja dúvidas quanto à necessidade ou não de submissão ao CADE], há também um ônus ao Estado, que acaba tendo que mover a sua máquina administrativa para analisar, ainda que brevemente, atos inaptos a integrar poder econômico de seus figurantes (...)”.⁵⁸⁹ (grifo nosso)

Caso não fossem notificados como ‘atos de concentração’, arranjos cooperativos como *joint ventures* de P&D e de produção, de licenciamento de tecnologia, e de normalização técnica poderiam em tese ser investigados como ‘infrações da ordem econômica’. Até 2003, o SBDC estava primordialmente concentrado na avaliação de atos de concentração, e, portanto, esse risco era mais baixo. Todavia, com a atuação mais incisiva da SDE a partir desse ano – especialmente com relação a cartéis e outras práticas horizontais –, esse risco se tornou crescente. Desse modo, passou a ser importante identificar que tipos de acordo poderiam ser considerados ‘infrações da ordem econômica’, ou seja, quais

⁵⁸⁸ Exemplo representativo foi o Ato de Concentração nº 08012.002442/2004-03 (Requerentes: Helicópteros do Brasil S/A. e Líder Táxi Aéreo S/A - Air Brasil., relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer, DOU em 09.02.2005), em que operação de representação comercial com cláusula de exclusividade foi notificada após interpelação da SDE com base em notícia de jornal. Não obstante o ato ter sido aprovado sem restrições, e o relator original do processo (Cons. Luiz Carlos Delorme Prado) votar pelo seu não conhecimento, dada a natureza de arranjo cooperativo, o AC foi conhecido e as partes, sancionadas com multa por intempestividade no valor de R\$ 63.846,00.

⁵⁸⁹ ANDERS; BUENO, Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei 8.884/94., p. 246.

os critérios previstos em lei, regulamentos, guias e precedentes para a análise substantiva desse tipo de arranjo quanto à sua licitude concorrencial. Esse é o objeto da Subseção abaixo, que também verificará os critérios de análise substantiva para acordos submetidos ao CADE como ‘atos de concentração’.

ii. *Critérios de análise: guias de orientação genéricos e ausência de testes específicos pela jurisprudência*

O SBDC adotou dois guias de orientação para a aplicação das disposições genéricas da Lei 8.884/94: a Resolução 20, editada pelo CADE em 1999, que em seus anexos – ainda vigentes⁵⁹⁰ – propõe critérios mais precisos para a análise de condutas anticoncorrenciais (‘Resolução 20/99’); e o ‘Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração’, aprovado pela SEAE por meio de sua Portaria 39/1999, e substituído dois anos depois pelo “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal” aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE 50/2001 (‘Guia SEAE/SDE’).⁵⁹¹

Quanto a este último, trata-se de documento que externa método razoavelmente detalhado para a análise de concentrações horizontais, contribuindo assim para a diminuição da incerteza dos agentes econômicos quanto à análise substantiva desse tipo de operação.⁵⁹² Não convém, neste estudo, detalhar todas as etapas de análise contidas nesse documento, o qual foi consistentemente empregado pelos integrantes do SBDC ao longo da vigência da Lei 8.884/94, e ainda é utilizado na análise de atos de concentração sob a Lei 12.529/11.⁵⁹³ Três observações, todavia, são pertinentes com relação ao Guia SEAE/SDE.

⁵⁹⁰ Os artigos que compõem o corpo da Resolução 20/99 foram revogados pela Resolução 45/2007 do CADE. Todavia, esta não revogou toda a Resolução 20, o que implicaria também seus anexos. Estes, de qualquer modo, possuem apenas caráter de orientação.

⁵⁹¹ Houve ainda a edição de dois outros guias de orientação a respeito de práticas anticompetitivas que, todavia, não são relevantes para o presente estudo: o ‘Guia para análise econômica da prática de preços predatórios’, aprovado pela SEAE por meio da Portaria 70, de 12.12.2002; e o ‘Guia de análise de denúncias sobre possíveis infrações concorrenciais em licitações’, anexo à Portaria SDE nº 51, de 03.07.2009.

⁵⁹² MARTINEZ, Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil., p. 56; OLIVEIRA; FUJIWARA, Competition Policy in Developing Economies., p. 636.

⁵⁹³ Cf. SCHAPIRO; BACHI, Análise dos atos de concentração no Brasil., p. 68. O mesmo trabalho também detalha as etapas de análise sob o Guia SEAE/SDE.

A primeira é que o Guia não contém quaisquer critérios para a análise de atos de caráter cooperativo, conforme previsão explícita:

“O Guia refere-se exclusivamente a atos de concentração horizontal, não se aplicando a outros atos ou contratos que tenham enquadramento no *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94, como, por exemplo:

- Acordos explícitos ou tácitos, entre concorrentes do mesmo mercado, referentes a preços, quotas de produção e distribuição, distribuição geográfica de mercado ou à uniformização das condições de concorrência;
- *Joint ventures* (que não impliquem a constituição de sociedade sob controle comum);
- Acordos ou contratos de distribuição exclusiva; restrição territorial ou fixação de preços de revenda;
- Outros acordos ou contratos horizontais que não se classifiquem como concentração econômica (...)”. (grifo nosso)

Desse modo, embora arranjos cooperativos pudessem ser notificados ao CADE sob o art. 54 da Lei 8.884/94 como ‘atos de concentração’, o Guia SEAE/SDE não lhes era aplicável. Houve, nesse sentido, uma decisão deliberada de não prover orientações a esse tipo de arranjo por meio desse Guia. De acordo com seus próprios termos, ele apenas poderia ser empregado para análise de arranjos interempresariais com algum elemento concentracionista, tais como *joint ventures* societárias para projetos de P&D ou produção conjunta.

A segunda é que, embora o art. 54, §1º contivesse critérios um pouco mais precisos para a aprovação de atos de concentração (inspirados pelo Tratado de Roma), estes foram reinterpretados quando da elaboração do Guia SEAE/SDE. Se na Europa o Art. 85(3) do Tratado foi invocado pelos tribunais comunitários para negar a existência de uma ponderação de efeitos *à la* regra da razão dos EUA⁵⁹⁴, no Brasil o §1º do art. 54 – em tudo semelhante ao seu homólogo europeu – foi

⁵⁹⁴ Cf. WHISH, **Competition law.**, p. 131-133. De acordo com o acórdão do caso *Métropole Télévision v. Comissão* (caso T-112/99), considerado um *leading case* com relação a tal questão: “Não se pode admitir a existência de uma ‘rule of reason’ em direito comunitário da concorrência. Uma interpretação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), no sentido de que em conformidade com uma ‘rule of reason’ seria conveniente proceder a uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo a fim de determinar se este é atingido pela proibição estabelecida no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, revela-se dificilmente conciliável com a estrutura normativa do artigo 85.º. Com efeito, o artigo 85.º do Tratado prevê explicitamente, no seu n.º 3, a possibilidade de isentar acordos restritivos da concorrência quando estes satisfaçam um certo número de condições, nomeadamente quando sejam indispensáveis à realização de certos objectivos e não dêem à empresa a possibilidade de eliminarem a concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em causa. É apenas no âmbito preciso desta disposição que uma ponderação dos aspectos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição pode ter lugar. O artigo 85.º, n.º 3, do Tratado perderia em grande parte o seu efeito útil se um tal exame devesse já ter sido efectuado no âmbito do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.”

entendido pelo Guia SEAE/SDE como a “estabelece[r] o princípio da razoabilidade, ou a regra da razão, como princípio fundamental de controle dos atos de concentração” (item 2). Embora o §1º articulasse em sequência os requisitos cumulativos para aprovação de atos que pudessem “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, o Guia SEAE/SDE os trata de modo bem distinto: faz referências explícitas apenas aos incisos II (distribuição equitativa de benefícios com consumidores – item 87) e IV (proporcionalidade entre restrição e benefício – item 85), havendo outras menções indiretas aos outros dois incisos, como nos itens 79, sobre novas tecnologias (inciso I, letra ‘c’) e 34 a 36, sobre o controle de ‘parte substancial de mercado relevante’ (inciso III).

Trata-se, a toda vista, de mais um exemplo relevante da ‘influência cognitiva estrangeira’ do antitruste norte-americano apontada acima, e de como uma norma de mesmo teor pode ser aplicada de forma totalmente distinta a depender do contexto institucional e das reações estratégicas dos agentes envolvidos.⁵⁹⁵ Ademais, não obstante a possível inconsistência com o texto legal, o Guia SEAE/SDE gerou maior segurança jurídica às empresas que submetiam atos de concentração sob a Lei 8.884/94 ao SBDC por conta de sua aplicação reiterada ao longo dos anos, inclusive pelo CADE, não obstante a autarquia não tenha subscrito explicitamente o guia.⁵⁹⁶

A terceira é que o Guia não contém critérios específicos para a avaliação de arranjos estruturados por empresas para projetos de inovação tecnológica – mesmo que tenham algum elemento concentracionista, como a constituição de nova empresa. As etapas de análise previstas pelo Guia SEAE/SDE se aplicam a qualquer concentração horizontal, independentemente de seu objeto. As referências mais explícitas quanto ao “desenvolvimento tecnológico ou econômico” (art. 54, §1º, letra ‘c’ da Lei 8.884/94) constam da penúltima etapa de análise (Etapa IV), em que são analisadas as eficiências da operação, especialmente nos itens 79 (introdução de uma nova tecnologia) e 82(a) (apropriação de *spill-overs* tecnológicos).

⁵⁹⁵ Vide Subseção 3.B.ii acima, p. 101.

⁵⁹⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 32.

Por sua vez, a Resolução 20/99 buscou dar um maior grau de concretude aos arts. 20 e 21 da mesma lei, que preveem as hipóteses em que uma determinada prática empresarial deveria ser considerada ilícita, ou seja, uma ‘infração da ordem econômica’. Tais dispositivos possuem uma sistemática de aplicação razoavelmente complexa: as práticas presentes em lista meramente exemplificativa do art. 21 só eram consideradas ilícitas se configurassem alguma das hipóteses do art. 20; este por sua vez previa que a conduta seria considerada ilícita caso tivesse “por objeto ou [pudesse] produzir os seguintes efeitos, ainda que não [fossem] alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Trata-se de hipóteses bastante abstratas, empregadas em técnica legislativa pouco comum em perspectiva comparada, dado não haver a usual e compreensível distinção feita em outros países entre *acordos restritivos* e *abuso de posição dominante*. Conforme relatório da OCDE de 2000:

“The provisions in the competition law relating to anticompetitive conduct, Articles 20 and 21, are somewhat broad and ambiguous. (...) Articles 20 and 21 of law 8884 deal with all types of anticompetitive conduct other than mergers, unlike the laws of other countries which separately proscribe anticompetitive agreements and single firm abusive conduct. (...) Art. 21 of law 8884 is somewhat unorthodox. In its list of designated anticompetitive practices it does not distinguish specifically between those that are relevant to the prohibition of restrictive agreements and those that relate to abuse of dominance. Some of the enumerated practices are ambiguously worded or, as described, are not traditionally considered as anticompetitive conduct.Thus, the potential exists for misinterpretation of these provisions and misapplication of the law (though there is little evidence of such effects to date)”.⁵⁹⁷

Em vista desses problemas, o CADE adotou a Resolução 20/99 para “instruir o público acerca das infrações à ordem econômica nos termos do Inciso XVIII do Artigo 7º da Lei 8884/94”.⁵⁹⁸ O objetivo deliberado do CADE foi prover critérios de interpretação das hipóteses de ilícitos previstos na Lei que fossem consistentes com o instrumental analítico verificado em outros países, assim como orientar a comunidade empresarial a melhor compreender o novo regime de controle

⁵⁹⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform.**, itens 3; 33; 47.

⁵⁹⁸ Texto de introdução aos Anexos da Resolução 20/99.

concorrencial de suas atividades, depois de décadas de supervisão e definição estatal de preços.⁵⁹⁹

Para tanto, a Resolução 20/99 contém dois anexos: o Anexo I define e classifica as diversas ‘práticas restritivas’, ao passo que o Anexo II estabelece uma sequência de etapas de análise para a caracterização de uma infração da ordem econômica, tais como a identificação das características da conduta; a definição de mercados relevantes e cálculo de parcelas de mercado; a identificação de eventuais danos concorrenciais; e, por fim, seu necessário sopeso com eficiências econômicas. Quanto a esta última etapa, tendo em conta não haver previsão de exceção quanto à sua aplicação, a Resolução 20/99 em verdade expande a proposta da Escola de Chicago de diminuição de hipóteses de ilicitude *per se*, ao considerar que todos os tipos de práticas restritivas – inclusive cartéis – devem ser analisados pela regra da razão para aferição de ilicitude.⁶⁰⁰

Nada obstante o esforço do CADE em estabelecer em documento oficial aprovado por seu Plenário critérios mais precisos para a aplicação das normas genéricas dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94, o grau de segurança jurídica provido pela Resolução 20/99 foi bastante limitado. Em primeiro lugar, o teor dos Anexos da Resolução ainda é bastante genérico. Ademais, ao contrário do quanto visto em relação à utilização do *IP Guidelines* ao longo dos anos por FTC e DOJ, o próprio CADE não empregou de maneira consistente o referencial analítico previsto pela Resolução 20/99. No que se refere à investigação de certos acordos horizontais (notadamente cartéis), o Conselho não pondera eventuais efeitos benéficos. De acordo com ROSENBERG e BERARDO, em artigo de 2007:

“(...) the broad language of CADE, the Administrative Council for Economic Defence’s Guidelines on Anti-competitive Practices (Resolution No. 20/1999) indicate, on the one hand, that the analysis of cartels should also depend on the evaluation of their possible benefits (‘economic efficiencies’). CADE’s decision practice, on the other

⁵⁹⁹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform.**, item 48; e OLIVEIRA; FUJIWARA, *Competition Policy in Developing Economies.*, p. 635.

⁶⁰⁰ Conforme Anexo II, item A da Resolução 20/99, “[d]e acordo com o princípio da razoabilidade [regra da razão], deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.” De acordo com OLIVEIRA; FUJIWARA, *Competition Policy in Developing Economies.*, p. 635: “Resolution 20/99 confirmed the interpretation that there was no infringement *per se* in the Brazilian legislation. Both vertical and horizontal practices must be analyzed on a case-by-case basis, taking into consideration not only the costs resulting from the impact, but also the group of benefits, if any, arising from the event so as to arrive at the net effects on the market and on the consumer.”

hand, never paid much attention to this point in the guidelines, and CADE has consistently – although not always expressly – condemned companies involved in cartel schemes if those companies collectively held some degree of market power, without any further inquiries into the effects of the collusion.

That CADE’s guidelines on cartels are not consistent with CADE’s practice raises many questions on the standard and burden of proof, as there is not much predictability as to whether an argument will be considered valid or not in a certain context (eg, whether a certain cartel lacks potential anti-competitive effects or not). This is especially true for cases involving non hard-core cartel cases”.⁶⁰¹ (grifo nosso)

Tal incerteza é especialmente preocupante tendo em conta que o CADE qualifica como ‘cartel’ certas práticas horizontais que usualmente não se enquadram em tal conceito em outros países.⁶⁰² Há casos nos quais, embora afirme-se condenar um ‘cartel’ – i.e., um acordo entre concorrentes⁶⁰³ –, apenas uma associação ou sindicato é objeto de sanção, ao invés dos partícipes do alegado acordo ilícito.⁶⁰⁴ Esse tipo de imprecisão conceitual gera incerteza para empresas envolvidas em arranjos horizontais e para entidades de classe que exerçam atividades de normalização técnica.

De igual modo, também quanto a práticas restritivas verticais pode-se constatar incertezas por conta da generalidade da Resolução 20/99 e da jurisprudência nem sempre consistente do CADE. Quanto a cláusulas de exclusividade, por exemplo, o Anexo I prevê como um de seus benefícios a “economia de custos de transação, ao buscar a contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos” (grifo nosso). Trata-se de aspecto bastante pertinente para arranjos colaborativos de suporte a

⁶⁰¹ ROSENBERG, Barbara; BERARDO, Jose Carlos Mota, Brazil: Cartels and Leniency, **The Antitrust Review of the Americas**, p. 122–124, 2007.

⁶⁰² Vide relatório de OCDE e BID sobre a política de defesa da concorrência no Brasil de 2010: “O SBDC analisou poucos casos de acordos horizontais que não configurem cartéis. Isso se deve em parte ao fato de que o Sistema classifica como cartéis alguns casos que poderiam ser considerados como casos que não configuram cartéis. Como mencionado anteriormente, a regra *per se* não é aplicável no Brasil. Assim, em todos os casos, algum grau de poder de mercado deve ser demonstrado, embora em casos de cartéis clássicos aparentemente apenas uma demonstração mínima é exigida.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 25.

⁶⁰³ Conforme definição largamente aceita constante em recomendação da OCDE, emitida em 1998, “[a] ‘hard core cartel’ is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels**, Paris: OECD, 1998).

⁶⁰⁴ Exemplo desse tipo de abordagem é a decisão do Conselho no Processo Administrativo 08012.001692/2005-07, Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE; Representada: Sindicato das Auto Moto Escolas e Centro de Formação de Condutores no Estado de São Paulo; Relator: Luiz Carlos Delorme Prado; 18.09.2006.

projetos de inovação tecnológica. Todavia, a Resolução não contém detalhamento a respeito de como tais efeitos positivos devem ser considerados e ponderados. Ademais, de acordo com PAGOTTO, em trabalho de 2008 a respeito de cláusulas de exclusividade, “a prática revela que as decisões do CADE dificilmente se referem a esse Anexo”.⁶⁰⁵ Por sua vez, GERADIN e PEREIRA NETO apontam, em trabalho de 2013 sobre o regime antitruste de restrições verticais adotadas por empresas dominantes, que:

“(…) a redação da Res. Cade 20 é muito aberta e abstrata na estruturação da análise baseada em efeitos, deixando espaço substancial para as autoridades aplicadoras desenvolverem critérios mais precisos por meio da jurisprudência. (...) Uma observação mais acurada da jurisprudência mostra uma variação substancial na análise qualitativa realizada pelas autoridades brasileiras. Essa variação gera inconsistência, especialmente no tocante à definição dos padrões de prova no contexto de uma análise baseada na *regra da razão*. (...) Na verdade, a raiz do problema pode ser localizada nos termos vagos da própria lei que criou o [SBDC], já que o art. 20 caracteriza como ilegal qualquer conduta que possa produzir certos efeitos *ainda que não sejam alcançados* (*efeitos potenciais*) ou qualquer ato *com o escopo* de produzir certos efeitos negativos sobre a concorrência (*escopo do ato*). Na prática, esses termos vagos resultam em casos sendo arquivados pela aplicação de padrões rígidos de prova que exigem evidências sólidas dos efeitos negativos no mercado e outros casos sendo condenados com base nos padrões mais brandos de *efeitos potenciais* e *escopo do ato*”.⁶⁰⁶

Finalmente, convém destacar que a Resolução 20/99 não prevê critérios específicos para a avaliação de tipos de arranjos referentes a projetos de inovação tecnológica. Seu Anexo I recomenda que ‘outros acordos [horizontais] entre empresas’ que não cartéis sejam avaliados de forma ‘mais complexa’, para que sejam ponderados tanto os efeitos negativos como os positivos – sem detalhar como isso se daria (item A.2 do Anexo I). Nesse sentido, OLIVEIRA e RODAS reconhecem inexistir no país guia de orientação semelhante ao *Competitors Collaborations Guidelines* a fim de auxiliar na distinção entre a cooperação lícita e a infração antitruste.⁶⁰⁷ Já ROSENBERG aponta para a necessidade de as autoridades brasileiras adotarem orientações mais precisas quanto às hipóteses de ilícitos concorrenciais envolvendo o exercício e o licenciamento

⁶⁰⁵ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro, As exclusividades no direito da concorrência, *in*: ZANNOA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.), **Desafios atuais do direito da concorrência**, São Paulo: Singular, 2008., p. 113.

⁶⁰⁶ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, **Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Européia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013., p. 58; 68-69.

⁶⁰⁷ OLIVEIRA; RODAS, **Direito e economia da concorrência**., p. 53-54.

de propriedade intelectual, “diante da parca literatura brasileira especializada, associada à falta de precedentes claros e convergentes sobre o tema”.⁶⁰⁸

Tendo em conta tais aspectos da política de defesa da concorrência implementada sob a Lei 8.884/94, tem-se, em resumo, que:

- i. Arranjos interempresariais para desenvolvimento tecnológico podiam ser analisados como ‘atos de concentração’ (sob o art. 54) ou como ‘infrações da ordem econômica’ (sob os arts. 20 e 21).
- ii. A Lei 8.884/94 não previa mecanismo de controle ou critérios de análise específicos para esse tipo de arranjo.
- iii. Havia dúvidas relevantes a respeito da obrigatoriedade de notificação de arranjos estritamente cooperativos sob o art. 54; o CADE todavia não adotou regulamento ou guia a respeito dessa questão.
- iv. Havia previsão específica de que *joint ventures* clássicas de caráter societário seriam, a princípio, analisadas sob o procedimento sumário, próprio para operações menos preocupantes.
- v. O SBDC buscou estabelecer por meio do Guia SEAE/SDE e Resolução 20/99 critérios mais precisos para a análise de atos de concentração e de infrações concorrenciais, respectivamente.
- vi. O Guia SEAE/SDE era aplicável apenas a arranjos com algum elemento concentracionista, especialmente *joint ventures* societárias. Trata-se de documento que vem sendo empregado de forma consistente pelo SBDC, e que contém método de análise razoavelmente claro e estruturado, embora inconsistente com a articulação de requisitos de aprovação prevista pelo art. 54, §1º da Lei 8.884/94. Ademais, tal Guia não contém critérios específicos para avaliação de arranjos interempresariais estruturados para suportar projetos de inovação tecnológica.
- vii. A Resolução 20/99 era aplicável a arranjos cooperativos, tanto horizontais quanto verticais. Todavia, trata-se de guia de orientação genérico, que não contém critérios específicos para avaliação de arranjos

⁶⁰⁸ ROSENBERG, Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual., p. 187.

interempresariais estruturados para suportar projetos de inovação tecnológica. Ademais, a Resolução 20/99 não vem sendo empregada de maneira consistente pelo SBDC.

