

**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS**



UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PABLO GEORGES CÍCERO FRAGA LEURQUIN

**PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO DA CONCORRÊNCIA E
DIÁLOGO COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

Belo Horizonte

2018

PABLO GEORGES CÍCERO FRAGA LEURQUIN

PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO DA CONCORRÊNCIA E
DIÁLOGO COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Tese de doutorado apresentada por PABLO GEORGES CÍCERO FRAGA LEURQUIN ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e à *École Doctorale de Droit de la Sorbonne de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, em cotutela, sob orientação do Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara e da Profa. Dra. Catherine Prieto [Pesquisa com financiamento do *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* (CNPQ) e da *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (CAPES)].

Belo Horizonte

2018

L653p Leurquin, Pablo Georges Cícero Fraga
Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e
diálogo com o Direito da União Europeia = [Protection de l'innovation
par le Droit brésilien de la concurrence et dialogue avec le Droit de
l'Union européenne] / Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin.– 2018.

Orientadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Catherine Prieto.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École
Doctorale de Droit de la Sorbonne.

1. Direito – Teses 2. Direito econômico 3. Direito da concorrência
4. Propriedade intelectual 5. Indústria de alta tecnologia I. Título

CDU 34:33

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Tese intitulada “Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia”, de autoria do doutorando Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, avaliada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (UFMG) - Orientador

Profa. Dra. Catherine Prieto (Université Paris1 Panthéon-Sorbonne) - Orientadora

Prof. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi (UFMG)

Profa. Dra. Maria Isabel Viana de Oliveira Vaz (CEDIN)

Profa. Dra. Anne-Sophie Choné (Université Paris Nanterre)

Prof. Dr. Tristan Azzi (Université Paris1 Panthéon-Sorbonne)

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos professores Catherine Prieto e Fabiano Teodoro de Rezende Lara, pela atenção e prontidão em me orientar na desafiadora tarefa de realizar uma tese em cotutela entre a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

À professora Misabel de Abreu Machado Derzi, pela disponibilidade e pelas essenciais contribuições acadêmicas, que me permitiram estabelecer novos diálogos com o Direito Público brasileiro. Ao professor Fabrício Bertini Pasquot Polido, do qual fui estagiário docente, por ter me influenciado no aprofundamento das reflexões em Direito Internacional.

Ao professor Leandro Novais e Silva, do qual também fui estagiário docente, pelos debates constantes sobre as minhas pesquisas, desde que cheguei à UFMG para cursar o Mestrado. Ao professor Florivaldo Dutra de Araújo, pelas preciosas aulas de Direito Administrativo, fundamentais no meu percurso acadêmico. Aos professores Márcia Siqueira Rapini e Alexandre Mendes Cunha, pelas aulas de Economia da Inovação e sobre Celso Furtado, no CEPDEPLAR/UFMG, as quais trouxeram grande contribuição para a minha formação. Ao professor Didier Boden, pelo apoio e incentivo desde o início do Doutorado.

Aos meus amigos da representação discente no Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Lucas Anjos, Pâmela Côrtes e Victor Boson, por renovar minhas esperanças no ensino público e de qualidade no Brasil. Aos meus queridos amigos Gabriel Lago, Paulo César de Oliveira, Mariana Avelar, Luiz Felipe Seixas, Marlus Alves, Afonso Belarmino e Igor Moraes, pela amizade e pelo suporte sempre dedicados.

Aos meus amigos, Raoni Bielschowsky, Marcelo Giacomini, João Paulo Araújo, Felipe Castro e Maria Clara Santos, com quem compartilhei os desafios e as alegrias do cotidiano em Belo Horizonte, bem como pelos verdadeiros laços fraternais estabelecidos.

Àqueles que considero, com muito carinho, minha família mineira, Pedro Lima, Gláucia Delboni, Tayara Lemos, Fábio Queiroz, Guilherme Deckers, Pedro Nicoli, Marcelo Ramos e Isaac Netto, por tudo o que vivenciamos.

Aos meus familiares e demais amigos que estiveram presentes ao longo da minha trajetória no Doutorado, seja em Natal, Belo Horizonte, Fortaleza ou Paris. À Fatiha Parahyba pelo zelo e prontidão na correção do texto final em francês.

Por fim, ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e à Fundação CAPES, do Ministério da Educação, por financiar minhas pesquisas.

Aos meus pais e à minha irmã,
Por seu amor e sua confiança.

É velho lugar-comum, muitas vezes esquecido, afirmar que a economia existe para o homem, não o homem para a economia. Sempre pensei como cidadão de meu país e membro da humanidade, logo, como político. Se procurei estudar economia foi na busca de instrumentos que pudessem ajudar a organizar o mundo, e organizar o mundo é construir a justiça.

Celso FURTADO, *Análise do modelo brasileiro*, 1975.

Comment n'y aurait-il pas des politiques de la concurrence alors que les analyses économiques ne sont pas toujours identiques et qu'elles changent avec le temps? Un droit de la concurrence « pur » dont le fonctionnement reposerait sur une pure logique juridique ou économique est utopique.