Dado esse quadro em nível legislativo e regulamentar, convém, por fim, analisar brevemente os precedentes do CADE que trataram especificamente de arranjos cooperativos usualmente empregados para a criação, implantação e difusão de tecnologias inovadoras.

Quanto às *joint ventures*, estas foram analisadas primordialmente na forma de atos de concentração. Relatório apresentado pela SEAE à OCDE em 2000 a respeito desse tipo de operação⁶⁰⁹ reconheceu que a Lei 8.884 não continha qualquer definição específica a respeito e que não havia regulamento estabelecendo isenções por categoria (*block exemptions*). Ademais, a Secretaria apontou que o Guia de análise de concentrações então vigente (i.e., o que precedeu o Guia SEAE/SDE) permitia uma análise simplificada de *joint ventures clássicas*. Ademais, o relatório apontava que 10% das notificações referiam-se a *joint ventures* (cooperativas ou concentracionistas), e que, destas, apenas 12% eram motivadas pela condução de projetos de P&D. Por fim, destacou-se que a grande maioria das operações não traziam qualquer preocupação concorrencial.

Em um trabalho mais recente, AVELLAR, TEIXEIRA e DE PAULA elaboraram detalhado estudo empírico com a análise de todos os casos de *joint ventures* julgados pelo CADE entre os anos de 2002 e 2010, com ênfase na “forma como são analisados os atos de concentração referentes aos acordos de cooperação entre empresas, em particular a constituição de JV, e em que medida essas análises estariam ou não em concordância com as melhores práticas internacionais sobre a matéria”.⁶¹⁰ O artigo destaca a importância desse tipo de arranjo para o desenvolvimento tecnológico, e constata que os estudos econômicos pertinentes são uníssomos quanto à necessidade de “tratamento especial por parte das autoridades antitruste” para arranjos cooperativos de

⁶⁰⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Issues in Joint Ventures**.. A contribuição brasileira, apresentada pela SEAE, consta das páginas 143 a 145.

⁶¹⁰ AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; DE PAULA, Germano Mendes, Joint ventures e a política antitruste brasileira, **Revista de Economia Contemporânea**, v. 16, n. 3, 2012, p. 465.

P&D.⁶¹¹ Não obstante, ao avaliar o Guia SEAE/SDE, os autores não identificam um regime específico para esse tipo de arranjo. Na parte empírica do trabalho, foram identificados 150 atos de concentração referentes à constituição de JVs, dentre 4.929 decididos pelo CADE no período. Após analisar cada uma dessas decisões, chegou-se à seguinte conclusão:

“Nos vários casos analisados, notou-se que os fatores comuns a todos os tipos de concentrações, como definição do mercado relevante, participações de mercado, probabilidade do exercício do poder de mercado (concorrências interna e externa, barreiras à entrada), foram mais bem trabalhados no âmbito das análises. Por outro lado, os fatores específicos à formação de JV, como a própria natureza do acordo, a exclusividade, a troca de informações, as cláusulas de não concorrência e a duração do acordo, foram abordados, mas sem um rigor substancial. (...) Enfim, o que se pode perceber é uma falta de normatização e uma relativa discricionariedade por parte dos órgãos do SBDC na elaboração de documentos oficiais de análise dos atos de concentração (AC), o que poderia estar relacionado à ausência de um documento norteador no tratamento das JV, como um guia específico para esse tipo de concentração. Ademais, vale a pena mencionar que tal padronização na execução da política antitruste brasileira se mostraria muito interessante não só por meio do aumento da segurança jurídica e econômica, mas também pela possibilidade de redução do tempo gasto no julgamento do processo. Esse debate é ainda mais oportuno tendo em vista a nova lei antitruste brasileira, que recentemente entrou em vigor e que visa, entre outros aspectos, diminuir o tempo requerido para a aprovação dos ACs por parte do SBDC”.⁶¹² (grifo nosso)

No que se refere aos acordos de licenciamento de tecnologia, artigo publicado em 2009 por CUEVA⁶¹³, então recém-saído do Conselho, traz análise da jurisprudência do CADE sobre propriedade intelectual até aquele presente momento. O autor constatou ter havido poucos casos relevantes, concentrados na área de biotecnologia por conta da importância do agronegócio no país. Nos casos em que houve restrições, estas foram motivadas pela presença de cláusulas de exclusividade, e buscaram obedecer a critérios de proporcionalidade, não havendo presunção de poder de mercado pela mera detenção do monopólio legal de patentes.

Em análise mais recente, LILLA assevera que “não há uma jurisprudência sólida no Brasil sobre a interface entre propriedade intelectual e concorrência”⁶¹⁴, e aponta como exemplos relevantes de casos a indicar o posicionamento do CADE atos de

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 470.

⁶¹² *Ibid.*, p. 482-483.

⁶¹³ CUEVA, Ricardo Villas Bôas, A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE, *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 121–147, 2009.

⁶¹⁴ LILLA, *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência.*, p. 274.

concentração também apontados por CUEVA⁶¹⁵ – o que reforça a constatação de que o conjunto de decisões do CADE a respeito dos efeitos concorrenciais do licenciamento de tecnologia é limitado. Um caso mais recente apontado pelo autor, todavia, foi ato de concentração julgado em 2011 que avaliou a constituição de *pool* de patentes por diversas empresas de eletroeletrônicos para a leitura e produção de discos *Blu-ray*⁶¹⁶, o qual foi aprovado sem restrições ao se verificar a obediência às recomendações constantes no *IP Guidelines* do DOJ e FTC – o que sugere a aceitação dos critérios previstos em tal guia estrangeiro por parte da autoridade brasileira.

Finalmente, também quanto à normalização técnica e padronização há poucos casos de interesse. Em geral, a atuação do SBDC – especialmente pela SEAE – deu-se na forma de advocacia da concorrência, por meio da participação da Secretaria em processos de normalização técnica conduzidos pela ABNT de produtos em que se considerou haver alguma distorção concorrencial que seria melhor sanável por uma padronização mais adequada.⁶¹⁷ Entre 2005 e 2010, a SEAE participou das discussões referentes à normalização de cimento, vergalhões e cabos de aço.

Outros dois casos iniciados sob a vigência da Lei 8.884/94 mas julgados já sob a égide da nova LDC analisaram o possível emprego do processo de normalização para fins anticoncorrenciais. O primeiro foi a Averiguação Preliminar 08012.004572/2007-15⁶¹⁸, arquivada pelo CADE ao constatar não haver indícios suficientes de que o processo de normalização de um novo produto junto à ABNT – tubos de fibra de vidro para redes de saneamento básico – fora delongado por empresa incumbente para dificultar as vendas junto a concessionárias de serviço público. O segundo foi a decisão do CADE no assim chamado ‘cartel do cimento’, no qual a autoridade identificou evidências de que as empresas representadas atuavam junto à ABNT para influenciar o

⁶¹⁵ Notadamente, AC 08012.000311/2007-26, Requerentes Monsanto do Brasil Ltda e Syngenta Seeds Ltda, Cons. Relator (acórdão) Abraham Benzaquem Sicsú, j. 25.07.2007, DOU 27.07.2007; e AC 08012.003296/2007-78, Requerentes Brasmax Genética Ltda e Monsanto do Brasil Ltda.; Cons. Relator Abraham Benzaquem Sicsú, j. 12.12.2007; DOU 14.12.2007.

⁶¹⁶ AC 08012.008810/2009-23, Requerentes Koninklijke Philips Electronics N.V., Panasonic Corporation, Sony Corporation e outros, Cons. Relator Carlos Ragazzo, j. 29.06.2011; DOU 01.07.2011.

⁶¹⁷ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Standard Setting**, Paris: OECD, 2010, na qual consta contribuição brasileira às p. 209-218; e MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão, *Advocacia da Concorrência em Atividades de Normalização no Brasil*, **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**, p. 7, 2010. A autora atuava na SEAE à época da elaboração do artigo.

⁶¹⁸ AP 08012.004572/2007-15, Representantes Amitech Brasil Tubos Ltda e Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; Representada Saint Gobain Canalização Ltda.; Cons. Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis; j. 4.6.2014; DOU 10.06.2014.

processo de normalização do cimento e do concreto de forma a gerar barreiras à entrada aos competidores não alinhados.⁶¹⁹

Tendo isso em conta, também a jurisprudência não apresenta parâmetros específicos para a análise substantiva de arranjos cooperativos empregados pelas empresas para desenvolver projetos de inovação tecnológica. Isso denota não ter havido por parte quer do legislador, quer das autoridades integrantes do SBDC, uma preocupação explícita com o estabelecimento de regras claras e precisas para que agentes econômicos empreguem esses arranjos tão importantes ao desenvolvimento econômico sem a incerteza quanto ao descumprimento do dever de notificação ou o risco de serem investigados por suposta infração econômica – risco esse que se torna tanto maior quanto mais efetiva for a política antitruste no país.

Especialmente no que se refere ao regime de notificação de atos de concentração, a ausência da adoção de critérios mais claros de notificação de arranjos cooperativos não levou em conta os custos de *compliance* impostos às empresas, quer decidissem por notificar a operação, quer optassem por não notificá-la – correndo o risco de sanções por intempestividade.

Trata-se de abordagem que se contrasta àquela observada na experiência norte-americana, em que legisladores e autoridades buscaram continuamente estabelecer critérios mais claros para diminuir as incertezas decorrentes das orientações constantes em nem sempre congruentes precedentes judiciais, de maneira a conferir maior segurança jurídica às empresas do país e, com isso, prover vantagens comparativas institucionais. Não se trata, como visto, de exclusividade estadunidense: essa preocupação também pode ser vista na atuação de outras autoridades, como constatável no seguinte *press release* da Comissão Europeia quando da aprovação, ainda em 2000, de regulamentos de isenções por categoria para acordos horizontais:

“A Comissão Europeia adoptou hoje novas regras de concorrência para os chamados acordos de cooperação horizontal, isto é, os acordos de cooperação entre empresas concorrentes. Trata-se da revisão dos regulamentos de isenção por categoria

⁶¹⁹ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, Representante SDE *ex officio*; Representadas Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, Camargo Corrêa Cimentos S/A, Cimpor Cimentos do Brasil Ltda, Companhia de Cimento Itambé, Holcim do Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S/A, Lafarge Brasil S.A., Sindicato Nacional da Indústria do Cimento, Votorantim Cimentos S.A e outros, Cons. Relator (para o acórdão) Marcio de Oliveira Junior; j. 28.05.2014, DOU 03.06.2014. Trata-se de decisão que, à data de finalização deste trabalho, ainda não era definitiva, tendo em conta estarem em aberto embargos de declaração interpostos por vários representados.

relativamente a acordos de investigação e desenvolvimento [P&D] e acordos de especialização e das orientações sobre vários tipos de acordos de cooperação. As novas regras procedem à reforma de uma área chave da política de concorrência. Fazem parte de uma revisão mais ampla empreendida pela Comissão para dinamizar e adaptar a legislação comunitária em matéria de concorrência. **Tendo em conta que a cooperação entre empresas concorrentes é um factor cada vez mais importante na economia actual, a existência de regras claras constitui um contributo significativo para a competitividade europeia.**

Na sequência da adopção dos textos, Mario Monti, Comissário responsável pela política de concorrência, afirmou: ‘Esta reforma constitui mais um marco nos nossos esforços de modernização das regras comunitárias de concorrência. Uma política mais eficaz para a cooperação horizontal reduzirá a carga regulamentar das empresas, garantindo ao mesmo tempo um controlo efectivo dos acordos entre empresas com poder no mercado. Esta medida beneficiará simultaneamente os consumidores, as empresas e a Comissão’⁶²⁰ (grifo nosso)

iii. *Pontos de coordenação entre a política antitruste e política de inovação e grau de sofisticação institucional do direito antitruste aplicável a arranjos cooperativos sob a Lei 8.884/94*

Convém, por fim, avaliar se e em que medida a política de defesa da concorrência estruturada com base na Lei 8.884 pode ser considerada complementar a outras políticas económicas de fomento à inovação tecnológica e, em conjunto com as observações feitas nas duas subsecções anteriores, avaliar o grau de sofisticação institucional do regime antitruste aplicável a cooperações inovadoras sob a Lei 8.884/94.

É pertinente neste ponto destacar características gerais das políticas de fomento à inovação tecnológica que podem ser complementares à defesa da concorrência. Historicamente, diversos países – inclusive o Brasil – buscaram ao longo dos três primeiros quartéis do século XX promover inovações em suas economias por meio da industrialização acelerada, e, para tanto, empregaram políticas económicas antagónicas aos mecanismos usuais de controle antitruste, de acordo com POSSAS e BORGES.⁶²¹ De um lado, entre o pós-guerra e os anos 1980, países asiáticos como Japão e Coreia do Sul estabeleceram diversas exceções (ainda

⁶²⁰ Press release - A Comissão reforma as regras de concorrência relativas à COOPERAÇÃO entre EMPRESAS, disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1376_pt.htm>, acesso em: 2 jan. 2015.

⁶²¹ POSSAS, Mario Luiz; BORGES, Heloisa, Competition Policy and Industrial Development, in: CIMOLI, Mario; DOSI, Giovanni; STIGLITZ, Joseph E. (Orgs.), **Industrial Policy and Development: The Political Economy of Capabilities Accumulation**, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 447–469.

que informais) à aplicação de normas antitruste em setores sujeitos à intensa coordenação governamental, incluindo a adoção de cartéis de exportação e de crise com vistas a acelerar o processo de industrialização. Já na América Latina, alguns países formalmente tinham legislação antitruste desde os anos 1950, mas que na prática foi ineficaz por incompatibilidade com políticas de desenvolvimento industrial baseadas na substituição de importações por meio de proteções tarifárias, coordenação econômica pela atuação direta de empresas estatais (muitas vezes monopolistas) e controles governamentais de preços.

Mais recentemente, quando esses países atingiram um razoável grau de diversificação do parque industrial, houve reforço ou implementação efetiva da política concorrencial, bem como adoção de novas formas de política industrial, de caráter mais horizontal (i.e., sem diferenciação relevante entre os diversos setores da economia) e mais focadas na *competitividade* das empresas locais e em seu *desenvolvimento tecnológico*.⁶²² Ou seja, dentre as possíveis políticas industriais, passaram a se destacar aquelas mais específicas de inovação tecnológica, como fomento à P&D e transferência de tecnologia para as empresas estabelecidas no país.⁶²³ Ademais, como exemplificado pela experiência norte-americana, o próprio instrumental da política antitruste modificou-se nesse período, deixando de preocupar-se primordialmente com níveis de concentração (como propugnado pela Escola de Harvard) e passando a considerar justificativas em termos de aumento de eficiência produtiva ou de capacidade de inovação.⁶²⁴ Tendo em conta esse movimento de convergência, verifica-se maior espaço para a complementariedade entre essas políticas econômicas, observação que encontra ressonância com avaliações de outros autores brasileiros.⁶²⁵

⁶²² “The potential conflict between competition policies and industrial policies tends to fade away in relatively advanced developing-but-industrialized countries. As briefly discussed above, at a relatively advanced stage of industrialization there is no significant trade-off between industrial policy – at this point focused on *competitiveness* and *technology catch-up* – and competition policy.” *Ibid.*, p. 461.

⁶²³ Sobre os diferentes tipos de política industrial, vide SCHAPIRO, **Política Industrial e Disciplina da Concorrência pós-Reformas de Mercado.**, p. 88-95.

⁶²⁴ POSSAS; BORGES, Competition Policy and Industrial Development., p. 461.

⁶²⁵ Vide FAGUNDES, Jorge, Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?, **Revista do IBRAC**, v. 5, n. 6, p. 19–41, 1998.; FARINA, Regulamentação, Política Antitruste e Política Industrial.; MATTOS, Paulo Todescan L., Política industrial e política de defesa da concorrência: conflito ou convergência?, **Revista Conjuntura Econômica-FGV/IBRE**, v. 1, 2009.

Tendo em conta essas considerações gerais a respeito do histórico de relacionamento entre as duas políticas, cabe então fazer uma análise mais detalhada do caso brasileiro. A política de desenvolvimento tecnológico do país passou por uma mudança importante entre os anos 1980 e 2000. Em um âmbito mais amplo de política econômica, o incentivo para que empresas brasileiras adotassem novas tecnologias se deu pela abertura da economia brasileira à pressão competitiva externa, associada às novas oportunidades de negócios decorrentes da estabilização monetária e ganhos de renda da população pelo fim do imposto inflacionário. A nova abordagem vigente no país na década de 1990, especialmente após o Plano Real, foi resumida em documento oficial da Presidência da República de 1998 (Governo Fernando Henrique Cardoso) intitulado ‘Nova Política Industrial’:

“A Nova Política Industrial vigente no Brasil apresenta diretrizes distintas das que orientaram a ação do Governo Federal durante as seis décadas de substituição de importações. A abertura e a estabilização econômica são elementos fundamentais das transformações em curso, que envolvem uma ampla reestruturação industrial. (...) A exposição à competição externa levou a indústria brasileira a promover um profundo ajuste nos seus sistemas empresariais, gerenciais e tecnológicos. À ação governamental coube, inicialmente, sinalizar de forma clara o novo modelo de crescimento da economia brasileira, com a sua integração à economia mundial, por meio da abertura comercial e do fortalecimento dos mecanismos de defesa comercial e da concorrência. O governo mobilizou também recursos para que o processo de ajuste fosse rápido e efetivo, buscando tanto fortalecer as vantagens competitivas do modelo anterior como apoiar novos empreendimentos que apresentassem bom potencial de competitividade. (...)

A quarta linha mestra do Governo Federal é a criação de um ambiente institucional adequado às melhores práticas competitivas. Inserem-se nesta linha os mecanismos e instrumentos de defesa comercial contra práticas desleais de parceiros no exterior, a defesa contra práticas restritivas ao pleno funcionamento do mercado (defesa da concorrência) e a proteção dos direitos do consumidor”.⁶²⁶ (grifo nosso)

Tal documento formaliza, assim, a clara estratégia da então gestão do Governo Federal de adotar políticas de liberalização comercial, estabilização monetária, desenvolvimento tecnológico e defesa da concorrência como complementares entre si. Em suma, a principal política de fomento à inovação era a exposição das empresas brasileiras a maior pressão competitiva externa, associada a outros mecanismos de fomento para auxiliar nessa transição.

⁶²⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Nova Política Industrial, 1998.

Dentre tais mecanismos de fomento encontra-se a política de ciência e tecnologia. Esta, que foi centralizada durante o regime militar visando maior autonomia estratégica do país, passou por fase de reacomodação por conta da crise orçamentária dos anos 1980, e na década seguinte passou a ser estruturada visando mais diretamente a inovação tecnológica, em um contexto de liberalização econômica.⁶²⁷ Em outros termos, se as políticas governamentais entre o final da década de 1960 e início de 1980 concentravam-se na ampliação e internalização de *conhecimentos científicos/tecnológicos* – por meio de criação de centros de pesquisas, estabelecimento de novas universidades e medidas restritivas para transferências internacionais de tecnologia –, durante as décadas de 1990 e 2000 o foco passa a ser no apoio a empresas locais para que tenham maior capacidade de utilizar conhecimentos já disponíveis ou por elas desenvolvidos para gerar inovações incrementais ou radicais que resultem em maior produtividade, a fim de que possam competir melhor em um ambiente não mais protegido por restrições tarifárias e controles de preços.

Os principais programas de fomento à inovação tecnológica estabelecidos na década de 1990 se basearam em duas leis: a Lei 8.248, de outubro de 1991, que estabeleceu as bases para a Política de Informática baseada em preferências em compras públicas e incentivos fiscais; e a Lei 8661, de outubro de 1993, a qual estabelecia incentivos fiscais para programas de inovação tecnológica de empresas industriais e agropecuárias, e com base na qual foi estabelecido o Programa de Apoio à Capacitação Tecnológica da Indústria (PACTI).⁶²⁸ Tais medidas, porém, tiveram um alcance limitado entre 1990 e 2002, tendo em conta sua adoção pontual e as restrições de verbas orçamentárias para o fomento de projetos de P&D.⁶²⁹

A partir de 2003, a nova gestão do Governo Federal (Governo Lula da Silva) buscou estabelecer medidas mais concretas de fomento à inovação tecnológica, dentre as quais se destaca a edição da Lei de Inovação (Lei 10.973/2004) e da Lei do Bem (Lei

⁶²⁷ Cf. POSSAS; BORGES, Competition Policy and Industrial Development.; MOURÃO, Victor Luiz Alves, Variedades do Capitalismo, Sistemas de Inovação e a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil, **Ponto de Vista**, n. 9, 2011. Para uma perspectiva dos países desenvolvidos, especialmente europeus, vide SOETE, L., From industrial to innovation policy, **Journal of industry, competition and trade**, v. 7, n. 3, p. 273–284, 2007.

⁶²⁸ Cf. RESENDE, Antônio Vieira, **A política industrial do Plano Real**, Belo Horizonte: Cedeplar, Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.

⁶²⁹ Cf. SCHAPIRO, **Política Industrial e Disciplina da Concorrência pós-Reformas de Mercado.**, p. 173-190.

11.196/2005).⁶³⁰ A primeira contém regras mais claras para facilitar a colaboração entre instituições de pesquisa (como universidades públicas e outros centros de ciência e tecnologia) e empresas privadas – de maneira semelhante ao *Bayh-Dole Act* dos EUA. Já a Lei do Bem estabelece uma série de incentivos tributários estáveis e permanentes para empresas que invistam em P&D.⁶³¹

Ademais, foi estabelecida em março de 2004 a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), sob a coordenação da então recém-criada Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, com ênfase no aumento da eficiência produtiva, no incremento da capacidade de inovação das empresas brasileiras e na expansão das exportações.⁶³² A PITCE foi sucedida em 2008 pela Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), a qual tinha maior abrangência em termos de setores industriais prioritários, bem como metas numéricas a serem atingidas até 2010.⁶³³

Esse conjunto de medidas mais ativas de promoção da inovação tecnológica gerou alguns resultados, embora ainda limitados.⁶³⁴ De qualquer modo, ao longo dos anos 2000 os investimentos privados em P&D aumentaram, incentivados por tais

⁶³⁰ Outra iniciativa de política industrial adotada ao longo do Governo Lula da Silva foi a formação de grandes grupos nacionais, conhecidos pela literatura especializada como ‘campeões nacionais’ (vide ALMEIDA, Mansueto, **Desafios da Real Política Industrial Brasileira do Século XXI**, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2009, p. 45-48). Tendo em conta o foco distinto do presente estudo em instrumentos de fomento à inovação tecnológica e à cooperação interempresarial, o tratamento antitruste desse tipo de política não será detalhado. Há diversos trabalhos a respeito do tema: vide, por exemplo, ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD, **Competition Policy, Industrial Policy and National Champions**; CARVALHO, Vinícius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros, Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica, **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7/8, p. 223–242, 2011; FARIA, José Eduardo, Política industrial e direito antitruste: a experiência brasileira e seu sentido atual, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 10, n. 37, p. 109–150, 2012.

⁶³¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa, O sistema jurídico-institucional de investimentos público-privados em inovação no Brasil, **Revista de Direito Público da Economia**, v. n. 28, n. ano 7, p. 101–126, 2009; ARAÚJO, Bruno César, **Políticas de apoio à inovação no Brasil: uma análise de sua evolução recente**, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2012., p. 10-11.

⁶³² ALMEIDA, **Desafios da Real Política Industrial Brasileira do Século XXI**, p. 16-17.

⁶³³ Para mais informações, vide <<http://www.mdic.gov.br/pdp/index.php/sitio/inicial>>.

⁶³⁴ ‘Para analistas, inovação segue em passo lento’, **Valor Econômico**, 05.01.2011. Vide também ARAÚJO, **Políticas de apoio à inovação no Brasil**, p. 37: “as avaliações quantitativas do impacto dos instrumentos de apoio, pelo menos no que tange aos esforços de inovação, são sempre positivas. Porém, há consenso entre os especialistas de que o Brasil não tem conseguido transformar seu *boom* científico em inovação. Com efeito, o Brasil tem conseguido aumentar consistentemente seus indicadores científicos, como formação de pós-graduados e participação em publicações indexadas, mas os indicadores de inovação e a participação mundial do Brasil nas patentes não se alteraram significativamente durante a última década.”

políticas públicas de fomento e pelo crescimento econômico ocorrido nesse período. De acordo com SCHNEIDER, em sua avaliação sobre a variedade brasileira de capitalismo:

“Several business groups invested commodity rents in R&D and high tech ventures in new sectors. (...) Although not ranked among the few dozen giants, a sort of Brazilian Mittelstand emerged with dynamic medium-sized firms in sophisticated manufacturing and some services. (...)

However, this trend was far from universal, and other business groups and commodity firms, especially in food and beverages, spent little or nothing in R&D. Thus, total R&D by the private sector, especially leaving Petrobras out, remained low and less than half of total R&D. The share of private R&D in Brazil is one third of the OECD average. Moreover, by 2000, MNCs [multinational companies] started accounting for a larger share of private R&D. (...)

After 2004, the Lula government started a major push in new technology policies and mobilized a range of public agencies such as IPEA, Finep, BNDES, Ministry of Development, Industry, and International Trade, and the Ministry of Science and Technology. New policies and incentives targeted technology investment by all relevant actors: universities, start-ups, large firms, and government agencies. By 2008, government subsidies for R&D reached .08 percent of GDP, more than Mexico (.05) but less than France (.18), the United States (.22) and Canada (.23)”.⁶³⁵

Algumas observações são relevantes com relação às novas políticas de fomento à inovação adotadas a partir de 2003. Em primeiro lugar, não foi possível constatar em seus instrumentos jurídicos uma ênfase no incentivo a arranjos interempresariais, mas sim a cooperações entre empresas, de um lado, e universidades e centros de pesquisa de outro (denominados de Instituição Científica e Tecnológica – ICT).⁶³⁶ Assim como o *Bayh-Dole Act* dos EUA, a Lei de Inovação estabeleceu regime institucional com regras claras para diversas formas de colaboração ICTs-empresas, de maneira a que conhecimentos científicos e tecnológicos disponíveis nessas entidades possam ser empregados por agentes econômicos para a criação e implantação de inovações, cujos resultados financeiros serão então divididos entre a entidade pública e a privada.

Um tipo interessante desse tipo de arranjo são as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, estabelecidas por meio de política coordenada pelo Ministério da Saúde sob a PITCE e mantidas pela PDP e com base na Lei de Inovação. Elas consistem em parcerias entre laboratórios públicos e privados para a fabricação de medicamentos, equipamentos e materiais estratégicos necessários ao funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS. Trata-se de *joint ventures* contratuais envolvendo produção e transferência de tecnologia para a modernização de laboratórios públicos, viabilizadas pelo compromisso firme de aquisição dos bens e serviços pelo SUS. No futuro, essas

⁶³⁵ SCHNEIDER, *Hierarchical Capitalism in Latin America.*, p. 169.

⁶³⁶ Cf. art. 2º, V da Lei de Inovação.

parcerias devem também abranger P&D.⁶³⁷ Não se tem notícia de que qualquer desses acordos tenha sido notificado ao CADE.

Embora não haja uma ênfase nesses programas para colaborações interempresariais, há dispositivo da Lei do Bem que pode ter por efeito o incentivo a cooperações entre empresas de maior porte e outras menores, ou mesmo entre empresas de menor porte. Em seu art. 18, a Lei 11.196/05 prevê a dedutibilidade, como despesa operacional, de pagamentos feitos a microempresas e empresas de pequeno porte referentes a execução de pesquisas, o que diminui a carga tributária da empresa contratante.

Mesmo não havendo outros incentivos mais explícitos para colaborações entre empresas no âmbito das novas políticas de fomento a inovação, a complexidade da condução de processos de inovação demanda colaborações para a obtenção de ganhos de escala, internalização de externalidades, diminuição de incertezas e acesso a ativos complementares. Um provável efeito da maior propensão das empresas brasileiras a investir em inovação – por conta da maior exposição à competição externa e dos incentivos providos pelas novas políticas industriais – é a ampliação do uso de arranjos cooperativos. É possível constatar essa tendência pela análise dos resultados das edições da Pesquisa de Inovação (PINTEC) realizadas pelo IBGE nos anos de 2003, 2005, 2008 e 2011 com base no Manual de Oslo.⁶³⁸ Em tais pesquisas, há seção específica em que o IBGE busca obter informações sobre *relações de cooperação* das empresas inovadoras, as quais são consideradas da seguinte forma:

“Na Pintec, a cooperação para inovação é definida como a participação ativa da empresa em projetos conjuntos de P&D e outros projetos de inovação com outra organização (empresa ou instituição), o que não implica, necessariamente, que as partes envolvidas obtenham benefícios comerciais imediatos. A simples contratação de serviços de outra organização, sem a sua colaboração ativa, não é considerada cooperação. As questões focando a cooperação para inovação, presentes na Pintec, buscam identificar as relações entre um amplo conjunto de atores que, interligados por canais de troca de conhecimento e/ou articulados em redes, formam o que se denomina Sistema Nacional de Inovação”.⁶³⁹ (grifo nosso)

⁶³⁷ Vide GARCIA, Flavio, O Complexo Industrial da Saúde e as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo - o caso brasileiro, **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, v. 12, n. 45, p. 47-76, 2014., bem como Portaria MS 374, de 28 de fevereiro de 2008, e apresentação do Ministro da Saúde de novembro de 2014 disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/13/Marco-Regulatório-das-PDP-VF-12-11-2014.pdf>> .

⁶³⁸ Disponíveis no sítio de internet <<http://www.pintec.ibge.gov.br/>> (acesso em 15.01.2015).

⁶³⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2011.**, p. 24.

Dentre as diversas informações constantes nessas pesquisas, três são pertinentes ao presente estudo. A primeira é a proporção de empresas com relações de cooperação com outras organizações (notadamente outras empresas ou ICTs), dentre aquelas que efetivamente implementaram inovações de produto ou de processo ao longo do período pesquisado. O gráfico abaixo aponta para o crescimento desse percentual entre os anos de 2001 e 2011 em empresas do setor industrial.⁶⁴⁰

Gráfico 1 – Participação das empresas com relações de cooperação com outras organizações no total das empresas que implementaram inovações – Setor Industrial – período 2001-2011

Fonte: Elaboração própria, com base em dados disponíveis nas PINTEC dos anos de 2003, 2005, 2008 e 2011

Aspecto interessante é que a proporção de empresas que atuam cooperativamente diferencia-se de acordo com seu porte, havendo maior incidência em empresas maiores. Assim, na PINTEC 2008, do total de 41,3 mil empresas inovadoras, 10,4% estabeleceram algum tipo de prática cooperativa, mas esse percentual subia para 35,3% em empresas industriais com mais de 500 pessoas ocupadas.⁶⁴¹ Já na PINTEC 2011, o percentual médio de empresas industriais com relações de cooperação foi de 15,9%, sendo que, ao se considerar o porte da empresa, “13,1% das empresas inovadoras na faixa de 10 a 49 pessoas ocupadas cooperaram, ao passo que no conjunto daquelas com 500 ou mais pessoas ocupadas o valor foi de 48,6%”.⁶⁴²

⁶⁴⁰ Em algumas edições da PINTEC, há o levantamento dessas informações para outros setores, como telecomunicações, serviços e informática. O setor industrial foi o único analisado em todas as edições.

⁶⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2008**, Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 49.

⁶⁴² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2011**, p. 54.

Um segundo tipo de informação relevante está representado no gráfico abaixo, o qual indica a importância relativa conferida por empresas inovadoras para os diferentes tipos de parceiros. Assim, verifica-se que, ao longo dos anos, a percepção da importância de colaborações com ICTs tem se mantido estável desde 2003, ao passo que parcerias interempresariais com fornecedores (verticais) e com concorrentes (horizontais) têm sido consideradas cada vez mais relevantes.

Gráfico 2 – Importância dos parceiros das relações de cooperação – Setor Industrial – período 2001-2011

Fonte: Elaboração própria, com base em dados disponíveis nas PINTEC dos anos de 2003, 2005, 2008 e 2011

Finalmente, a PINTEC também busca identificar o principal responsável por inovações implantadas por empresas inovadoras, diferenciando entre inovações de *produto* e de *processo*. As inovações tecnológicas de produto se dão primordialmente por esforços da própria empresa, embora ao longo do período a importância de relações de cooperação com outras empresas ou ICTs tenha aumentado. Essa tendência de crescente relevância de esforços cooperativos também se verifica para o desenvolvimento de processos industriais inovadores, embora neste caso a obtenção de tecnologia de outras empresas – principalmente aquela incorporada a bens de capital – seja expressiva.

Gráfico 3 – Principal responsável pelo desenvolvimento da inovação de produto implementada – Setor Industrial – período 2001-2011

Gráfico 4 – Principal responsável pelo desenvolvimento da inovação de processo implementada – Setor Industrial – período 2001-2011

Fonte: Elaboração própria, com base em dados disponíveis nas PINTEC dos anos de 2003, 2005, 2008 e 2011

Pode-se concluir, portanto, que, de acordo com tais indicadores constantes na Pesquisa de Inovação conduzida pelo IBGE, arranjos cooperativos interempresariais têm sido cada vez mais importantes na estratégia competitiva das empresas atuantes no país que investem em produtos e processos inovadores.

Convém então analisar em que medida pode-se identificar complementariedade entre a política de defesa da concorrência e as de fomento à inovação. Em um âmbito

mais abrangente, pode-se considerar que a adoção de uma lei antitruste em 1994 e a crescente eficácia da política de defesa da concorrência são complementares ao programa de liberalização comercial com vistas, dentre outros objetivos, à reorganização das empresas brasileiras em reação à competição externa.

Por outro lado, não foi possível identificar, ao longo dos anos de vigência da Lei 8.884 (1994-2012), uma estratégia explícita e deliberada por parte dos formuladores dessas políticas (legisladores e autoridades) para que elas fossem também complementares no que se refere aos arranjos colaborativos de suporte à inovação tecnológica. Isso pois tanto não houve pela política de inovação ênfase na estruturação de parcerias entre empresas – embora estas pudessem facilmente decorrer de parcerias empresas-ICTs –, como também não se verificou adoção de regras claras e específicas pelo CADE quanto a esse tipo de arranjo.

Também não foi possível identificar mecanismos de coordenação entre essas duas políticas públicas. A única exceção a tal comentário seria o §2º do art. 54, o qual autorizava o CADE a aprovar atos de concentração que, mesmo não cumprindo os quatro requisitos cumulativos do §1º, fossem “necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impli[cassem] prejuízo ao consumidor ou usuário final”. Tal dispositivo poderia justificar a aprovação de operações que gerassem maiores preocupações concorrenciais e que apresentassem relevância estratégica ao país, notadamente pela formação de um ‘campeão nacional’.⁶⁴³ Todavia, tal dispositivo nunca foi empregado pelo CADE.⁶⁴⁴

Mesmo considerando uma perspectiva interna ao direito antitruste, também não foi possível identificar a adoção de regras claras e específicas aplicáveis a arranjos interempresariais inovadores por parte do Poder Legislativo ou pelo SBDC, como parte de estratégia deliberada para prover vantagens institucionais comparativas às empresas baseadas no país em termos de maior segurança jurídica e diminuição de custos. Ademais, o Poder Legislativo também não considerou a escassez de recursos do SBDC⁶⁴⁵, ao aprovar regras sobremodo genéricas quanto ao controle de concentrações e

⁶⁴³ Vide nota de rodapé 630, p. 225 acima e, especialmente, FARIA, Política industrial e direito antitruste.

⁶⁴⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID, **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010.**, p. 31.

⁶⁴⁵ Ao longo da vigência da Lei 8.884, esse foi um problema crônico. De acordo com relatório da OCDE e BID de 2010: “Todos os três órgãos do SBDC sofrem com a falta de mão de obra qualificada e com a alta

à qualificação de práticas ilícitas. Isso aumentou a intensidade do uso dos escassos recursos da autoridade, em termos de análise de grande quantidade de atos de concentração e de necessidade de motivação mais extensa de suas decisões.

O SBDC buscou lidar com tal problema por meio da edição de guias de orientação e regras procedimentais, com destaque para a Resolução 20/99, o Guia SEAE/SDE, e as regras do Procedimento Sumário (via Portaria Conjunta 1/2003). Tais medidas geraram economias significativas dos recursos das autoridades, especialmente quanto ao processamento do grande volume de atos de concentração por meio de critérios padronizados de análise e simplificação do procedimento para operações mais simples. Esses esforços também implicaram menores custos para empresas, ao diminuir os custos de *compliance* pelo processamento mais célere de operações simples e facilitar a avaliação estratégica de operações concentracionistas mais relevantes. Todavia, a falta de critérios específicos e claros quanto à identificação de acordos cooperativos de notificação obrigatória ao CADE e à avaliação substantiva de arranjos de colaboração para condução de projetos de inovação certamente gerou custos significativos às empresas interessadas em participar desse tipo de projeto, decorrentes da incerteza quanto à licitude do projeto e ao cumprimento de obrigações aplicáveis (i.e. notificação).

Tendo em conta tal quadro, pode-se concluir pela inexistência de sofisticação institucional do direito concorrencial brasileiro aplicável a arranjos cooperativos empregados em suporte a projetos de inovação tecnológica durante a vigência da Lei 8.884/94. Em suma, não é possível identificar uma estratégia deliberada de provimento de vantagens competitivas institucionais para as empresas sediadas no país no que se refere à participação nesse tipo de arranjo a fim de que possam ter melhores condições de desenvolver atividades econômicas mais intensivas em tecnologia. A Tabela abaixo busca ilustrar essa situação, ao apresentar os mesmos elementos contidos na Tabela 3 acima, que descreve o regime jurídico concorrencial aplicável a esses arranjos nos Estados Unidos.

rotatividade de pessoal. No CADE, o problema da rotatividade é especialmente acentuado. A Lei de Defesa da Concorrência de 1994 estipulou a criação de um quadro de pessoal permanente para o CADE, mas esse dispositivo nunca foi implementado.” *Ibid.*, p. 51.

Tabela 5 – Regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica no Brasil ao fim da vigência da Lei 8.884/94 (maio de 2012)

<i>Tipo de arranjo</i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i>	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Tipo de instituição			
Lei	Lei 8.884/94		
Regulamento / Guia	<ul style="list-style-type: none"> - Guia SEAE/SDE para JVs societárias - Portaria Conjunta 1/2003: procedimento sumário para JVs clássicas (societárias) - Resolução 20/99 para outros tipos de JVs, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE. 	<p>A princípio, Resolução 20/99, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE.</p>	<p>A princípio, Resolução 20/99, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE.</p>
Precedente/ Jurisprudência	<ul style="list-style-type: none"> - Decisões do CADE, primordialmente em atos de concentração 	<ul style="list-style-type: none"> - Decisões do CADE, primordialmente em atos de concentração; conjunto ainda incipiente de precedentes. 	<ul style="list-style-type: none"> - Decisões do CADE; conjunto bastante incipiente de precedentes.
Formas de controle	<ul style="list-style-type: none"> - Notificação de JVs societárias como ‘ato de concentração’ caso algum dos participantes cumpra parâmetros do art. 54, §3º. - Previsão específica para JVs clássicas societárias, analisadas como ato de concentração sob o procedimento sumário. - JVs contratuais a princípio notificáveis como ‘ato de concentração’, embora não haja critérios claros. 	<ul style="list-style-type: none"> - A princípio, notificação de ‘ato de concentração’. A partir de 2010, precedentes começaram a estabelecer critérios mais precisos de notificação, levando em conta principalmente presença de cláusulas de exclusividade e eventual transferência de ativos. - Licenciamentos que não sejam notificados podem ser investigados como ‘infração da ordem econômica’. 	<ul style="list-style-type: none"> - Investigação como eventual ‘infração da ordem econômica’.

<i>Tipo de arranjo</i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i>	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Critérios materiais	<ul style="list-style-type: none"> - JVs societárias /concentracionistas: análise sob regra da razão articulada pelo Guia SEAE/SDE. Ausência de critérios específicos para JVs de P&D e de produção. - JVs não concentracionistas: regra da razão não articulada, quer se analisadas como ‘ato de concentração’, quer investigadas como ‘infração da ordem econômica’. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regra da razão não articulada. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regra da razão não articulada.
Instituição complementar	A princípio, a Lei 8.884/94 é complementar ao Plano Real e às políticas econômicas adotadas no contexto de liberalização da economia e de estabilização monetária. Não há todavia mecanismos institucionalizados de articulação da política de concorrência com a política de fomento à inovação.		
Economias de 1ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Regras pouco claras geram incentivos para notificações de ACs que não têm potencial anticoncorrencial, elevando custos de aplicação das normas. - Arranjos com potencial anticompetitivo podem não ser notificados por conta de tais dúvidas quanto aos critérios de notificação. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regras pouco claras geram incentivos para notificações de acordos que não têm potencial anticoncorrencial, elevando custos de aplicação das normas. - Acordos com potencial anticompetitivo podem não ser notificados por conta de tais dúvidas quanto aos critérios de notificação. 	Poucos casos analisados podem indicar que processos de normalização ainda não apresentam frequência que justifique elaboração de regras específicas; pode-se economizar na elaboração dessas regras e deixar espaço para aprendizado com casos futuros.
Economias de 2ª e 3ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Regras pouco claras geram/elevam custos de <i>compliance</i> e riscos de condução de projetos por JVs que não sejam notificadas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regras pouco claras geram/elevam custos de <i>compliance</i> e riscos de licenciamentos que não sejam notificados. Tal risco diminuiu com o estabelecimento de critérios mais claros a partir de 2010. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ausência de questionamentos quanto à necessidade de notificação da constituição desse tipo de entidade evita certos custos de <i>compliance</i>. - Ausência de orientações mais precisas pode gerar dúvidas a entidades responsáveis por processos de normalização técnica, especialmente tendo em conta a postura mais rígida do CADE quanto a condutas horizontais.

Fonte: Elaboração própria

c. *APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL DO SBDC PELA LEI 12.529/11*

i. *Incremento reformista em contexto de dependência de trajetória*

O processo de aprovação da nova LDC pode ser apresentado como exemplo interessante de mudança institucional conformada por dependência da trajetória – no caso, dos elementos estabelecidos pela Lei 8.884. Uma vez que a política de defesa da concorrência se estabeleceu de maneira bem-sucedida na matriz institucional da economia política brasileira com base na lei de 1994, era previsível que os contornos de movimentos de reforma fossem influenciados por essa norma.⁶⁴⁶

A Lei 12.529/11 decorre do Projeto de Lei 3.937, de 2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, ao qual foi apensado o Projeto de Lei 5.877, de 2005, do Poder Executivo. Este era de teor bem mais abrangente, e foi elaborado com base em 5 anos de discussões e estudos promovidos conjuntamente pelos Ministérios da Justiça, da Fazenda e do Planejamento, a fim de sanar diversas deficiências decorrentes da sistemática estabelecida pela Lei 8.884, como pode ser verificado na Exposição de Motivos da proposição:

“As principais dificuldades enfrentadas pelo SBDC seriam referentes à reduzida eficiência administrativa e ao elevado custo para o administrado decorrentes da existência de três órgãos distintos, à carência do Sistema no que se refere a recursos materiais e humanos, à ênfase excessiva conferida a atos de concentração, ao controle de concentrações realizado a posteriori e mediante critérios de notificação excessivamente amplos e à dedicação do órgão julgante a todos os casos que dão entrada no Sistema.

Assim, diante do diagnóstico efetuado, o desenho institucional acima referido, refletido na nova redação dada à Lei nº 8.884, de 1994, visou justamente reduzir o número de órgãos - concentrando a instrução processual na Superintendência-Geral do CADE - sem, contudo, comprometer a independência do Tribunal como órgão julgante. (...)

O modelo proposto implicará a agilização do trâmite dos processos e a priorização de casos que representem maior probabilidade de dano aos consumidores, gerando o aumento da eficiência administrativa, a redução do custo para o administrado e uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência.

⁶⁴⁶ De acordo com AGUILLAR; COUTINHO, A evolução da legislação antitruste no Brasil., p. 159: “É preciso, por fim, dizer que a nova legislação está longe de representar uma revolução no direito antitruste brasileiro. Ela consagra avanços longamente esperados e que vinham amadurecendo pela própria evolução da jurisprudência do CADE, sinalizando uma preocupação maior com a eficiência e com os prazos. Lançando muitos desafios internos (isto é, de organização e implementação) e externos (isto é, no que diz respeito às reações que ele travará com outras autoridades administrativas e reguladoras brasileiras no plano da administração pública federal), a nova lei será nos próximos anos testada e, em larga medida, seu sucesso dependerá do investimento em capacitação, fortalecimento e coordenação institucional que o campo do antitruste terá no Brasil.” (grifo nosso).

Isso será possível graças à unificação da instrução dos processos e a seleção dos casos que serão encaminhados pela Superintendência-Geral ao Tribunal, nos casos em que haja efetivamente risco de dano ou prejuízo à concorrência. O Superintendente-Geral, por seu turno, decidirá nos casos mais simples, sendo tais decisões sempre passíveis de revisão pelo CADE, inclusive com mecanismos de controle externo por terceiros, e pela SEAE. (...)

O atual art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, trata, conjuntamente, de atos de concentração e de outros atos que possam, de qualquer forma, prejudicar a concorrência. A previsão de que esses ‘outros atos’ precisariam, em tese, ser notificados implica ambiguidade à interpretação do artigo.

O projeto estabelece o controle prévio de concentrações e aperfeiçoa os critérios de notificação. Está sendo proposto que o SBDC emita seu juízo em relação às operações de concentração que se enquadrem nos critérios de notificação previamente à sua consumação. (...)

[A]té recentemente, a defesa da concorrência cumpriu um papel secundário na política governamental. Características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas - forte presença do Estado, recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação - eram naturalmente incompatíveis com tal política. Os anos que se seguiram à edição da Lei nº 8.884, de 1994, foram de grande importância para demonstrar, de um lado, os benefícios da defesa da concorrência, e, de outro, os grandes desafios que ainda se colocavam para o adequado funcionamento do Sistema Brasileiro. (...)

As medidas propostas ensejam um passo fundamental para a agenda de desenvolvimento proposta pelo Governo e constituem-se absolutamente necessárias para a consolidação do ambiente institucional-legal, que permitirá ao País desenvolver uma política de defesa da concorrência contemporânea, que, efetivamente, tenha condições de zelar pelo livre funcionamento dos mercados e, dessa forma, garantir condições estáveis e previsíveis para a livre iniciativa dos agentes econômicos neste País”.⁶⁴⁷ (grifo nosso)

A Exposição de Motivos deixa claro que a intenção do Governo Federal com a lei proposta era aprimorar o desenho institucional do SBDC com vistas a diminuir os custos de administração das normas para as autoridades, por meio de procedimentos mais ágeis e critérios mais claros para notificação de atos de concentração. Há também preocupação com erros Tipo I e II, pelo aprimoramento dos mecanismos de triagem dos casos. Verifica-se igualmente a busca à diminuição dos custos das empresas com o cumprimento das normas e com incertezas decorrentes de ambiguidades – notadamente quanto ao art. 54. Finalmente, o documento reconhece a importância que a Lei 8.884 teve como instituição complementar às políticas de liberalização econômica estabelecidas ao longo da década de 1990 e os benefícios decorrentes, razão pela qual os ajustes são importantes para a manutenção e aprimoramento do quadro institucional para implementação de tal política.

⁶⁴⁷ Exposição de Motivos 107/2005 – MJ/MF/MP, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2005/107%20A%20-%20MJ%20MF%20MP.htm>, acesso em: 29 nov. 2014.

O projeto de lei passou por longas deliberações no Congresso Nacional, vindo a ser definitivamente aprovado e sancionado apenas em 2011, já sob o Governo Dilma Rousseff. Portanto, desde os primeiros trabalhos ainda nos Ministérios, foram mais de 10 anos de estudos, discussões e deliberações para que a iniciativa de reforma da legislação brasileira de concorrência fosse convertida na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

A nova LDC corrigiu diversos aspectos considerados ineficientes sob a Lei 8.884/94 e apontados em sua Exposição de Motivos. Em especial, o novo estatuto previu a incorporação do principal órgão de investigação – a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) – ao órgão julgador, o CADE; estabeleceu um regime de controle prévio de atos de concentração com critérios bem mais claros de notificação; detalhou melhor o procedimento de investigação de condutas anticompetitivas; e previu a abertura de 200 vagas de servidores permanentes para o CADE.⁶⁴⁸

Não obstante tais mudanças, diversos aspectos institucionais estabelecidos sob a Lei 8.884/94 foram mantidos pela nova lei. O CADE continuou sendo uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça com autonomia financeira e decisória, tendo os integrantes do (agora) Tribunal Administrativo mandato fixo previsto em lei. Ademais, a LDC contém dispositivos para sua integração ao ordenamento jurídico vigente, com destaque para seu art. 115, que prevê que “[a]plicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis n^os 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985 [Lei da Ação Civil Pública – LACP], 8.078, de 11 de setembro de 1990 [Código de Defesa do Consumidor – CDC], e 9.784, de 29 de janeiro de 1999 [Lei de Processo Administrativo Federal – LPA]”.

⁶⁴⁸ AGUILLAR; COUTINHO, A evolução da legislação antitruste no Brasil.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, Merger Control Under the New Brazilian Competition Law, *Antitrust Chronicle*, v. 11, 2011; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, **Direito Concorrencial Brasileiro: categorias analíticas, jurisprudência e processo administrativo**, São Paulo: Saraiva, (no prelo), caps. III, IV e VII.

Mas o principal elemento mantido da Lei 8.884/94 foi a sistemática de caracterização de ‘infrações da ordem econômica’. A Exposição de Motivos elaborada pelo Poder Executivo não identificou maiores problemas quanto a tal aspecto, tendo sido praticamente mantida a lista exemplificativa presente no art. 21 no Projeto de Lei apresentado ao Congresso. Ao longo das deliberações sobre a proposição na Câmara dos Deputados, o substitutivo apresentado pelo Deputado Ciro Gomes reorganizou essa lista, retirando algumas hipóteses e inserindo outras, contanto sem modificar a estrutura presente no art. 20, como se pode constatar do relatório apresentado pelo então deputado:

“Note-se que nenhuma das condutas assinaladas no art. 32 do Projeto de Lei se constitui em uma infração *per se*. Apenas são infrações na medida em que gerem os efeitos do art. 31. No Brasil nenhuma conduta é em si ilegal, devendo sempre ser analisada à luz de seus efeitos sobre a concorrência. Essa necessidade de análise no caso a caso é a chamada ‘regra da razão’. Assim, as condutas descritas no art. 32 do Projeto de Lei, equivalentes ao art. 21 da Lei 8.884/94, são meramente exemplificativas, sendo o art. 31 (art. 20 da Lei) o comando legal a ser utilizado de forma mais direta pelo aplicador. Dada essa subsidiariedade, entendemos ser mais adequado reforçar tal conexão, colocando o art. 32 da proposição como um parágrafo do art. 31”.⁶⁴⁹

Desse modo, não houve modificações substanciais nos dispositivos referentes à caracterização de infrações concorrenciais sob a nova lei.⁶⁵⁰ Tendo isso em conta, o aprendizado institucional obtido ao longo dos 18 anos da Lei 8.884/94 e consubstanciado por meio da jurisprudência do CADE pôde ser – e vem sendo – aproveitado na aplicação da Lei 12.529/11. O mesmo pode ser dito quanto ao setor privado, que pode empregar os conceitos desenvolvidos ao longo dos anos em suas manifestações perante a autoridade. A opção pela manutenção desses dispositivos claramente implicou economia significativa de recursos públicos e privados na adaptação à nova lei. Desse modo, não obstante as possíveis críticas a esses dispositivos quanto ao seu grau de generalidade e articulação ‘pouco ortodoxa’ de conceitos, sua presença desde 1994 estabeleceu a trajetória para o regime de repressão a condutas anticompetitivas no país.

⁶⁴⁹ Relatório do Deputado Ciro Gomes ao Projeto de Lei 3.937/2004 apresentado em 31.10.2007, p. 35, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>> (acesso em 10.01.2015)

⁶⁵⁰ Cf. CORDOVIL, Leonor *et al*, **Nova lei de defesa da concorrência comentada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011., p. 101: “O coração da ação repressiva da Lei 8.884/4994, o seu art. 20, é reproduzido pela Lei 12.529/2011, em seu art. 36.” Vide também AGUILLAR; COUTINHO, A evolução da legislação antitruste no Brasil., p. 148; PEREIRA NETO; CASAGRANDE, **Direito Concorrencial Brasileiro.**, cap. IV.A.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, The New Brazilian Competition Law: Two Years On, **Antitrust Chronicle**, v. 1, 2014.

Algo semelhante pode ser dito com relação ao regime de controle de atos de concentração. Não obstante a implantação de um regime de aprovação prévia de concentrações represente inovação institucional relevante, ela reflete diversas inovações incrementais adotadas pelas autoridades do SBDC ao longo da vigência da Lei 8.884/94, tais como i) o procedimento sumário adotado em 2003 para operações de menor complexidade (via Portaria Conjunta SEAE/SDE 1/2003), que foi incorporado na nova LDC pela possibilidade de atos mais simples serem aprovados pela própria Superintendência-Geral (art. 54, I); ii) a consideração do faturamento das empresas apenas no Brasil, como feito pelo CADE por via jurisprudencial e consolidado em sua Súmula 1/2005, agora explícito em lei (art. 88, I e II); iii) a análise de atos de concentração de forma conjunta por SEAE e SDE (Portaria Conjunta SEAE/SDE 33/2006), o que na prática diminuía os órgãos de análise de três para dois, resultando em processos mais céleres e menos custosos, inclusive para os administrados.⁶⁵¹

Ademais, mesmo após a entrada em vigor da nova lei, a análise material de atos de concentração por parte da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo do CADE continua sendo baseada primordialmente no Guia SEAE/SDE, e também em precedentes mais antigos, o que caracteriza uma continuidade do emprego do conhecimento acumulado sob a Lei 8.884/84. Com base nesse crescente aprendizado institucionalizado em normas infralegais, a nova legislação pôde adotar a radical inovação do regime prévio de controle de concentrações, que alterou por completo a dinâmica desse mecanismo de controle, como se verá na próxima Subseção.

Para a efetiva implementação da nova Lei, o CADE, além de reformular sua estrutura (inclusive física)⁶⁵², aprovou em sua primeira Resolução sob o novo regime legal um novo Regimento Interno⁶⁵³, o qual sistematiza detalhes dos diversos procedimentos perante o órgão. Assim, o Conselho teve um trabalho de compreender as novas regras e sistematizá-las, em conjunto com os outros dispositivos legais aplicáveis – como a LPA e o CPC –, para a elaboração do novo regulamento. Por sua vez, os administrados tiveram que avaliar a nova Lei e aprender os termos do novo Regimento Interno do órgão. Ademais, a Superintendência-Geral adotou medidas de organização

⁶⁵¹ Vide SCHAPIRO; BACHI, *Análise dos atos de concentração no Brasil.*, p. 85-91.

⁶⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Cade tem nova sede**, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b98c9a6e879c73b045f24512262a>>, acesso em: 29 nov. 2014.

⁶⁵³ Resolução CADE nº 1, de 29 de maio de 2012.

interna e de gestão de processos a fim de lidar com suas competências na área de atos de concentração, processo em que também houve aprendizado por parte do órgão e de representantes das empresas ao longo dos primeiros meses de implantação.⁶⁵⁴

Esse investimento específico inicial na elaboração, aprovação e aprendizado da nova Lei suportou a obtenção dos ganhos de eficiência pretendidos pela reforma legislativa. De acordo com dados apresentados pelo Presidente do CADE quando da passagem de dois anos da entrada em vigor da Lei 12.528/11, houve uma diminuição significativa no tempo de análise de atos de concentração, e tem sido possível também diminuir o estoque de casos envolvendo a investigação de condutas anticompetitivas, ao mesmo tempo em que novas investigações vão sendo abertas.⁶⁵⁵ Visto de outro modo, e considerando os fatores de *path dependence*, ainda que tais ganhos pudessem ser antevistos ao menos desde 2005, quando da apresentação do Projeto de Lei pelo Poder Executivo, eles só começaram a se materializar a partir de 2012, após a obtenção de consenso para a aprovação da Lei e da *vacatio legis* de 180 dias necessária para os preparativos (ou investimentos) iniciais.

ii. *Implementação do novo regime de controle de concentrações: impactos sobre o grau de sofisticação institucional*

Tendo em conta os evidentes benefícios apontados acima decorrentes da aprovação e implementação da nova LDC, é necessário proceder a uma análise mais detida a fim de verificar se o novo regime legal alterou o quadro de baixo grau de sofisticação institucional quanto a arranjos cooperativos pró-inovação, constatado ao fim da Seção anterior com relação à Lei 8.884/94. Para tanto, o principal

⁶⁵⁴ Vide RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert; GORDILHO JR., Mario Sergio Rocha, Estruturação do setor de triagem de fusões e aquisições na nova Lei de Concorrência Brasileira, *in*: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva (Org.), **60 Desafios do Direito: economia, direito e desenvolvimento**, São Paulo: Atlas, 2013, v. 2, p. 123: “Nesse início de atividades do CADE sob a nova lei, muitos advogados que atuavam em antitruste procuraram as autoridades brasileiras para dirimir diversas dúvidas, tanto nas novas regulamentações adotadas quanto no preenchimento dos formulários. (...) [C]om o canal de comunicação aberto pelo CADE para os advogados, utilizando a coordenação de triagem como contato inicial, várias dúvidas puderam ser sanadas antes da apresentação da notificação ao CADE. (...) Atualmente, algumas dúvidas ainda surgem, mas estão cada vez mais raras, centrando-se em dispositivos ainda não regulamentados pelo CADE, como os contratos associativos.”

⁶⁵⁵ CARVALHO, Vinicius Marques de, Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil, 2014.

desenvolvimento a ser analisado desde maio de 2012 é o estabelecimento do novo regime de controle de atos de concentração sob a Lei 12.529/11.

A questão mais relevante refere-se à delimitação do conjunto de acordos entre empresas que estão sujeitos ao novo regime. A aplicação precisa dos critérios legais para lidar com tal questão é de fundamental importância por conta de uma das principais inovações institucionais prevista pela nova LDC, qual seja, o regime prévio de aprovação. Se sob a Lei 8.884/94, as partes de um ato de concentração não precisavam aguardar a decisão final do órgão para consumir uma operação, a Lei 12.529/11 prevê que os atos de concentração de notificação obrigatória “não podem ser consumados antes de apreciados” pelo CADE, sob pena de *nulidade* e de *aplicação de multa* entre R\$ 60 mil e 60 milhões de reais (art. 88, §3º). Desse modo, até a aprovação do CADE, devem ser “preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas” (§4º).

Tendo em conta tais implicações muito mais rígidas para as empresas, a nova LDC buscou estabelecer critérios mais claros para definir as operações sujeitas ao crivo do CADE. De acordo com a sistemática estabelecida pela LDC, a identificação das operações de notificação obrigatória envolve dois estágios: a verificação dos *faturamentos dos grupos das empresas envolvidas* no ato de concentração, conforme o art. 88; e a caracterização de uma operação interempresarial como um *ato de concentração*, nos termos do art. 90.

Quanto ao primeiro critério (faturamento), as empresas envolvidas na operação devem ter faturamento bruto anual registrado no Brasil de pelo menos (i) R\$ 750 milhões para um dos grupos envolvidos; e (ii) R\$ 75 milhões para o outro grupo envolvido na operação.⁶⁵⁶ Tendo em conta esses parâmetros, umas das consequências do novo regime é isentar da obrigação de notificação operações envolvendo pequenas e médias empresas, o que certamente diminuiu seus custos de *compliance*. Outro resultado nítido foi o declínio no número de atos de concentração submetidos ao CADE – da ordem de 50%.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ Os valores originalmente previstos em lei (R\$ 400 milhões e 30 milhões) foram atualizados por meio da Portaria Interministerial 994/2012, nos termos do art. 88, §1º.

⁶⁵⁷ Comparando-se o número de atos de concentração submetidos ao CADE no biênio 2010-2011 (sob a Lei 8.884/94) e nos dois primeiros anos de vigência da nova LDC, cf. CARVALHO, Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil., slide 3.

Essa mudança do volume de notificações também decorre do segundo critério (caracterização como ‘ato de concentração’), tendo em conta que o art. 90 não perpetuou a confusão entre critério de mérito e de conhecimento constante no art. 54 da Lei 8.884/94. O dispositivo delimita com maior precisão os tipos de operação que são de notificação obrigatória caso as partes pertençam a grupos econômicos cujos respectivos faturamentos sejam superiores aos indicados acima. Ele o faz ao definir como “atos de concentração econômica” operações em que: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem (inciso I); (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por qualquer meio, o controle ou partes de uma ou outras empresas (inciso II); (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas (inciso III); ou (iv) duas ou mais empresas celebram “contrato associativo, consórcio ou joint venture” (inciso IV).

Os primeiros três incisos não apresentam maiores questionamentos, pois se referem a operações societárias usualmente empregadas para a unificação de centros decisórios empresariais (fusão, aquisição de controle e incorporação) ou outras que também podem implicar, ao menos parcialmente, esse tipo de centralização decisória, como aquisição de ativos ou de ‘partes de empresa’ (inciso III) – interpretada pelo CADE como participações societárias minoritárias.⁶⁵⁸

Já a hipótese do inciso IV têm trazido maiores questionamentos. Com relação à figura do consórcio, esta é definida em lei⁶⁵⁹ e não traz maiores dúvidas. O mesmo não pode ser dito com relação a *joint-ventures*, denominação que, como visto, pode se referir a enorme variedade de negócios, sejam eles de natureza concentracionista ou colaborativa. A lei não aponta quais características de *joint ventures* seriam determinantes para caracterizá-las como ‘atos de concentração’ de notificação obrigatória ao CADE.

Mas o conceito que mais tem gerado discussões é o de ‘contratos associativos’, o qual não se encontra definido em outras normas do sistema jurídico brasileiro. Também não há na história legislativa da LDC – quer na exposição de motivos, quer em relatórios elaborados ao longo do processo legislativo – identificação de elementos quanto ao seu conteúdo ou inspiração. O termo parece fazer referência ao conceito de ‘*contratti associativi*’, desenvolvido pela doutrina comercialista italiana para se referir a

⁶⁵⁸ Vide Resolução CADE 2/2012, arts. 9º a 11.

⁶⁵⁹ Art. 278 e 279 da Lei 6.404/76.

instrumentos que formalizam regras quanto ao desempenho de atividade conjunta pelas partes, por meio de uma organização especializada como uma sociedade empresarial ou associação.⁶⁶⁰ Todavia, as manifestações das autoridades não indicam tal influência estrangeira.

No período inicial de vigência da LDC, houve a notificação de algumas operações que foram caracterizadas pelo CADE como ‘contratos associativos’, tais como de fornecimento entre concorrentes⁶⁶¹, de implantação e compartilhamento de infraestrutura⁶⁶², de distribuição de produtos⁶⁶³, de desempenho de nova atividade econômica conjunta⁶⁶⁴, e de *code share* entre empresas de aviação.⁶⁶⁵

Todavia, os casos com discussão mais detalhada a respeito do conceito de ‘contratos associativos’ foram atos de concentração envolvendo contratos de licenciamento de PI e transferência de tecnologia tendo por parte a empresa de biotecnologia Monsanto, notificados sob a vigência da Lei 8.884/94.⁶⁶⁶ Nada obstante tal aspecto, houve uma discussão detalhada do Tribunal sobre critérios de notificação considerando também as regras estabelecidas pela nova LDC. Em suma, a discussão girou em torno da eventual manutenção da postura do Conselho iniciada ao final da vigência da Lei 8.884/94 pelo não-conhecimento de contratos de licenciamento de PI sem cláusula de exclusividade.⁶⁶⁷

⁶⁶⁰ Vide ASCARELLI, Tullio, **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale**, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 88-89; e CATAPANI, Marcio Ferro, Os contratos associativos, *in*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.), **Direito Societário Contemporâneo I**, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 87 – 103.

⁶⁶¹ AC 08700.007347/2013-20, Requerentes: Whirpool S.A. e Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda., aprovado pela SG em 12.09.2013

⁶⁶² AC 08700.003536/2013-24, Requerentes: Claro S.A. e Vivo S.A., aprovado pela SG em 10.05.2013; AC 08700.000548/2013-05, Requerentes: Tim Celular S.A., 14 Brasil Telecom S.A. e TNL PCS S.A., aprovado pela SG em 28.03.2013.

⁶⁶³ AC 08700.010193/2012-73, Requerentes: Nestlé Waters Brasil – Bebidas e Alimentos Ltda. e Companhia de Bebidas das Américas – Ambev, aprovado pela SG em 17.12.2012.

⁶⁶⁴ AC 08700.008736/2012-92, Requerentes: Petrobras Distribuidora S.A. e Consórcio MPEC, aprovado pela SG em 06.11.2012; Ato de Concentração nº 08700.002621/2013-75. Requerentes: Sascar Tecnologia e Segurança Automotiva S.A. e a Telefônica Data S.A., aprovado pela SG em 09.04.2013.

⁶⁶⁵ AC 08700.006488/2013-26, Requerentes: VRG Linhas Aéreas S.A. e Alitalia Compagnia Aerea Italiana SPA, aprovado pela SG em 15.08.2013.

⁶⁶⁶ AC 08012.002870/2012-38. Requerentes: Syngenta Proteção de Cultivos Ltda e Monsanto do Brasil Ltda., AC 08012.006706/2012-08. Requerentes: Nidera Sementes Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda.; AC 08012.003898/2012-34. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola; AC 08012.003937/2012-01. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda., todos julgados com voto condutor do cons. Eduardo Pontual, j. 28.08.2013. DOU 03.09.2013.

⁶⁶⁷ Vide Subseção 5.B.i, à página 209 acima.

O julgamento desses casos iniciou-se ao final de 2012 e foi concluído em agosto de 2013; ao longo de diversas sessões, foram apresentados votos pelo não-conhecimento desse tipo de operação (Cons. Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão), e em sentido oposto (Cons. Alessandro Octaviani e Elvino Mendonça). Após pedido de vista, o Cons. Eduardo Pontual Ribeiro emitiu o voto pelo conhecimento, o qual foi acompanhado pelo Presidente Vinicius Carvalho e também pela Conselheira Ana Frazão, após retificação de seu voto anterior. O conselheiro Pontual concordou que casos simples de licenciamento de PI sem cláusula de exclusividade não seriam notificáveis.⁶⁶⁸ Todavia, alegou que, embora ausente cláusula de exclusividade, nos casos concretos então sob análise, outros mecanismos contratuais tais como incentivos por volume e restrições ao uso de tecnologias concorrentes “trazem características que os colocam próximos a um contrato associativo, e demonstram restrição na ação concorrencial independente das Licenciadas” (item 70).

Por sua vez, o Presidente Vinicius Carvalho apontou em seu voto vogal como as reflexões sobre o caso concreto, ainda regrado pela Lei 8.884/94, eram pertinentes às questões de implantação da nova legislação:

“4. Embora, com relação aos casos concretos, a questão em torno do enquadramento dos contratos no conceito de ato de concentração seja discutida ainda no âmbito da lei 8.884/1994, esse julgamento também permite uma reflexão, a exemplo do que fizeram alguns dos votos já proferidos, sobre o tratamento que esse tipo de arranjo contratual recebeu da nova lei. Essa reflexão pode contribuir para um melhor delineamento, ainda que preliminar, da interpretação do Cade com relação aos novos dispositivos trazidos pela lei 12.529/2011. (...)”

24. O Cade ainda tem um longo caminho na busca de critérios transparentes e adequados para a notificação de arranjos contratuais que envolvam estruturas cooperativas que fogem dos casos clássicos de concentração como as hipóteses de fusão ou aquisição de controle. Trata-se de questão que, diante da multiplicidade de dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, desafia autoridades de defesa da concorrência também em outras jurisdições.

25 O Cade não vai se furtar a respondê-la, a exemplo do que demonstram os diversos votos proferidos e a vasta discussão travada nos casos em análise. O substrato fático de casos tais como esses vai, aos poucos, fornecer elementos capazes de guiar a interpretação da nova lei no que tange à necessidade de notificação de estruturas cooperativas sem tipificação legal como os contratos associativos e joint ventures

⁶⁶⁸ “Acompanho em parte os fundamentos dos também excelentes votos proferidos pela Conselheira Ana Frazão e Conselheiro Marcos Veríssimo, ainda que aqueles tenham sido pelo não conhecimento. Meu voto pelo *conhecimento* decorre do fato de que esses contratos não têm como objetivo somente o licenciamento de patente/tecnologia. Neles efetivamente há restrições à atuação concorrencial independente das licenciadas e um empreendimento em comum, o cultivar obtido, comercializado através destas licenças.” Voto do Cons. Eduardo Pontual Ribeiro nos ACs 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34, e 08012.003937/2012-01, item 69.

mencionadas no art. 90.IV. Isso sem prejuízo de que, no futuro, a matéria, uma vez amadurecida, seja objeto de regulamentação por parte do Cade.”⁶⁶⁹ (grifo nosso).

A proposta de regulamentação da matéria pelo CADE sinalizada no voto de seu Presidente veio em fevereiro do ano seguinte, por meio da Consulta Pública 3/2014.⁶⁷⁰ Em tal procedimento, o CADE abriu a oportunidade para que quaisquer interessados se manifestassem sobre a minuta de Resolução para “disciplina[r] as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo”. Em suma, a proposta qualificava como ‘associativo’ qualquer contrato i) entre concorrentes (i.e., horizontais), sem detalhamento quanto às características do arranjo; ou ii) envolvendo empresas verticalmente relacionadas com mais de 20% de mercado relevante, desde que presente cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de resultados.

Foram recebidas contribuições de diversas organizações, entre escritórios de advocacia do Brasil e do exterior, entidades de classe, empresas, associações de advogados, dentre outros⁶⁷¹, muitos tendo por crítica à proposta seu alto grau de generalidade.⁶⁷² Após avaliar tais considerações, o Tribunal Administrativo do CADE aprovou, em 29 de outubro de 2014, sua Resolução de nº 10, com parâmetros para a caracterização de acordos horizontais e verticais como ‘contratos associativos’. Embora

⁶⁶⁹ Voto do Presidente Vinicius Carvalho nos ACs 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34, e 08012.003937/2012-01.

⁶⁷⁰ O texto da proposta está disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Consulta%20P%C3%BAblica%2003-2014.pdf> (acesso em 15.01.2015)

⁶⁷¹ Contribuições disponíveis na página <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e75bab7d94899f63b784d46ac48a> (acesso em 15.01.2015)

⁶⁷² Vide, por exemplo, contribuição da Confederação Nacional da Indústria: “Entendemos que a inclusão de todo e qualquer contrato entre concorrentes é excessivamente ampla. Com isso, extrapola o propósito do controle de concentrações, já que muitos acordos comerciais sem qualquer relevância concorrencial teriam que ser submetidos ao escrutínio do CADE. A proposta onera tanto a empresa quanto o próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de forma demasiada, pondo em risco a própria efetividade Sistema. Dessa forma, é fundamental a limitação do escopo da norma.” Já a *American Bar Association* sugeriu ao CADE que “revis[asse] a proposta de definição de ‘Contrato Associativo’, de forma a limitá-los a contratos que resultem em alteração duradoura na propriedade ou na união duradoura de ativos anteriormente independentes que possam afetar a estrutura do mercado.” Por sua vez, a Associação das Empresas de Biotecnologia na Agricultura e na Agroindústria apontou que “a ausência de um critério limitador [quanto a contratos horizontais] aumentará significativamente o número de contratos notificados, gerando, muito provavelmente, ineficiência ao sistema e até mesmo o engessamento dos negócios no setor de biotecnologia, o que, com certeza, não é o objetivo deste Conselho.” Por fim, convém apontar a contribuição do SinditeleBrasil, que congrega as empresas do setor de telecomunicações brasileiro: “A proposta do CADE caracteriza qualquer contrato entre concorrentes como contratos associativos de notificação obrigatória (...) a limitação do escopo da norma é fundamental.” A associação ainda trata de contratos previstos pela regulação setorial: “Entende-se que a utilização sobreposta da máquina administrativa, tanto pelo órgão regulador de telecomunicações, quanto pelo órgão de defesa da concorrência, para a análise dos contratos associativos já regulados e controlados pela Anatel, feriria o princípio da eficiência ou da boa administração...” (grifo nosso).

sejam mais precisos que o termo legal, o novo regramento ainda dá margem para dúvidas e críticas quanto à generalidade e abrangência do conceito.⁶⁷³

É cedo para avaliar os possíveis impactos da definição regulamentar de contratos associativos. De qualquer modo, considerando a perspectiva metodológica do presente trabalho, pode-se considerar que a nova Resolução não contribui de maneira significativa para incrementar o baixo grau de sofisticação institucional do regime jurídico concorrencial aplicável a arranjos cooperativos interempresariais que visem criar, implementar e difundir inovações tecnológicas. Em primeiro lugar, não é possível aferir quais os aspectos levados em consideração pela autoridade quer para a proposta original de resolução submetida a consulta pública, quer para a versão final definitivamente aprovada, posto não ter sido disponibilizado relatório ou estudo que explicita a motivação da escolha pelo teor dessa norma regulamentar. Não é possível constatar quais alternativas institucionais foram consideradas e se a escolha final resultou de estratégia deliberada de provimento de vantagens institucionais às empresas atuantes no Brasil, em termos da maior segurança jurídica e menores custos de *compliance*. Em especial, não há documentos que apontem ter havido deliberação entre controlar certos arranjos cooperativos por meio de investigações de infrações da ordem econômica ou via atos de concentração.

Ademais, a nova regulamentação também não contém critérios específicos para lidar com arranjos cooperativos de suporte a inovação tecnológica, notadamente o licenciamento de PI. Embora tenha sido esse tipo de contrato a gerar discussões relevantes para que o Conselho buscasse deliberar solução regulamentar para a questão, não há regra própria para tal arranjo.

Por fim, a abrangência do conceito de ‘contratos associativos’ constante na Resolução 10/2014 – especialmente quanto a contratos horizontais – pode submeter um grande conjunto de arranjos pró-inovação a um custoso regime de aprovação, tal qual indicado em diversas contribuições para a Consulta Pública 3/2014. Incertezas quanto a essa abrangência podem incentivar posturas conservadoras de notificação de operações irrelevantes, ou à assunção de riscos de descumprimento que são agora majorados por conta das pesadas multas por *gun jumping* e a eventual anulação do acordo (sanção esta

⁶⁷³ Vide reportagens a respeito da nova resolução: Cade dá aval a consultas prévias de companhias, **Valor Econômico**, 3.11.2014; **CADE brings clarity to “associative contracts”, but questions remain**, GCR - Global Competition Review, disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/rss/news/article/37182/>>, acesso em: 20 jan. 2015.

que se não verificava sob a Lei 8.884/94). Trata-se, portanto, de eventual incremento relevante de custos de *compliance* para as empresas sujeitas ao novo regime controle de concentrações, i.e. médias e grandes empresas, justamente aquelas que, de acordo com a PINTEC, são as mais propensas a inovar de forma cooperativa conforme a análise da Subseção 5.B.iii acima.

Tendo em conta tais considerações sobre o novo regime de controle de concentrações previsto pela Lei 12.529/11 e implementado pelo CADE, bem como o fato de que, com relação ao controle de condutas, pouco mudou, é possível concluir que:

- a. Os atos de concentração estão sendo analisados de maneira bem mais célere, o que gera economias relevantes para empresas que tenham que notificar operações ao CADE.
- b. Há regras mais claras e precisas quanto à notificação de operações que apresentem algum aspecto concentracionista (ou concentrativo), tendo em conta os incisos I, II e III do art. 90 e os dois patamares estabelecidos pelo art. 88.
- c. Um conjunto relevante de operações deixou de ser de notificação obrigatória, especialmente aquelas envolvendo empresas de pequeno e médio porte.
- d. *Joint ventures* de P&D ou de produção que apresentem caráter concentracionista, tal como a conjunção de ativos ou a constituição de uma nova empresa, são de notificação obrigatória ao CADE.
- e. Arranjos de caráter cooperativo podem estar sujeitos tanto ao conceito de ‘*joint venture*’, quanto ao de ‘contrato associativo’. A LDC não contém critérios para especificar esses conceitos.
- f. O CADE, após discussões detalhadas de um conjunto de casos específicos envolvendo o licenciamento de PI, adotou regulamento (Resolução 10/2014) definindo o conceito de ‘contratos associativos’, pelo qual são notificáveis, verificados os critérios objetivos de faturamento do art. 88:

- i. Acordos horizontais com duração superior a 2 anos em que as partes possuam participação de mercado conjunta superior a 20%; ou
 - ii. Acordos verticais com duração superior a 2 anos em que uma das partes tenha participação de mercado superior a 30% e: (α) haja previsão de compartilhamento de resultados entre as partes; ou (β) do acordo decorra relação de exclusividade.
- g. A abrangência do conceito de ‘contratos associativos’ pode submeter grande conjunto de arranjos cooperativos de suporte a projetos de inovação a um custoso mecanismo de controle prévio, ou à incerteza quanto ao descumprimento, o qual implica multas elevadas por *gun jumping* e possível decretação da nulidade do acordo.
- h. Não há hipóteses, critérios ou procedimentos específicos para a análise de arranjos pró-inovação, exceto quanto a joint ventures clássicas, elegíveis ao Procedimento Sumário.

Finalmente, deve-se apontar que, assim como a LDC não contém regras mais precisas para o regramento de arranjos interempresariais de suporte à inovação tecnológica, ela também não prevê regras específicas que incrementem o grau de complementariedade entre a política antitruste e a de fomento à inovação. Não obstante, algumas decisões mais recentes do CADE expressaram, no âmbito dos casos concretos, reflexões bastante interessantes sobre a relação entre as duas políticas. Trata-se de atos de concentração que analisaram duas *joint ventures* entre empresas farmacêuticas brasileiras para P&D e produção de biofármacos, denominadas Orygen⁶⁷⁴ e Bionovis⁶⁷⁵. A constituição de ambas as empresas foi notificada sob as regras da Lei 8.884/94, e tiveram por principal preocupação concorrencial a existência de participação cruzada entre elas, por meio de sócios com controle comum. As operações foram aprovadas em datas bem próximas e com condições semelhante, consistente na assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) pelo qual as joint ventures se

⁶⁷⁴ AC 08012.006121/2012-80, Requerentes: Biolab Sanus Farmacêutica Ltda., Cristália - Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., Eurofarma Laboratórios Ltda., Libbs Farmacêutica Ltda., relatoria Conselheiro Marcos Paulo Verissimo, j. 30.01.2013, DOU 5.02.2013.

⁶⁷⁵ AC 08012.002467/2012-17, Requerentes: Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., EMS Participações S.A., Hypermarcas S/A, União Química Farmacêutica Nacional S.A., relatoria Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, DOU: 26.2.2013

obrigavam a submeter à aprovação do CADE eventuais alterações substantivas de suas atividades.

O aspecto mais interessante na motivação das decisões do CADE nesses casos – especialmente no referente à Orygen, julgado primeiro – foi o reconhecimento da complementariedade entre a política de concorrência e a de fomento à inovação – no caso, a de suporte a iniciativas colaborativas entre empresas farmacêuticas brasileiras para que iniciassem nova atividade econômica consistente na produção de biofármacos, atividade essa em que nenhuma das empresas estava envolvida antes da JV. Vide, por exemplo, trechos dos votos do Cons. Marcos Paulo Verissimo e do Presidente Vinicius Carvalho:

“40. Essa operação, portanto, deve ser igualmente analisada em face da relatada política pública que tem se desenhado para o setor. Entendo que neste caso em específico os instrumentos de política industrial – em especial aqueles que visam aumentar a produtividade da indústria – têm características pró-competitivas e que devem ser levados em consideração pela política antitruste. Isso porque, ao buscar soluções para o gasto excessivo de recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) com a aquisição desses medicamentos, fomentam a criação de parcerias como esta que visam tornar o país apto a produzir medicamentos biofármacos que atualmente não são aqui produzidos, o que tem um caráter claramente pró-competitivo.

41. Assim, o desenvolvimento de pesquisas/tecnologias e a produção de medicamentos que não são atualmente objeto de atuação das empresas envolvidas nesta operação – e que se tornam viáveis por meio dessa associação – aprimora a concorrência no âmbito da oferta interna de medicamentos biotecnológicos.

42. Em coordenação entre instrumentos de políticas públicas – como a política setorial e a política antitruste – para estimular a capacidade tecnológica, a qualidade, a produtividade e comportamentos inovadores de empresas nacionais com vistas a fomentar o desenvolvimento industrial e tecnológico no país é profícua e deve ser ressaltada e aprimorada em um ambiente crescente de convergência institucional.”⁶⁷⁶ (grifo nosso)

“Várias autoridades de defesa da concorrência possuem guias e estudos dedicados ao tema [cooperação entre empresas], como é o caso das agências da Alemanha, dos Estados Unidos, da União Europeia e da Inglaterra.

O exame dessas publicações, além de trazer indicativos interessantes de como a cooperação entre concorrentes vem sendo examinada, deixa bastante clara a existência de um esforço crescente na divulgação dos critérios e métodos de análise de operações desse tipo. O objetivo declarado desse esforço de transparência e previsibilidade é reduzir a insegurança jurídica em torno do tema de maneira a não só coibir as cooperações anticoncorrenciais, como também fazer isso sem que, ao mesmo tempo, as empresas deixem de entrar em acordos de cooperação pró-competitivos e eficientes por medo de serem penalizadas (over deterence). (...)

⁶⁷⁶ Voto do Cons. Relator Marcos Paulo Veríssimo no AC 08012.006121/2012-80.

A definição clara sobre a abordagem a ser feita na análise concorrencial de acordos de cooperação, especialmente os de P&D, é um passo significativo em termos de amadurecimento da política antitruste de qualquer país.⁶⁷⁷ (grifo nosso)

Como resta evidente, a abordagem externada nesses votos é em tudo consistente com o conceito de sofisticação institucional do antitruste aplicável a cooperações interempresariais para projetos inovadores: há o reconhecimento da relevância de parcerias para viabilizar inovações tecnológicas pró-competitivas, da importância da segurança jurídica provida por instrumentos específicos para diminuir incertezas que podem dificultar essas parcerias, e da compatibilidade das políticas de fomento a inovação e de defesa da concorrência no que se refere ao incentivo a projetos de cooperação empresarial. Todavia, como apontado acima, tal sinalização por meio de um precedente específico é, a princípio, insuficiente; a obtenção de graus mais elevados de sofisticação institucional depende, na perspectiva deste estudo, de uma estratégia deliberada dos formuladores de políticas públicas de adoção de instrumentos jurídicos adequados e específicos para prover maior segurança jurídica e menores custos de *compliance* às empresas do país, que pretendam participar de arranjos colaborativos para suportar projetos de inovação tecnológica, estratégia essa que é tanto mais eficaz quanto mais complementares forem as políticas de inovação e de concorrência.

Tendo em conta todos esses fatores, o quadro abaixo busca resumir os principais elementos do regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos pró-inovação. Como se poderá notar, o quadro não é profundamente distinto daquele observado ao fim da Subseção 5.B.iii acima referente à Lei 8.884/94. Embora a Lei 12.529 trouxe aperfeiçoamentos relevantes ao funcionamento do SBDC, ainda não houve quer em nível legal, quer em nível infra legal, a adoção de um conjunto de medidas específicas para reger esse tipo de arranjo, cada vez mais importante para a economia e competitividade do país.

⁶⁷⁷ Voto do Presidente Vinicius Carvalho no AC 08012.006121/2012-80.

Tabela 6 – Regime jurídico-concorrencial aplicável a arranjos cooperativos para inovação tecnológica no Brasil sob a Lei 12.529/11

<i><u>Tipo de arranjo</u></i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i>	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Tipo de instituição			
Lei	Lei 12.529/11		
Regulamento / Guia	<ul style="list-style-type: none"> - Resolução 10/2014 para acordos que se enquadrem como ‘contratos associativos’. Não há regras específicas para JVs. - Guia SEAE/SDE para JVs societárias . - Resolução 2/2012: procedimento sumário de para JVs clássicas - Resolução 20/99 para JVs que não sejam de notificação obrigatória, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE. 	<ul style="list-style-type: none"> - Resolução 10/2014 para acordos que se enquadrem como ‘contratos associativos’. Não há regras específicas para licenciamento. - A princípio, Resolução 20/99 para licenciamentos que não sejam de notificação obrigatória, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE. 	<ul style="list-style-type: none"> - Resolução 10/2014 para acordos que se enquadrem como ‘contratos associativos’. Não há regras específicas para arranjos de normalização técnica. - A princípio, Resolução 20/99, embora não haja regras específicas e o guia não seja usado de forma consistente pelo CADE.
Precedente/ Jurisprudência	- Decisões do CADE, primordialmente em atos de concentração	- Decisões do CADE, primordialmente em atos de concentração; conjunto ainda incipiente de precedentes; novas orientações constantes nos casos Monsanto (2013).	- Decisões do CADE; conjunto bastante incipiente de precedentes.

<i>Tipo de arranjo</i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i>	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Formas de controle	<ul style="list-style-type: none"> - Caso duas das partes tenha faturamento acima dos parâmetros do art. 88 da LDC, notificação como ato de concentração se i) JV for concentracionista ou ii) JV enquadrar-se como ‘contrato associativo’. - Previsão específica para JVs clássicas societárias, analisadas como ato de concentração sob o procedimento sumário. - Outras JVs que não sejam de notificação obrigatória podem ser investigadas como ‘infração da ordem econômica’. 	<ul style="list-style-type: none"> - Caso duas das partes tenha faturamento acima dos parâmetros do art. 88 da LDC, notificação como ato de concentração se enquadrar-se como ‘contrato associativo’. - Licenciamentos que não sejam de notificação obrigatória podem ser investigados como ‘infração da ordem econômica’. 	<ul style="list-style-type: none"> - A princípio, investigação como eventual ‘infração da ordem econômica’, exceto de envolver arranjo que possa ser qualificado como ‘contrato associativo’.
Critérios materiais	<ul style="list-style-type: none"> - JVs societárias/ concentracionistas : análise sob regra da razão articulada pelo Guia SEAE/SDE. Ausência de critérios específicos para JVs de P&D e de produção. - JVs não concentracionistas: regra da razão não articulada, quer se analisadas como ‘ato de concentração’, quer investigadas como ‘infração da ordem econômica’. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regra da razão não articulada. 	<ul style="list-style-type: none"> - Regra da razão não articulada.
Instituição complementar	<p>A princípio, a Lei 8.884/94 é complementar ao Plano Real e às políticas econômicas adotadas no contexto de liberalização da economia e de estabilização monetária. Não há ainda mecanismos institucionalizados de articulação da política de concorrência com a política de fomento à inovação. Sinalização de possível articulação entre as políticas em decisões específicas envolvendo JVs de P&D e produção (casos Orygen e Bionovis [2013])</p>		

<i>Tipo de arranjo</i>	<i><u>JVs de P&D e de Produção</u></i>	<i><u>Licenciamento de PI</u></i>	<i><u>Normalização Técnica</u></i>
Economias de 1ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Regras mais claras de faturamento e de identificação de JVs concentracionistas de notificação obrigatória tendem a diminuir o número de notificações, diminuindo os custos administrativos. - Todavia, abrangência de conceito de ‘contratos associativos’ pode aumentar número de notificações e aumentar esses custos. - Regras na Resolução 10/2014 que tratam da qualidade dos agentes (participação de mercado) e não das características do acordo podem implicar notificações de operações inócuas e deixar de exigir operações que trariam maiores preocupações. 	<ul style="list-style-type: none"> - Número de notificações é baixo. Abrangência de conceito de ‘contratos associativos’ pode aumentar número de notificações e aumentar esses custos. - Regras na Resolução 10/2014 que tratam da qualidade dos agentes (participação de mercado) e não das características do acordo podem implicar notificações de operações inócuas e deixar de exigir operações que trariam maiores preocupações. 	Poucos casos analisados podem indicar que processos de normalização ainda não apresentam frequência que justifique elaboração de regras específicas; pode-se economizar na elaboração dessas regras e deixar espaço para aprendizado com casos futuros.
Economias de 2ª e 3ª Ordem	<ul style="list-style-type: none"> - Regras mais claras de faturamento e de identificação de JVs concentracionistas de notificação obrigatória tendem a diminuir o número de notificações, diminuindo os custos de compliance. - Todavia, abrangência de conceito de ‘contratos associativos’ pode aumentar número de notificações e aumentar esses custos, potencializados por multa de <i>gun jumping</i> e nulidade do contrato. - Regras pouco claras de análise substantiva geram/elevam custos de <i>compliance</i> e riscos de condução de projetos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Abrangência de conceito de ‘contratos associativos’ pode aumentar número de notificações e aumentar esses custos, potencializados por multa de <i>gun jumping</i> e nulidade do contrato. - Regras pouco claras de análise substantiva geram/elevam custos de <i>compliance</i> e riscos de condução de projetos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ausência de questionamentos quanto à necessidade de notificação da constituição desse tipo de entidade evita certos custos de <i>compliance</i>. - Ausência de orientações mais precisas pode gerar dúvidas a entidades responsáveis por processos de normalização técnica, especialmente tendo em conta a postura mais rígida do CADE quanto a condutas horizontais.

Fonte: Elaboração própria

CONCLUSÃO

À época da finalização do presente estudo, estava prestes a ser promulgada a Emenda Constitucional de (provável) nº 85, que “altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação”.⁶⁷⁸ Destacam-se três dentre as alterações promovidas no texto constitucional. A primeira é a ampliação da competência comum da União, Estados e Municípios (prevista no art. 23, inciso V da Constituição) que, além de terem a obrigação de “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”, deverão também prover acesso “à tecnologia, à pesquisa e à inovação”.

A segunda é alteração significativa do Capítulo IV do Título VIII da Carta Constitucional, que passa a tratar “da Ciência, Tecnologia e Inovação”. Além de ampliar o rol de atividades que o Estado deverá promover e incentivar para abranger também o fomento à inovação (art. 218), é incluído no art. 219 – que prevê o ‘mercado interno’ como integrante do patrimônio nacional – o seguinte parágrafo único:

“O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação das empresas, bem como nos demais entes, públicos e privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia”. (grifo nosso)

Esse dispositivo formaliza, em norma de maior nível hierárquico possível, a posição central das empresas como organizações especializadas na coordenação de informações e recursos materiais e humanos para implementar complexos processos de inovação tecnológica, e o correlato e indispensável papel do Estado como provedor de ambientes institucionais adequados para tais processos.

Por fim, a terceira alteração mais relevante abrange a inclusão de dois novos artigos sob esse Capítulo, de números 219-A e 219-B. O primeiro estabelece previsão constitucional explícita ao regime de cooperação entre empresas e ICTs estabelecido pela Lei de Inovação, ao passo que o segundo – diretamente relacionado ao primeiro – prevê o estabelecimento do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), o qual “será organizado em regime de colaboração

⁶⁷⁸ Conforme informações disponíveis no Portal Atividade Legislativa do Senado Federal, sob a página <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117126> (acesso em 20.01.2014).

entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”. Dá-se, portanto, *status* constitucional ao SNI brasileiro, o qual tem por elemento central a cooperação entre organizações, tanto públicas quanto privadas.

Sob a perspectiva deste trabalho, o novo *status* da inovação na ordem constitucional evidencia a ausência de sofisticação institucional atualmente verificada na política brasileira de defesa da concorrência quanto a arranjos cooperativos interempresariais estruturados para viabilizar o desenvolvimento e implantação de novos produtos e processos. Como se buscou detalhar ao longo do trabalho, a atual política concorrencial do país pode ser considerada defasada nesse aspecto específico, tendo em conta tanto a experiência comparada – com destaque para os Estados Unidos, que promoveram profunda reformulação de seu antitruste para fomentar parcerias interempresariais de progresso tecnológico –, quanto a crescente importância de relações de cooperação entre empresas atuantes no país, detectada pelas últimas quatro edições da Pesquisa de Inovação do IBGE.

Trata-se, portanto, de mais uma razão para crer que aprimoramentos são cabíveis neste momento de implementação da nova LDC. A meu ver, pode-se considerar mudanças tanto em nível legal quanto infralegal. Estas, como se viu (Seção 4.C), são mais simples de serem adotadas, especialmente tendo em conta a ampla discricionariedade conferida em lei ao CADE.

Uma primeira medida que poderia ser considerada é a promoção de ajustes no regime de controle de concentrações a fim de que este se torne aplicável apenas a arranjos colaborativos entre empresas independentes com algum grau relevante de concentração. Como se viu, o regime de análise prévia estabelecido pela LDC prevê multas vultosas por *gun jumping* e a penalidade de invalidação do ato jurídico, medidas corretas para promover sua eficácia mas que, em ambiente de incerteza jurídica, estimula comportamentos inadequados como uma grande quantidade de notificações de operações inócuas a custo privado e público elevados, e desestimula cooperações benéficas à economia. Tendo isso em conta, o CADE deveria limitar a exigência de notificações a i) JVs que envolvam a conjunção permanente de ativos de P&D e/ou de ativos produtivos das empresas parceiras; ii) contratos de licenciamento de PI ou transferência de tecnologia que abranjam também a transferência ou conjunção de ativos de maneira permanente ou de longo prazo; e

iii) a formação de JVs de P&D associada a agrupamentos de patentes (*patente pools*) que tenham por objeto o estabelecimento de padrão tecnológico e licenciamento de PI a ele relacionado.

Quanto a estas duas últimas hipóteses, o CADE poderia aprofundar seu relacionamento institucional com o INPI para analisar o padrão verificado nesses contratos nos últimos anos quanto aos principais setores, empresas envolvidas e cláusulas relevantes. Esse conhecimento poderia auxiliar o CADE tanto na definição de regras mais precisas relativas a hipóteses de notificação quanto na avaliação substantiva desses arranjos – quer sob controle preventivo, quer repressivo.

Já quanto aos critérios de análise material de atos de concentração, o CADE poderia considerar no guia de concentrações horizontais atualmente em estudo para suceder o Guia SEAE/SDE o estabelecimento de critérios específicos para a análise dessas operações, tendo em conta as peculiaridades dos complexos processos de inovação tecnológica, o grau limitado de integração entre as empresas envolvidas, e os benefícios em termos de aumento de produtividade e desenvolvimento tecnológico ou econômico (art. 88, §6º, I, letras ‘a’ e ‘c’ da LDC). Hipóteses que poderiam ter tratamento favorável explícito seriam JVs de P&D e as de caráter clássico, i.e., para o desenvolvimento de nova atividade econômica pelas empresas parceiras. Ademais, o CADE poderia também prever no novo guia de análise quais restrições acessórias – como acordos de exclusividade e cláusulas de não concorrência – seriam consideradas pertinentes e justificáveis. Caso venha a ser editado guia de concentrações não horizontais, a exemplo do que ocorre na União Europeia, o mesmo cuidado com arranjos cooperativos pró-inovação tecnológica deveria ser adotado.

Ao controle repressivo de condutas anticompetitivas seriam deixadas as JVs não concentracionistas, tanto de P&D quanto de produção; os licenciamentos de PI e acordos de transferência de tecnologia sem transferência de ativos; e as atividades de entidades de normalização técnica e padronização. Essa alternativa institucional não implica ausência de fiscalização antitruste desses acordos e práticas: como reconhecido pelo CADE, muda-se apenas o momento, o procedimento e a natureza da intervenção estatal – ao invés de um pedido de autorização prévia, a qual pode

ser negada, tem-se investigação *a posteriori* de conduta que pode implicar severas sanções às empresas.

A fim de prover maior segurança jurídica às empresas, o CADE poderia, ainda delimitar, por meio de guia de orientação próprio ou em novo documento que suceda a (pouco utilizada) Resolução 20/99, os tipos de restrições que seriam considerados especialmente preocupantes em termos concorrenciais – notadamente quanto a preço e quantidades, áreas geográficas de atuação e clientes. Outro ponto que deveria ser explicitamente tratado são as restrições que poderiam ser consideradas justificáveis, tendo em conta sua relação e proporcionalidade no que diz respeito aos objetivos da parceria, bem como considerações objetivas quanto aos níveis de participação de mercado que seriam tidos por menos preocupantes. Um aspecto que poderia ser explicitamente tratado são as colaborações entre pequenas e médias empresas que visem inovação tecnológica, para as quais menores preocupações concorrenciais por parte da autoridade antitruste deveriam ser garantidas ainda que se verifiquem restrições mais significativas à concorrência, à semelhança do regime aplicável aos *Mittelstandkartelle* da Alemanha.

Seria razoável neste momento não incluir em tal guia as atividades de normalização técnica, dado seu grau de complexidade e a pouca frequência de questionamentos quanto a esse tipo de conduta. Já as *joint ventures* e acordos de licenciamento são muito mais frequentes e merecem orientação clara por parte da autoridade antitruste.

Para a elaboração de regras mais precisas para a realidade institucional brasileira, seria recomendável ao CADE obter informações a respeito das formas de colaboração interempresarial mais comuns relacionadas aos programas de fomento à inovação conduzidos pelo Governo Federal, com base na Lei de Inovação e sob as políticas industriais atualmente abrangidas pelo Plano Brasil Maior. As normas e critérios infralegais editados pelo CADE devem necessariamente ser de aplicação abrangente, sem discriminação ou benefício especial a acordos relacionados a tais programas estatais, dada a ausência de previsão legal para tanto. De qualquer modo, o conhecimento dessas peculiaridades e detalhes certamente contribuirá para incrementar o grau de complementariedade entre a atuação do CADE e o fomento estatal às empresas para inovação tecnológica.

Tendo em conta a divisão de competências entre os órgãos que compõem o CADE, faria sentido que um tal guia de orientação fosse editado pela Superintendência-Geral. Na qualidade de órgão responsável pela investigação de condutas anticompetitivas (LDC, art. 13, III, IV e V), e pelo monitoramento de práticas comerciais (art. 13, inciso II), o órgão pode “desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica” (inciso XIV) e divulgá-los, na forma de guias de orientação, a fim de “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão” (inciso XV). Note-se, neste ponto, que a competência da SG é mais ampla que a do Tribunal Administrativo, a quem cabe, apenas, orientar os administrados sobre “as formas de infração da ordem econômica” (LDC, art. 9º, XIV), sem qualquer referência à prevenção. Essa diferenciação se justifica na medida em que ao Tribunal deve ser resguardada a independência quanto ao exercício de sua função judicante, a qual pode inclusive ser empregada para ajustar eventuais critérios adotados pela SG, como órgão de investigação.

Finalmente, a ampliação do uso do instituto da consulta (LDC, art. 9º, §§ 4º e 5º), de forma semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos com o procedimento análogo de *business review*, certamente será útil para diminuir o grau de incerteza das empresas quanto a arranjos colaborativos. Todavia, tal instrumento deveria ser considerado complementar às medidas indicadas acima, para que, dado seu custo (a começar pela taxa de R\$ 15 mil prevista no art. 23 da LDC), ele seja empregado apenas a arranjos mais complexos e inovadores, que tragam dúvidas relevantes quanto aos possíveis impactos concorrenciais. De outro modo, corre-se o risco de ele se tornar instrumento de menor relevância para a política de concorrência, disponível apenas a grandes empresas.

A meu ver, tendo em conta os fatores apresentados ao longo do estudo, essas mudanças institucionais promoveriam diminuição expressiva de custos públicos e privados, e dariam às empresas brasileiras grau de segurança jurídica muito mais elevado que o atualmente observado no que se refere ao planejamento e condução de parcerias para inovação tecnológica. Em outros termos, seria incrementado de maneira significativa o grau de sofisticação institucional do direito concorrencial brasileiro com relação a esses arranjos interempresariais, à medida que tais medidas

conferem vantagens institucionais comparativas às empresas para que desempenhem suas atividades em concorrência entre si e, em determinadas situações, também em cooperação, para melhorar sua competitividade em termos de desempenho tecnológico. Ademais, as novas regras infralegais aumentariam o grau de complementariedade entre a política antitruste e a de fomento à inovação, a qual claramente tem em seu núcleo a cooperação entre diferentes organizações.

Note-se que tais ganhos podem ser obtidos sem custosas alterações à Lei 12.529/11. Benefícios adicionais poderiam ser obtidos pela previsão expressa em lei da necessidade de maior coordenação entre o CADE e órgãos responsáveis pelo funcionamento de outros aspectos do Sistema Nacional de Inovação em construção no país, tais como o INPI, o INMETRO e a ABDI, dando destaque para a importância de cooperações entre empresas. Outro elemento que seria benéfico compreenderia diferenciação mais clara em lei entre as sanções aplicáveis a cartéis (art. 36, §6º, inciso I), e aquelas aplicáveis a outras condutas menos graves, previstas nos outros incisos do mesmo parágrafo. Tal mudança diminuiria o risco da ser tomado por arranjos cooperativos horizontais que podem ser, como visto, bastante relevantes para projetos de inovação tecnológica.

Acredito que as análises constantes neste estudo podem tanto ser expandidas para tratar de outros aspectos da política de defesa da concorrência, quanto serem úteis em pesquisas de outras áreas de direito econômico. A análise de efeitos concorrenciais dos processos de normalização técnica certamente merece ser aprofundada, tendo em conta que aspecto central da política de inovação é a melhoria da qualidade da produção industrial – o que só pode ser obtido com base em padrões técnicos adequados adotados pelos diferentes *players* da cadeia produtiva. Ademais, seria bastante pertinente avaliação mais detalhada e empírica sobre as diversas formas de licenciamento de PI e transferência de tecnologia verificados no Brasil, e seu contraste com o regime jurídico concorrencial aplicável, a fim de se precisar o grau de sofisticação institucional e identificar medidas que poderiam ser adotadas.

Já quanto a outras áreas, acredito que o referencial teórico articulado no Capítulo 3 pode ser especialmente útil para a análise de outras formas de regulação estatal da atividade econômica quanto aos seus desenvolvimentos históricos e adequação à realidade brasileira. Trata-se de proposta de abordagem metodológica

que pode auxiliar outros estudos concentrados na identificação de fatores relevantes para a dinâmica institucional de outras políticas públicas, tais como a sequência de eventos históricos decisivos, sua inter-relação ante a aspectos de dependência de trajetória, as interações estratégicas entre agentes públicos e privados, e os impactos de novas tecnologias sobre custos relativos (inclusive os de transação) e externalidades de atividades econômicas. Tendo isso em conta, essa abordagem me parece especialmente interessante para a análise da política regulatória aplicável a setores de infraestrutura e a serviços financeiros, embora possa haver elementos úteis para o estudo de outras áreas, como direito ambiental – concentrado na internalização de externalidades e dependente de inovações tecnológicas para lidar com os riscos cada vez mais complexos decorrentes da mudança climática.

O conceito de remediabilidade certamente se aplica a essa articulação específica de conceitos teóricos constante no Capítulo 3 para análise de políticas públicas estruturadas por normas jurídicas. A ela podem ser incorporados outros aspectos, decorrentes de outras e novas perspectivas teóricas a fim de lidar com as especificidades da política pública objeto de estudo. Em outros termos, trata-se de uma tentativa – inevitavelmente imperfeita – de estruturar um método de pesquisa sobre o papel do direito em nosso país, pensando-o como uma tecnologia social de promoção do desenvolvimento, tal qual apontado por COUTINHO.⁶⁷⁹ Assim como o autor nesse artigo, concluo este trabalho com a manifestação do desejo de que ele possa motivar e contribuir com novas pesquisas sobre a dimensão jurídica de políticas públicas: “Que venham esses estudos”.

⁶⁷⁹ COUTINHO, Diogo R., O Direito no Desenvolvimento Econômico, **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 38, p. 31–34, 2012.

BIBLIOGRAFIA

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. **Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law**. Chicago: American Bar Association, 2007.
- ABBOTT, Kenneth W.; KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; *et al.* The Concept of Legalization. **International Organization**, v. 54, n. 03, p. 401–419, 2000.
- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why Nations Fail: Origins of Power, Poverty and Prosperity**. New York: Crown Publishers, 2012.
- AGARWALA, Amar Narain; SINGH, Sampat Pal (Orgs.). **A economia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- AGHION, Philippe; BLOOM, Nicholas; BLUNDELL, Richard; *et al.* Competition and Innovation: An Inverted U Relationship. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, v. 9269, 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9269>>.
- AGHION, Philippe; HARRIS, Christopher; HOWITT, Peter; *et al.* Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation. **The Review of Economic Studies**, v. 68, n. 3, p. 467–492, 2001.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico : do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- AGUILLAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo R. A evolução da legislação antitruste no Brasil. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7/8, p. 139–159, 2011.
- AHMAD, Syed. On the Theory of Induced Invention. **The Economic Journal**, v. 76, n. 302, p. 344–357, 1966.
- ALCHIAN, Armen A. Uncertainty, evolution, and economic theory. **The Journal of Political Economy**, v. 58, n. 3, p. 211–221, 1950.
- ALMEIDA, Mansueto. **Desafios da Real Política Industrial Brasileira do Século XXI**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2009. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/ipeipetds/1452.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2013.
- ALVES, Roberta Maitino de Oliveira. **Estrutura de mercado e esforço tecnológico**. Dissertação de Mestrado, Escola de Economia de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1796>>. Acesso em: 3 nov. 2013.
- AMBROSIUS, Gerold. Die Entwicklung des Wettbewerbs als wirtschaftspolitisch relevante Norm und Ordnungsprinzip in Deutschland seit dem Ende des 19. Jahrhunderts. **Jahrbuch für Sozialwissenschaft**, v. 32, n. 2, p. 154–201, 1981.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Handbook on the antitrust aspects of standards setting**. Chicago: American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2004.

- AMSDEN, Alice H.; SINGH, Ajit. The optimal degree of competition and dynamic efficiency in Japan and Korea. **European Economic Review**, v. 38, n. 3–4, p. 941–951, 1994.
- ANDERS, Eduardo Caminati; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei 8.884/94. In: ZANNOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 245–256.
- APPLEBY, Joyce. **The relentless revolution: A history of capitalism**. New York: WW Norton & Company, 2011.
- ARAÚJO, Bruno César. **Políticas de apoio à inovação no Brasil: uma análise de sua evolução recente**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2012. (Textos para Discussão). Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2859>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law**. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- ARORA, Ashish; GAMBARDELLA, Alfonso. Ideas for rent: an overview of markets for technology. **Industrial and Corporate Change**, v. 19, n. 3, p. 775–803, 2010.
- ARROW, Kenneth J. **Economic welfare and the allocation of resources for invention**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.
- ARROW, Kenneth J. Increasing returns: historiographic issues and path dependence. **The European Journal of the History of Economic Thought**, v. 7, n. 2, p. 171–180, 2000.
- ARTHUR, W. Brian. **Increasing Returns and Path Dependence in the Economy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.
- ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. **História da Normalização Brasileira**. Rio de Janeiro: ABNT, 2011. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/imprensa/livro_abnt/70anos_ABNT.pdf>.
- ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. **Economic Doctrines and Approaches to Antitrust**. Bloomington: Indiana University, 2011. (School of Public & Environmental Affairs Research Paper Series). Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1750259>>. Acesso em: 12 dez. 2014.
- AUDRETSCH, David B. Divergent Views in Antitrust Economics. **Antitrust Bulletin**, v. 33, p. 135, 1988.
- AUGUSTYN, Francene M. Antitrust Analysis of Joint Research and Development Agreements in the European Economic Community and the United States, An. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 16, p. 45, 1986.

- AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; DE PAULA, Germano Mendes. Joint ventures e a política antitruste brasileira. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 16, n. 3, p. 463–486, 2012.
- BAER, Werner. **A Economia Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 2009.
- BAER, Werner; DA FONSECA, Manuel A.R.; GUILHOTO, Joaquim J.M. Structural changes in Brazil's industrial economy, 1960–1980. **World Development**, v. 15, n. 2, p. 275–286, 1987.
- BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, p. 575, 2007.
- BAKER, Jonathan B. Policy Watch: Developments in Antitrust Economics. **Journal of Economic Perspectives**, v. 13, n. 1, p. 180–194, 1999.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BASTOS, Carlos Pinkusfeld; BRITTO, Gustavo. Introdução. In: AGARWALA, Amar Narain; SINGH, Sampat Pal (Orgs.). **A economia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 7–41.
- BAUMOL, William. When is inter-firm coordination beneficial? The case of innovation. **International Journal of Industrial Organization**, v. 19, n. 5, p. 727–737, 2001.
- BAUMOL, William J. Horizontal Collusion and Innovation. **The Economic Journal**, v. 102, n. 410, p. 129–137, 1992.
- BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169, 1968.
- BERGH, Roger J. Van Den; CAMESASCA, Peter D. **European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective**. Antwerpen: Intersentia nv, 2001.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- BINSWANGER, Hans P. A microeconomic approach to induced innovation. **The Economic Journal**, v. 84, n. 336, p. 940–958, 1974.
- BLOCK, Fred. Swimming Against the Current: The Rise of a Hidden Developmental State in the United States. **Politics & Society**, v. 36, n. 2, p. 169 –206, 2008.
- BLOCK, Fred. Understanding the Diverging Trajectories of the United States and Western Europe: A Neo-Polanyian Analysis. **Politics & Society**, v. 35, n. 1, p. 3–33, 2007.
- BLOCK, Fred; KELLER, Matthew R. (Orgs.). **State of Innovation: The U.S. Government's Role in Technology Development**. Boulder: Paradigm Publishers, 2011.

- BLOCK, Fred; KELLER, Matthew R. Where do innovations come from? Transformations in the US economy, 1970–2006. **Socio-Economic Review**, v. 7, n. 3, p. 459–483, 2009.
- BORA, Alfons. Innovationsregulierung als Wissensregulierung. In: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). **Innovationsfördernde Regulierung: Innovation und Recht II**. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 23–43.
- BRAUN, Mark J. Research joint ventures and the development of digital HDTV. **Journal of Broadcasting & Electronic Media**, v. 39, n. 3, p. 390–407, 1995.
- BRESNAHAN, Timothy F.; SALOP, Steven C. Quantifying the competitive effects of production joint ventures. **International Journal of Industrial Organization**, v. 4, n. 2, p. 155–175, 1986.
- BRODLEY, Joseph F. Antitrust Law and Innovation Cooperation. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 97–112, 1990.
- BROOKS, Harvey. National science policy and technological innovation. In: LANDAU, Ralph; ROSENBERG, Nathan (Orgs.). **The positive sum strategy: Harnessing technology for economic growth**. Washington: National Academy of Sciences, 1986, p. 119–167.
- BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.). **New Institutional Economics: a Guidebook**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/dau/papers/123456789-12319.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014.
- BUNDESKARTELLAMT. **Tätigkeitsbericht 1981/82**. Bonn: BKartA, 1983.
- BUNDESKARTELLAMT. **Tätigkeitsbericht 1983/84**. Bonn: BKartA, 1985.
- BUNDESKARTELLAMT. **Tätigkeitsbericht 1985/86**. Bonn: BKartA, 1987.
- BUNDESKARTELLAMT. **Tätigkeitsbericht 2005/2006**. Bonn: BKartA, 2007.
- BUSH, Vannevar. Science: The Endless Frontier. **Transactions of the Kansas Academy of Science (1903-)**, v. 48, n. 3, p. 231, 1945.
- CALOGHIROU, Yannis; IOANNIDES, Stavros; VONORTAS, Nicholas S. Research Joint Ventures. **Journal of Economic Surveys**, v. 17, n. 4, p. 541–570, 2003.
- CAMPOS, Marcos Vinicius. **Concorrência, cooperação e desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2008.
- CARTER, Jimmy. **Letter from Jimmy Carter to the Congress of the United States, 10-31-1979**. Disponível em: <http://bayhdolecentral.com/bremmerPDF/Letter_from_Jimmy_Carter_to_the_Congress_of_the_United_States,_10-31-1979.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Balanço do biênio da Lei 12.529/11 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%20de%2020anos%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

- CARVALHO, Vinícius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros. Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica. **Revista de Concorrência e Regulação**, v. 2, n. 7/8, p. 223–242, 2011.
- CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no Direito Antitruste**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1995.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Long run reliability of electricity networks: problems for regulation and competition in Brazil and California**. Mestrado (LL.M.), University of Manchester, Manchester, 2006.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Regulação pró-concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: regime jurídico e aspectos econômicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). **Direito Econômico Regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113–166.
- CASAGRANDE, Paulo Leonardo. The New Brazilian Competition Law: Two Years On. **Antitrust Chronicle**, v. 1, 2014. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/jul-14/>>.
- CASPER, Steven. The legal framework for corporate governance: the influence of contract law on company strategies in Germany and the United States. In: HALL, Peter A.; SOSKICE, David (Orgs.). **Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 386–415.
- CASPER, Steven; WAARDEN, Frans van. **Innovation and Institutions: A Multidisciplinary Review of the Study of Innovation Systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- CATAPANI, Marcio Ferro. Os contratos associativos. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 87 – 103.
- CAVES, Richard E.; CROOKELL, Harold; KILLING, J. Peter. The Imperfect Market for Technology Licenses. **Oxford Bulletin of Economics and Statistics**, v. 45, n. 3, p. 249–267, 1983.
- CHANG, Ha-Joon. **Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective**. London: Anthem Press, 2002.
- CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang. Competition policy with optimally differentiated rules instead of “per se rules vs rule of reason”. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 2, n. 2, p. 215–244, 2006.
- COLE, Daniel H. Varieties of Comparative Institutional Analysis, The. **Wisconsin Law Review**, v. 2013, p. 383, 2013.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE - CEPAL. **Inovar para crescer: Desafios e oportunidades para o desenvolvimento sustentável e inclusivo na Ibero-América**. Santiago: CEPAL, 2009. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=%20/publicaciones/xml/2/37972/P37972.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl%20&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 16 maio 2012.

- COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal - 2011/C 11/01. 2011. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. Papel da normalização europeia no âmbito da legislação e das políticas europeias - COM(2004) 674 final. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0674:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 12 set. 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 47, p. 41–53, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direito econômico. *In*: **Dicionário Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *In*: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade tem nova sede**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b98c9a6e879c73b045f24512262a>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- CONSIDERA, Claudio Monteiro. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. **Revista do Ibrac**, v. 9, n. 5, 2002.
- COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. Reading: Pearson/Addison Wesley, 2003.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COUTINHO, Diogo R. **O Direito Nas Políticas Públicas**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), 2011. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2013.
- COUTINHO, Diogo R. O Direito no Desenvolvimento Econômico. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 38, p. 31–34, 2012.
- CRESPI, Gustavo; ZUNIGA, Pluvia. Innovation and Productivity: Evidence from Six Latin American Countries. **World Development**, v. 40, n. 2, p. 273–290, 2012.

- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 121–147, 2009.
- DAHLMAN, Carl J.; FRISCHTAK, Claudio R. National systems supporting technical advance in industry: the Brazilian Experience. *In*: NELSON, Richard R. (Org.). **National innovation systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 414–449.
- DAM, Kenneth W. The Economic Underpinnings of Patent Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 1, p. 247–271, 1994.
- DASGUPTA, Partha; STIGLITZ, Joseph. Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity. **The Economic Journal**, v. 90, n. 358, p. 266–293, 1980.
- DAVID, Paul A.; GREENSTEIN, Shane. The Economics Of Compatibility Standards: An Introduction To Recent Research. **Economics of Innovation and New Technology**, v. 1, n. 1-2, p. 3–41, 1990.
- DAVIS, Kevin E. Regulation of Technology Transfer to Developing Countries: The Relevance of Institutional Capacity. **Law & Policy**, v. 27, n. 1, p. 6–32, 2005.
- DEFENSE ADVANCED RESEARCH PROJECTS AGENCY (DARPA). **DARPA Accomplishments: Seminal Contributions to National Security**. Disponível em: <<http://www.darpa.mil/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=214748846>>. Acesso em: 11 dez. 2014.
- DIAS, José Luciano de Mattos. **Medida, normalização e qualidade: aspectos da história da metrologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Inmetro; FGV, 1998. Disponível em: <<http://xrepo01s.inmetro.gov.br/handle/10926/1195>>. Acesso em: 11 nov. 2014.
- DIWAN, Ishac; RODRIK, Dani. Patents, appropriate technology, and North-South trade. **Journal of International Economics**, v. 30, n. 1-2, p. 27–47, 1991.
- ECKARDT, Martina. Explaining Legal Change from an Evolutionary Economics Perspective. **German Law Journal**, v. 9, p. 437, 2008.
- ECKARDT, Martina. Legal evolution between stability and change. *In*: ZUMBANSEN, Peer; CALLIESS, Graf-Peter (Orgs.). **Law, Economics and Evolutionary Theory**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 202–225.
- EHRLICH, Isaac; POSNER, Richard A. Economic Analysis of Legal Rulemaking, An. **Journal of Legal Studies**, v. 3, p. 257, 1974.
- EIFERT, Martin. Innovationsfördernde Regulierung. *In*: EIFERT, Martin; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Orgs.). **Innovationsfördernde Regulierung: Innovation und Recht II**. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 11–19.
- ELHAUGE, Einer Richard. **Harvard, not Chicago: Which antitrust school drives recent Supreme Court decisions?**. Cambridge: Harvard Law School - John M. Olin Center For Law, Economics, And Business, 2007.

Disponível em: <<http://dash.harvard.edu/handle/1/12027915>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

EMMERICH, Volker. **Kartellrecht**. 13. ed. München: Beck, 2014.

ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA. **Bell Laboratories**. Encyclopædia Britannica Online. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/59675/Bell-Laboratories>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission - “Intellectual property rights and standardisation” - COM (92) 445 final. 1992. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/files/reference_documents/doc/com_92_445_ipr_en.tif>. Acesso em: 12 set. 2014.

EVENSON, Robert E.; KISLEV, Yoav. A Stochastic Model of Applied Research. **Journal of Political Economy**, v. 84, n. 2, p. 265–281, 1976.

FAGERBERG, Jan. Innovation: A Guide to the Literature. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Innovation**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 1–26.

FAGERBERG, Jan. Schumpeter and the revival of evolutionary economics: an appraisal of the literature. **Journal of Evolutionary Economics**, v. 13, n. 2, p. 125–159, 2003.

FAGERBERG, Jan; GODINHO, Manuel M. Innovation and Catching-up. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Innovation**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 514–542.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2003.

FAGUNDES, Jorge. Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? **Revista do IBRAC**, v. 5, n. 6, p. 19–41, 1998.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 25–44, 2014.

FARIA, José Eduardo. Política industrial e direito antitruste : a experiência brasileira e seu sentido atual. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 10, n. 37, p. 109–150, 2012.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In: MATTOS, Cesar (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Editora Singular, 2009, v. 2, p. 9–16.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Regulamentação, Política Antitruste e Política Industrial. In: FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvia

- Macchione; DE AZEVEDO, Paulo Furquim (Eds.). **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 115–162.
- FARRELL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; *et al.* Standard setting, patents, and hold-up. **Antitrust Law Journal**, p. 603–670, 2007.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. **Anticipating the 21st Century: Competition policy in the new high-tech, global marketplace**. Washington: Federal Trade Commission, 1996.
- FEDERAL TRADE COMMISSION; US DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2013.
- FERGUSON, Niall. **The ascent of money: A financial history of the world**. New York: Penguin, 2009.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.
- FOGT, Howard W. Jr; GOTTS, Ilene Knable. Antitrust and Technology Transfer Licensing Interface: A Comparative Analysis of Current Developments, The. **International Tax & Business Lawyer**, v. 13, p. 1, 1995.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FOX, Eleanor M.; GAL, Michal S. **Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2425329>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- FREEMAN, Chris. The “National System of Innovation” in historical perspective. **Cambridge Journal of Economics**, v. 19, n. 1, p. 5–24, 1995.
- FREEMAN, Christopher; SOETE, Luc. Developing science, technology and innovation indicators: What we can learn from the past. **Research Policy**, v. 38, n. 4, p. 583–589, 2009. (Special Issue: Emerging Challenges for Science, Technology and Innovation Policy Research: A Reflexive Overview).
- FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil: edição comemorativa de 50 anos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- FURTADO, Gustavo Guedes. **Transferência de Tecnologia no Brasil: Uma Análise de Condições Contratuais Restritivas**. Dissertação de Mestrado,

- Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/defesas/Dissertao_de_Mestrado_Gustavo_G._Furtado_PPED_UFRJ.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2014.
- GARCIA, Flavio. O Complexo Industrial da Saúde e as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo - o caso brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, v. 12, n. 45, p. 47-76, 2014.
- GAROUPA, Nuno. Optimal law enforcement and criminal organization. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 63, n. 3, p. 461-474, 2007.
- GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E.; BAKER, John B. **Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy**. Saint Paul: West Group, 2008.
- GERADIN, Damien; LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, A. Jorge. Complements Problem within Standard Setting; Assessing the Evidence on Royalty Stacking, The. **Boston University Journal of Science & Technology Law**, v. 14, p. 144, 2008.
- GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Européia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social).
- GERBER, David. **Global Competition: Law, Markets, and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GILBERT, Richard. Competition policy for intellectual property. In: BUCCIROSSI, Paolo (Org.). **Handbook of antitrust economics**. Cambridge: The MIT Press, 2008, v. 1, p. 519-542.
- GILBERT, Richard J.; TOM, Willard K. Is innovation king at the antitrust agencies? The intellectual property guidelines five years later. **Antitrust Law Journal**, p. 43-86, 2001.
- GILBERT, Richard; SHAPIRO, Carl; KAPLOW, Louis; *et al.* Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties. **Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics**, v. 1997, p. 283-349, 1997.
- GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.
- GOLDMAN, Calvin S.; BARUTCISKI, Milos. Clinton Administration and Antitrust, The. **International Business Law Journal**, v. 1994, p. 865, 1994.
- GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Fundação Gonçalo Moniz, 1961.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **O Processo: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 36-57.

- GROSSMAN, Gene M.; SHAPIRO, Carl. Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 2, n. 2, p. 315–337, 1986.
- GROSSMAN, Gene M.; SHAPIRO, Carl. Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis. **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 2, p. 315, 1986.
- GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. **Journal of Political Economy**, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986.
- GRUMACH, Anete; FERRARONI, Natasha. O papel da penicilina na medicina moderna. **Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis**, v. 18, n. 1, p. 7–13, 2006.
- HALL, Peter A.; SOSKICE, David (Orgs.). **Varieties of Capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HALL, Peter A.; THELEN, Kathleen. Institutional change in varieties of capitalism. **Socio-Economic Review**, v. 7, n. 1, p. 7–34, 2009.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. **The Yale Law Journal**, v. 110, n. 3, p. 387–440, 2000.
- HANUSCH, Horst; PYKA, Andreas. Principles of Neo-Schumpeterian Economics. **Cambridge Journal of Economics**, v. 31, n. 2, p. 275–289, 2007.
- HART, David M. Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000. **Research Policy**, v. 30, n. 6, p. 923–936, 2001. (Innovations in European and US innovation Policy).
- HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de mercado e inovação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 91–101.
- HASENCLEVER, Lia; KUPFER, David. Introdução. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. xxi–xxix.
- HASENCLEVER, Lia; TORRES, Ricardo. O Modelo Estrutura, Conduta e Desempenho e seus Desdobramentos. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 44–51.
- HAUSMAN, Daniel M. **Philosophy of Economics**. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/economics/>>. Acesso em: 8 jul. 2012.
- HELLER, Michael A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 3, p. 621–688, 1998.

- HEMPHILL, Thomas A. US technology policy, intraindustry joint ventures, and the National Cooperative Research and Production Act of 1993. **Business Economics**, p. 48–54, 1997.
- HIRSCHMAN, Albert O. The Political Economy of Import-Substituting Industrialization in Latin America. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 82, n. 1, p. 1–32, 1968.
- HOBSEBAWM, Eric. **A era do capital - 1848-1875**. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- HOBSEBAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Movement of Technology. **Geo. Mason L. Rev.**, v. 19, p. 1119, 2011.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. **Texas Law Review**, v. 68, p. 105, 1989.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. Saint Paul: West Group, 2005.
- HOVENKAMP, Herbert. **Innovation and Competition Policy: Cases and Materials**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1936964>>. Acesso em: 27 ago. 2013.
- HOVENKAMP, Herbert. Technology, Politics, and Regulated Monopoly: An American Historical Perspective. **Texas Law Review**, v. 62, p. 1263, 1983.
- HUBRECHT, Hubert-Gérald. **Droit public économique**. Paris: Dalloz, 1997.
- IANNI, Octávio. **Estado e planejamento no Brasil (1930-1970)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Pesquisa de Inovação Tecnológica - PINTEC 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.
- INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS - IPT. **Linha do Tempo IPT**. Disponível em: <http://www.ipt.br/hotsites/linha_digital/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 25–40.
- JACOBS, Michael S. Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, An. **North Carolina Law Review**, v. 74, p. 219, 1995.
- JACQUEMIN, Alexis. Cooperative agreements in R&D and European antitrust policy. **European Economic Review**, v. 32, n. 2-3, p. 551–560, 1988.

- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EC Competition Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. Acceptable cooperation among competitors in the face of growing international competition. **Antitrust Law Journal**, p. 529–556, 1989.
- JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 75–96, 1990.
- JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology. **Antitrust Law Journal**, v. 61, p. 579, 1992.
- JORDE, T. M.; TEECE, D. J. Antitrust policy and innovation: taking account of performance competition and competitor cooperation. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, p. 118–144, 1991.
- JOSKOW, Paul L. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies. **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 18, n. 1, p. 95–116, 2002.
- KATTAN, Joseph. Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 61, p. 937, 1992.
- KATZ, Michael L. An Analysis of Cooperative Research and Development. **The RAND Journal of Economics**, v. 17, n. 4, p. 527–543, 1986.
- KATZ, MICHAEL L.; ORDOVER, JANUSZ A. R&D Cooperation and Competition. Disponível em: <http://www.brookings.edu/~media/projects/bpea/1990-micro/1990_bpeamicro_katz.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.
- KATZ, Ronald S. **Recent Cases Reveal Gaps in Draft Antitrust/IP Guidelines**. Findlaw. Disponível em: <<http://corporate.findlaw.com/business-operations/recent-cases-reveal-gaps-in-draft-antitrust-ip-guidelines.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- KECK, Otto. The National System for Technical Innovation in Germany. In: NELSON, Richard R. (Org.). **National innovation systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 115–157.
- KELLER, Matthew R.; BLOCK, Fred. Explaining the transformation in the US innovation system: the impact of a small government program. **Socio-Economic Review**, 2012.
- KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (Orgs.). **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19–73.
- KERBER, Wolfgang. Competition, Knowledge, and Institutions. **Journal of Economic Issues**, v. 2, p. 457–463, 2006.

- KHEMANI, R. Shyam. **Application of competition law: exemptions and exceptions**. Geneva: UNCTAD, 2002.
- KLINE, Stephen J.; ROSENBERG, Nathan. An overview of innovation. In: LANDAU, Ralph; ROSENBERG, Nathan (Orgs.). **The positive sum strategy: Harnessing technology for economic growth**. Washington: National Academy of Sciences, 1986, p. 640.
- KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy**. Chicago: University Of Chicago Press, 1997.
- KOMESAR, Neil K. **Law's Limits: Rule of Law and the Supply and Demand of Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- KON, Anita (Org.). **Planejamento no Brasil II**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. (Debates).
- KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000.
- KRONSTEIN, Heinrich; LEIGHTON, Gertrude. Cartel Control: A Record of Failure. **The Yale Law Journal**, v. 55, n. 2, p. 297, 1946.
- LAFFONT, Jean Jaques. Competition, Information and Development. In: **Annual World Bank Conference on Development Economics - 1998**. Washington: World Bank, 1999, p. 237–257.
- LALL, Sanjaya. Technology and industrial development in an era of globalization. In: CHANG, Ha-Joon (Org.). **Rethinking development economics**. London: Anthem Press, 2003, p. 277–298.
- LANDMAN, Lawrence B. Future Markets in European and American Law; Part III. **Journal of the Patent and Trademark Office Society**, v. 81, p. 838, 1999.
- LAWSON, Tony. The nature of heterodox economics. **Cambridge Journal of Economics**, v. 30, n. 4, p. 483–505, 2006.
- LEE, Cassey. Model competition laws. In: COOK, Paul; FABELLA, Raul; LEE, Cassey (Orgs.). **Competitive advantage and competition policy in developing countries**. Cheltenham: Edward Elgar, 2007, p. 29–53.
- LEITE, Marcio Junqueira. O contrato de transferência de tecnologia: natureza jurídica, características, aspectos regulatórios e jurisprudência. **Revista da ABPI**, n. 117, p. 53–68, 2012.
- LEMLEY, Mark A. Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations. **California Law Review**, v. 90, n. 6, p. 1889–1980, 2002.
- LEONHARDT, Holm Arno. **Zum Bedeutungswandel des Kartellbegriffs und zu seiner Anwendbarkeit auf nichtwirtschaftliche Kooperationsformen**. Hildesheim: Universität Hildesheim - Institut für Geschichte, 2009. (Diskussionsbeiträge zur Geschichte und Geschichtswissenschaft). Disponível em: <https://www.uni-hildesheim.de/media/fb1/geschichte/beitraege_diskussionspapiere/2009-10-05_Kartellbegriff.pdf>.

- LIBRARY OF CONGRESS. **Technical Reports and Standards - The Office of Scientific Research and Development (OSRD) Collection**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/rr/scitech/trs/trsosrd.html>>. Acesso em: 10 dez. 2014.
- LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**. Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06072011-094418/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- LINK, Albert N.; LINK, Jamie R. **Government as entrepreneur**. New York: Oxford University Press, 2009.
- LÜBBERS, Thorsten. Unternehmenskooperation auf dem Gebiet gewerblicher Schutzrechte in der chemischen, pharmazeutischen und elektrotechnischen Industrie, 1880–1914. **VSWG: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, v. 96, n. 2, p. 147–172, 2009.
- LUNDVALL, Bengt-Åke; JOHNSON, Björn; ANDERSEN, Esben Sloth; *et al.* National systems of production, innovation and competence building. **Research Policy**, v. 31, n. 2, p. 213–231, 2002.
- MANTZAVINOS, C.; NORTH, Douglass C.; SHARIQ, Syed. Learning, Institutions, and Economic Performance. **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 01, p. 75–84, 2004.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (Orgs.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.
- MARCOS, Francisco. **Do Developing Countries Need Competition Law and Policy?**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2006. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=930562>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- MARTINEK, Michael. Vertriebsrecht und vertikale Integration in der BGH-Rechtsprechung. In: HELDRICH, Andreas; HOPT, Klaus J (Orgs.). **Die Praxis des Bundesgerichtshofes im Deutschen Rechtsleben: Festgabe aus der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofes**. 1. ed. München: C.H. Beck, 2000, v. 2 - Band II, Handels- und Wirtschaftsrecht, europäisches und internationales Recht, p. 102–152.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de concentrações econômicas e países em desenvolvimento: a necessidade de uma análise de custo-benefício**. Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (Orgs.). **Concentração de**

- empresas no direito antitruste brasileiro.** São Paulo: Singular, 2011, p. 21–59.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Singular, 2013.
- MATTOS, César. Introdução. *In:* MATTOS, César (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos.** São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 19–28.
- MATTOS, Paulo Todescan L. Política industrial e política de defesa da concorrência: conflito ou convergência? **Revista Conjuntura Econômica-FGV/IBRE**, v. 1, 2009. Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/9b/PIndustrial.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2015.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O sistema jurídico-institucional de investimentos público-privados em inovação no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, v. n. 28, n. ano 7, p. 101–126, 2009.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ABDAL, Alexandre. Estados Unidos: mudanças jurídico-institucionais e inovação. *In:* ARBIX, Glauco; SALERNO, Mario Sergio; TOLEDO, Demétrio; *et al* (Orgs.). **Inovação: estratégias de sete países.** Brasília: ABDI, 2010, p. 92–121. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/ABDAL_estados_unidos_mudancas_juridicas.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2014.
- MAY, James. Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918. **Ohio State Law Journal**, v. 50, p. 257, 1989.
- MAZZUCATO, Mariana. **The entrepreneurial state: debunking public vs. private myths in innovation.** London: Anthem Press, 2013.
- MELLO, João Manuel Cardoso. **O capitalismo tardio.** 11. ed. Campinas: Editora Unesp, 2009.
- MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades.** Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2012.
- MENEGATTI, André Luís. Pools de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 1, p. p–16, 2013.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism.** 3. ed. Princeton: Princeton Univ. Press, 2006.
- MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World.** Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- MOKYR, Joel. The European Enlightenment, the Industrial Revolution, and modern economic growth. *In:* ZUMBANSEN, Peer; CALLIESS, Galf-Peter (Orgs.). **Law, Economics and Evolutionary Theory.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 33–53.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão. Advocacia da Concorrência em Atividades de Normalização no Brasil. **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**, p. 7, 2010.
- MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- MOURA E SILVA, Miguel. **Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2003.
- MOURÃO, Victor Luiz Alves. Variedades do Capitalismo, Sistemas de Inovação e a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil. **Ponto de Vista**, n. 9, 2011.
- MOWERY, David. The changing structure of the US national innovation system: implications for international conflict and cooperation in R&D policy. **Research Policy**, v. 27, n. 6, p. 639–654, 1998.
- MOWERY, David. The U.S. national innovation system: Origins and prospects for change. **Research Policy**, v. 21, n. 2, p. 125–144, 1992.
- MOWERY, David C.; ROSENBERG, Nathan. The U.S. National Innovation System. In: NELSON, Richard R. (Org.). **National innovation systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 29–74.
- NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST). **NTTAA**. Standards.gov. Disponível em: <<http://www.nist.gov/standardsgov/nttaa.cfm>>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- NATIONAL SCIENCE FOUNDATION. **Science and Engineering Indicators 2014**. Arlington: NSF, 2014. Disponível em: <<http://www.nsf.gov/statistics/seind14/index.cfm/chapter-4>>. Acesso em: 18 dez. 2014.
- NAYYAR, Deepak. **Catch Up: Developing Countries in the World Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- NELSON, Richard R. A retrospective. In: NELSON, Richard R. (Org.). **National innovation systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 505–522.
- NELSON, Richard R. (Org.). **National innovation systems: a comparative analysis**. New York: Oxford University Press, 1993.
- NELSON, Richard R. The changing institutional requirements for technological and economic catch up. **International Journal of Technological Learning, Innovation and Development**, v. 1, n. 1, p. 4–12, 2007.
- NELSON, Richard R.; NELSON, Katherine. Technology, institutions, and innovation systems. **Research Policy**, v. 31, n. 2, p. 265–272, 2002.
- NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. In search of useful theory of innovation. **Research Policy**, v. 6, n. 1, p. 36–76, 1977.
- NORDHAUS, William D. An Economic Theory of Technological Change. **The American Economic Review**, v. 59, n. 2, p. 18–28, 1969.

- NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, p. 359–368, 1994.
- NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.
- NORTH, Douglass C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- NORTH, Douglass C. Why Some Countries Are Rich and Some Are Poor. **Chicago-Kent Law Review**, v. 77, p. 319, 2001.
- NORTH, Douglass C.; WALLIS, John J. Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History: A Transaction Cost Approach. **JITE. Journal of institutional and theoretical economics**, v. 150, n. 4, p. 609, 1994.
- NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento econômico—Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11–24.
- NYE, John. Institutions and the institutional environment. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.). **New Institutional Economics: a Guidebook**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- OECD. **Manual de Frascati 2002**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264065611-pt>>. Acesso em: 5 set. 2014.
- OGUS, Anthony. Information, error costs and regulation. **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 4, p. 411–421, 1992.
- OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- OGUS, Anthony. The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 3, p. 419–434, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. Competition Policy in Developing Economies: The Case of Brazil. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 26, p. 619, 2005.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert D. Economists' View: The Department of Justice Draft Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property. **Antitrust**, v. 9, p. 29, 1994.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Application of Competition Policy to High Tech Markets**. Paris: OECD, 1997. (Policy Roundtables). Disponível em:

- <<http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Challenges / Obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition - Contribution from Brazil (CADE)**. Paris: OECD, 2004.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Competition Issues in Joint Ventures**. Paris: OECD, 2000. (Policy Roundtables). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/2379097.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform**. Paris: OECD, 2000.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Competition Policy, Industrial Policy and National Champions**. Paris: OECD, 2009. (Best Practice Roundtables on Competition Policy). Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/12/50/44548025.pdf>.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Dynamising National Innovation Systems**. Paris: OECD, 2002.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Intellectual Property Rights**. Paris: OECD, 2004. (Policy Roundtables). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/34306055.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Measuring R&D in Developing Countries - Annex to the Frascati Manual**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2012. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264199040-en>>. Acesso em: 5 set. 2014.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges**. Paris: OECD, 2004. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/48/12/24508541.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels**. Paris: OECD, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/recommendationconcerningeffectiveactionagainsthhardcorecartels.htm>>. Acesso em: 25 dez. 2013.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Resale Price Maintenance**. Paris: OECD, 1997. (Policy Roundtables). Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Standard Setting**. Paris: OECD, 2010. (Policy Roundtables). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/34306055.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD; WORLD BANK. **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**. Washington: World Bank, 1999. Disponível em: <<http://elibrary.worldbank.org/content/book/9780821342886>>.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID. **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2005**. Paris: OCDE, 2005.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - BID. **Lei e Política de Concorrência no Brasil - Uma revisão pelos pares - 2010**. Paris: OCDE, 2010.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE; EUROSTAT. **Manual de Oslo - Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica**. 2. ed. Brasília: FINEP - Financiadora de Estudos e Projetos, 2004.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC. **Informe (1999) del Grupo de Trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia al Consejo General**. Ginebra: OMC, 1999.
- OTT, Claus; SCHÄFER, Hans-Bernd. Negligence as untaken precaution, limited information, and efficient standard formation in the civil liability system. **International Review of Law and Economics**, v. 17, n. 1, p. 15–29, 1997.
- OXLEY, Joanne E. Appropriability Hazards and Governance in Strategic Alliances: A Transaction Cost Approach. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 13, n. 2, p. 387–409, 1997.
- OXLEY, Joanne E.; SILVERMAN, Brian S. Inter-firm alliances: a New Institutional Economics Approach. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel (Orgs.). **New Institutional Economics: a Guidebook**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. As exclusividades no direito da concorrência. In: ZANNOA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 101–125.
- PATEL, Parimal; PAVITT, Keith. National Innovation Systems: Why They Are Important, And How They Might Be Measured And Compared. **Economics of Innovation and New Technology**, v. 3, n. 1, p. 77–95, 1994.
- PELTZMAN, Sam. Antitrust Policy and Innovation: Taking Account of Performance Competition and Competitor Cooperation—Comment. **Journal of**

Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, v. 147, n. 1, p. 152–154, 1991.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial Brasileiro: categorias analíticas, jurisprudência e processo administrativo**. São Paulo: Saraiva, (no prelo). (Coleção Saraiva de Direito Econômico).

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Merger Control Under the New Brazilian Competition Law. **Antitrust Chronicle**, v. 11, 2011. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/merger-control-under-the-new-brazilian-competition-law>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

PERITZ, Rudolph J. Rule of Reason in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition, The. **Hastings Law Journal**, v. 40, p. 285, 1988.

PERITZ, Rudolph J. R. **Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law**. Revised edition. New York: Oxford University Press, 1995.

PHILLIPS, Charles F. Jr. Consent Decree in Antitrust Enforcement, The. **Washington and Lee Law Review**, v. 18, p. 39, 1961.

PIERSON, Paul. Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics. **The American Political Science Review**, v. 94, n. 2, p. 251–267, 2000.

PIRAINO, Thomas A. Jr. Beyond Per Se, Rule of Reason or Merger Analysis: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. **Minnesota Law Review**, v. 76, p. 1, 1991.

PIRAINO, Thomas A. Jr. Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. **William and Mary Law Review**, v. 35, p. 871, 1993.

PISTOR, Katharina. The standardization of law and its effect on developing economies. **The American Journal of Comparative Law**, v. 50, n. 1, p. 97–130, 2002.

PITOFISKY, Robert. Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, A. **Georgetown Law Journal**, v. 74, p. 1605, 1985.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time**. 2nd Beacon Paperback Edition. New York: Beacon Press, 2001.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines. **SSRN eLibrary**, 1990. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241431>. Acesso em: 8 fev. 2009.

POSSAS, Mario L. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 245–251.

POSSAS, Mario L. **Limites Normativos da análise econômica antitruste**. Rio de Janeiro: Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:

<<http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2014.

- POSSAS, Mario Luiz; BORGES, Heloisa. Competition Policy and Industrial Development. *In*: CIMOLI, Mario; DOSI, Giovanni; STIGLITZ, Joseph E. (Orgs.). **Industrial Policy and Development: The Political Economy of Capabilities Accumulation**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 447–469.
- PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. **Concorrência, ordem jurídica e a nova economia institucional: uma análise custo-transacional da formação da política econômica antitruste**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. O controle concorrencial preventivo de negócios jurídicos verticais: a experiência recente do Cade no controle estrutural de contratos de fornecimento. **Revista do IBRAC**, v. 19, p. 223 – 271, 2011.
- PRADO, Mariana; TREBILCOCK, Michael. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal**, v. 59, n. 3, p. 341–380, 2009.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Nova Política Industrial. 1998. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/fernando-henrique-cardoso/publicacoes-1/nova-politica-industrial-desenvolvimento-e-competitividade>>.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert; GORDILHO JR., Mario Sergio Rocha. Estruturação do setor de triagem de fusões e aquisições na nova Lei de Concorrência Brasileira. *In*: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva (Org.). **60 Desafios do Direito: economia, direito e desenvolvimento**. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2, p. 119–127.
- RESENDE, Antônio Vieira. **A política industrial do Plano Real**. Belo Horizonte: Cedeplar, Universidade Federal de Minas Gerais, 2000. (Textos para Discussão). Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/cdp/texdis/td130.html>>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade seguradora. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124–180.
- RODRIK, Dani. **Feasible Globalizations**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9129>>. Acesso em: 28 nov. 2014.
- RODRIK, Dani. **One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development. **Journal of Economic Growth**, v. 9, n. 2, p. 131–165, 2004.

- ROMER, Paul M. Endogenous Technological Change. **The Journal of Political Economy**, v. 98, n. 5, p. 71–102, 1990.
- ROMER, Paul M. The origins of endogenous growth. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 1, p. 3–22, 1994.
- ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. In: ZANNOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169–189.
- ROSENBERG, Barbara; BERARDO, Jose Carlos Mota. Brazil: Cartels and Leniency. **The Antitrust Review of the Americas**, p. 122–124, 2007.
- ROUSSEAU, Peter L.; SYLLA, Richard. Financial systems, economic growth, and globalization. In: BORDO, Michael D.; TAYLOR, Alan M.; WILLIAMSON, Jeffrey (Orgs.). **Globalization in historical perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 373–416. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c9594.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
- SABEL, Charles F. Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth. 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/KFDLP/Resources/461197-1134496659724/bootstrapping_deve_rough_send1.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2013.
- SABETY, Ted. Nanotechnology Innovation and the Patent Thicket: Which IP Policies Promote Growth. **Albany Law Journal of Science & Technology**, v. 15, p. 477, 2004.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos DIREITO GV**, v. 5, n. 2, p. 5–58, 2008.
- SALBU, Steven R.; BRAHM, Richard A. Strategic Considerations in Designing Joint Venture Contracts. **Columbia Business Law Review**, v. 1992, p. 253, 1992.
- SALGADO, Lucia H. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.
- SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2003. (Textos para Discussão). Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2859>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177–191.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- SAMUELSON, Paul A. A Theory of Induced Innovation along Kennedy-Weisäcker Lines. **The Review of Economics and Statistics**, v. 47, n. 4, p. 343–356, 1965.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. **Legal Rules and Standards**. Hamburg: University of Hamburg, 2002. (German Working Papers in Law and Economics). Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=999860>>. Acesso em: 25 nov. 2014.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital: Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?**. Hamburg: University of Hamburg, 2001. (German Working Papers in Law and Economics). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999863>. Acesso em: 18 nov. 2010.
- SCHANZE, Erich. Hare and Hedgehog Revisited: The Regulation of Markets That Have Escaped Regulated Markets. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, v. 151, n. 1, p. 162–176, 1995.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 341–352, 2011.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. **Política Industrial e Disciplina da Concorrência pós-Reformas de Mercado: uma avaliação institucional do ambiente de inovação tecnológica**. Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- SCHAPIRO, Mario Gomes; BACHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função, e o incrementalismo reformista do CADE. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). **Direito Concorrencial Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49–97.
- SCHEFFMAN, David; COATE, Malcolm; SILVIA, Louis. Twenty Years of Merger Guidelines Enforcement at the FTC: An Economic Perspective. **Antitrust Law Journal**, v. 71, p. 277, 2003.
- SCHERER, F. M. Schumpeter and Plausible Capitalism. **Journal of Economic Literature**, v. 30, n. 3, p. 1416–1433, 1992.
- SCHNEIDER, Ben Ross. **Hierarchical Capitalism in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- SCHNEIDER, Ben Ross. Hierarchical market economies and varieties of capitalism in Latin America. **Journal of Latin American Studies**, v. 41, n. 3, p. 553–575, 2009.
- SCHNEIDER, Ben Ross; SOSKICE, David. Inequality in developed countries and Latin America: coordinated, liberal and hierarchical systems. **Economy and Society**, v. 38, n. 1, p. 17–52, 2009.
- SCHRÖTER, H. G. Kartellierung und Dekartellierung 1890 — 1990. **VSWG: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte**, v. 81, n. 4, p. 457–493, 1994.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio, 2008. (Texto para Discussão). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>>. Acesso em: 8 jan. 2015.
- SCHUMPETER, Joseph. **Teoria do desenvolvimento econômico : uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SCHUMPETER, Joseph. **The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1934.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Abington: Routledge, 2010.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1912.
- SCHWIEBACHER, Franz. **Complementary assets, patent thickets and hold-up threats: Do transaction costs undermine investments in innovation?**. Mannheim: ZEW Discussion Papers, 2012. Disponível em: <<http://www.econstor.eu/handle/10419/56032>>. Acesso em: 28 set. 2014.
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.
- SEN, Amartya. Description as choice. **Oxford Economic Papers**, v. 32, p. 353–363, 1980.
- SEN, Amartya. Development: Which Way Now? **The Economic Journal**, v. 93, n. 372, p. 745–762, 1983.
- SHAPIRO, Carl. **Competition policy and innovation**. Paris: OECD, 2002. (STI Working Papers).
- SHAPIRO, Carl. **Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting**. Cambridge, MA: NBER, 2001. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c10778>>.
- SHAPIRO, Carl; WILLIG, Robert D. On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 113–130, 1990.

- SHAVELL, S. Optimal Structure of Law Enforcement, The. **Journal of Law and Economics**, v. 36, p. 255, 1993.
- SILVA, Denise Freitas. **Pools de patentes: impactos no interesse público e interface com problemas de qualidade do sistema de patentes**. Tese de Doutorado, Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/Denise_Freitas_Silva.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2014.
- SINGH, A. Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions. 2002. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/gdsmdpb2418_en.pdf>.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues; Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 2v.
- SOETE, L. From industrial to innovation policy. **Journal of industry, competition and trade**, v. 7, n. 3, p. 273–284, 2007.
- SOLOW, Robert M. Growth Theory and After. **The American Economic Review**, v. 78, n. 3, p. 307–317, 1988.
- SOLOW, Robert M. Perspectives on Growth Theory. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 1, p. 45–54, 1994.
- SOLOW, Robert M. Technical change and the aggregate production function. **The Review of Economics and Statistics**, v. 39, n. 3, p. 312–320, 1957.
- STIGLER, George J. The Optimum Enforcement of Laws. **The Journal of Political Economy**, p. 526–536, 1970.
- STIGLITZ, J. Scan Globally, Reinvent Locally: Knowledge Infrastructure and the Localization of Knowledge. In: STONE, D (Org.). **Banking on Knowledge: the Genesis of the Global Development Network**. London: Routledge, 2000, p. 24–43.
- SULLIVAN, E. Thomas. Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century, The. **Minnesota Intellectual Property Review**, v. 1, p. [iii], 2000.
- SUZUMURA, Kotaro; GOTO, Akira. Collaborative R&D and Competition Policy: Economic Analysis in the light of Japanese experience. In: COMANOR, William S.; GOTO, Akira; WAVERMAN, Leonard (Orgs.). **Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Co-operation**. London: Routledge, 2005, p. 174–196.
- TASSEY, Gregory. Standardization in technology-based markets. **Research Policy**, v. 29, n. 4–5, p. 587–602, 2000.
- TATE, Jay. National varieties of standardization. In: HALL, P. A.; SOSKICE, D. W. (Orgs.). **Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 441–472.
- TEECE, David J. Competition, cooperation, and innovation: Organizational arrangements for regimes of rapid technological progress. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 18, n. 1, p. 1–25, 1992.

- THORNBERRY, Jon B. Competition and Cooperation: A Comparative Analysis of SEMATECH and the VLSI Research Project. **Enterprise and Society**, v. 3, n. 4, p. 657–686, 2002.
- TIMM, Luciano Benetti; RODRIGUES, Marcelo Gonçalves. Os conflitos nas joint ventures e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 6, n. 21, p. 64–83, 2009.
- TOYE, John. Changing perspectives in development economics. *In*: CHANG, Ha-Joon (Org.). **Rethinking development economics**. London: Anthem Press, 2003, p. 21–40.
- TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. **Advanced Introduction to Law and Development**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.
- TREBILCOCK, Michael J.; PRADO, Mariana Mota. **What makes poor countries poor?: institutional determinants of development**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.
- TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction. *In*: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro (Orgs.). **The new law and economic development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TSEBELIS, George. The Abuse of Probability In Political Analysis: The Robinson Crusoe Fallacy. **The American Political Science Review**, v. 83, n. 1, p. 77–91, 1989.
- TURNER, James. The next innovation revolution: laying the groundwork for the United States. **innovations**, v. 1, n. 2, p. 123–144, 2006.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT - UNCTAD. **Competition policy and the exercise of intellectual property rights**. Geneva: UNCTAD, 2008.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust guide concerning research joint ventures**. Washington: U.S. G.P.O., 1980.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department Implements New Notice Provisions of the National Cooperative Production Amendments of 1993**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1993/211623.htm>. Acesso em: 17 dez. 2014.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Justice Department implements the Standards Development Organization Advancement Act of 2004**. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2004/204345.htm>. Acesso em: 7 maio 2012.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Response to Trustees of Columbia University, Fujitsu Limited, General Instrument Corp., Lucent Technologies Inc., Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., Mitsubishi Electric Corp., Philips Electronics N.V., Scientific-Atlanta, Inc., and Sony Corp., Cable Television Laboratories, Inc., MPEG LA, L.L.C. Request for Business Review Letter**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/215742.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition**. Washington: DOJ/FTC, 2007. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.htm>>. Acesso em: 12 set. 2014.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2013.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Horizontal Merger Guidelines. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>>. Acesso em: 12 set. 2014.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Horizontal Merger Guidelines. 1992. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2014.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care. 1996. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2013.
- U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **National Cooperative Production Amendments of 1993: hearing before the Subcommittee on Economic and Commercial Law of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, One Hundred Third Congress, first session on H.R. 1313**. Washington: U.S. G.P.O., 1993.
- U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Standards Development Organization Advancement Act of 2003 - Report 108-125**. Washington: U.S. G.P.O., 2003.
- U.S. SENATE. **The National Productivity and Innovation Act and related legislation : hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-eighth Congress**. Washington: U.S. G.P.O., 1984.
- VELOSO FILHO, Francisco de Assis; NOGUEIRA, Jorge Madeira. O sistema nacional de desenvolvimento científico e tecnológico e a promoção econômica de regiões e localidades no Brasil. **Estudos Geográficos (UNESP)**, v. 4, n. 2, p. 1–15, 2006.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil**. edição fac-similar da de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- VERSPAGEN, Bart. Innovation and Economic Growth. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Innovation**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 487–513.

- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph E; VERNON, John M. **Economics of Regulation and Antitrust**. 4th. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121–140, 2009.
- WARNER, Mark A. A.; RUGMAN, Alan M. Recent U.S. Protectionist R & (and) D Policies: Are Canadian Multinational Exempted? **Canadian Business Law Journal**, v. 23, p. 395, 1994.
- WELLS, Wyatt C. **Antitrust and the Formation of the Postwar World**. New York: Columbia University Press, 2002.
- WERDEN, Gregory J. Antitrust Analysis of Joint Ventures - An Overview. **Antitrust Law Journal**, v. 66, p. 701, 1997.
- WHISH, Richard. **Competition law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- WILLIAMSON, J. A short history of the Washington Consensus. **The Washington Consensus reconsidered: towards a new global governance**, p. 14, 2008.
- WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. **The American Economic Review**, v. 63, n. 2, p. 316–325, 1973.
- WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985.
- WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- WILLIAMSON, Oliver E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, n. 3, p. 595–613, 2000.
- WINTER, Sidney G.; NELSON, Richard R. **An Evolutionary Theory of Economic Change**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.
- WINTER, Sidney G.; NELSON, Richard R. **Uma teoria evolucionária da mudança econômica**. Campinas: Editora Unicamp, 2005.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. São Paulo: Campus, 2005.
- CADE brings clarity to “associative contracts”, but questions remain**. GCR - Global Competition Review. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/rss/news/article/37182/>>. Acesso em: 22 jan. 2015.
- Cade dá aval a consultas prévias de companhias. **Valor Econômico**, 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3762836/cade-da-aval-consultas-previas-de-companhias>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- Cartel. *In*: **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2012.
- Fatia privada no investimento em inovação não cresce desde 2000. **Valor Econômico**, 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3543822/fatia-privada-no-investimento-em-inovacao-nao-cresce-desde-2000#ixzz31VyhNsTh>>. Acesso em: 12 maio 2014.

Justice Department Approves Joint Licensing of Patents Essential for Making DVD-Video and DVD-Rom Discs and Players. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1998/2120.htm>. Acesso em: 18 dez. 2014.

Justice Department Approves Joint Licensing of Patents Essential for Making DVD-Video and DVD-ROM Discs Players. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1999/214414.htm>. Acesso em: 18 dez. 2014.

Para analistas, inovação segue em passo lento. **Valor Econômico**, 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/865871/para-analistas-inovacao-segue-em-passo-lento>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Press release - A Comissão reforma as regras de concorrência relativas à COOPERAÇÃO entre EMPRESAS. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1376_pt.htm>. Acesso em: 2 jan. 2015.

Remediabilidade. *In: Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2012.

Se me permite, espero, agora, sua opinião, mesma, do senhor, sobre tanto assunto. Solicito os reparos que se digne dar-me, a mim, servo do senhor, recente amigo, mas companheiro no amor da ciência, de seus transviados acertos e de seus esbarros titubeados. Sim?

Guimarães Rosa, *O espelho*

plcasagrande@usp.br