Gérard FARJAT, *Pour un droit économique*, 2004.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

AAI –	Autoridade Administrativa Independente
ABIA –	Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS
AC –	Ato de Concentração
ACC –	Acordos em Controle de Concentração
AIM –	Autorização de Introdução no Mercado
AMBEV –	Companhia de Bebidas da América
ANAC –	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL –	Agência Nacional de Telecomunicações
ANC –	Autoridades Nacionais da Concorrência
ANEEL –	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANFAPE –	Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças
ANP –	Agência Nacional do Petróleo
ANVISA –	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARENA –	Aliança Renovadora Nacional
CADE –	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCP –	Certificado Complementar de Proteção
CDC –	Código de Defesa do Consumidor
CEME –	Central de Medicamentos
CEPAL –	Comissão Econômica para a América Latina
CIP –	Conselho Interministerial de Preços
CODETEC –	Companhia de Desenvolvimento Tecnológico
CONATRAN –	Conselho Nacional de Trânsito
CONEP –	Comissão Nacional para Estabilização de Preços
CPI –	Comissão Parlamentar de Inquérito
DEE –	Departamento de Estudos Econômicos
DENATRAN –	Departamento Nacional de Trânsito
DGPI –	Diretoria-Geral da Propriedade Industrial
DNPI –	Diretoria Nacional da Propriedade Industrial
DOJ –	<i>Department of Justice</i>
EMR –	Direitos de Exclusividade na Comercialização (<i>Exclusive Marketi. Rights</i>)
ETSI –	<i>European Telecommunication Standards Institute</i>

FIAPs –	Fabricantes Independentes de Autopeças
ICT –	Instituição de Ciência e Tecnologia
INMETRO –	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
INPI –	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IPES –	Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais
IPI –	Imposto sobre produto Industrializado
LPI –	Lei de Propriedade Industrial
NIT –	Núcleo de Inovação Tecnológica
OEA –	Organização dos Estados Americanos
OMC –	Organização Mundial do Comércio
OMPI –	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS –	Organização Mundial da Saúde
ONUDI –	Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial
MCTI –	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação
MDB –	Movimento Democrático Brasileiro
PAC –	Programa de Aceleração do Crescimento
PACTI –	Plano de Aceleração do Crescimento da Ciência e Tecnologia e Inovação
PCB –	Partido Comunista Brasileiro
PCdoB –	Partido Comunista do Brasil
PDP –	Política de Desenvolvimento Produtivo
PDV –	Pontos de Venda
PEN –	Patente Essencial à Norma
PMA –	Países Menos Avançados
PMDB –	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PND –	Programa Nacional de Desenvolvimento
PT –	Partido dos Trabalhadores
PTICE –	Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior
REC –	Rede Europeia da Concorrência
SBDC –	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE –	Secretaria de Direito Econômico
SEAE –	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG –	Superintendência Geral do CADE

SINDICERV –	Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja
SINDIMIVA –	Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG
SUNAB –	Superintendência Nacional de Abastecimento
STJ –	Superior Tribunal de Justiça
TADE –	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TCD –	Termo de Compromisso de Desempenho
TRIPS –	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>)
UNCTAD –	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>)
UNESCO –	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>)
ZFM –	Zona Franca de Manaus

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	10
INTRODUÇÃO.....	12
§1 Direito, inovação e desigualdade social: interpretação a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	16
§2 Direito Brasileiro da Concorrência no contexto de superdominância na indústria de alta tecnologia	20
§3 Diálogos com a experiência europeia.....	26
§4 Delimitação do objeto de estudo.....	30

PRIMEIRA PARTE

INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

CAPÍTULO 1. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL	37
1.1 Dependência tecnológica enquanto herança do subdesenvolvimento econômico.....	38
1.2 Desdobramentos do Direito Internacional da Propriedade Intelectual no Brasil.....	63
CAPÍTULO 2. COMPETÊNCIA DO CADE PARA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO.....	82
2.1 Trajetória do Direito Brasileiro da Concorrência	83
2.2 Possibilidades de proteção da inovação pelo CADE	104
CAPÍTULO 3. DECISÕES DO CADE SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	119
3.1 Controle de estruturas acerca de direitos de propriedade intelectual.....	120
3.2 Controle de condutas referentes aos direitos de propriedade intelectual	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PRIMEIRA PARTE.....	163

SEGUNDA PARTE

PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

CAPÍTULO 4. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DOS ACORDOS.....	167
4.1 Metodologia geral dos acordos	168
4.2 Acordos previstos em regulamento de isenção por categoria.....	186
4.3 Acordos de normalização	200

CAPÍTULO 5. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DAS PRÁTICAS UNILATERAIS.....	208
5.1 Recusa de contratação enquanto entrave à interoperabilidade	209
5.2 Extensão da posição dominante a um mercado conexo	221
5.3 Descontos de fidelização para prolongar o monopólio	237
CAPÍTULO 6. PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO PELA IDENTIFICAÇÃO DE ABUSOS ATÍPICOS.....	248
6.1 Instrumentalização das regras de direitos de propriedade intelectual	249
6.2 Negociação abusiva de licenças FRAND.....	257
6.3 Depreciação dos concorrentes	266
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA SEGUNDA PARTE.....	273

TERCEIRA PARTE

POR UM DIREITO BRASILEIRO DA CONCORRÊNCIA QUE PROTEJA A INOVAÇÃO

CAPÍTULO 7. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO CADE	278
7.1 Concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico.....	279
7.2. Obtenção dos lucros da inovação e concorrência: perspectiva microeconômica	289
CAPÍTULO 8. CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA	302
8.1 Manutenção dos estímulos à inovação	303
8.2 Utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.....	318
CAPÍTULO 9. DESAFIOS DO CADE NA REGULAÇÃO DA INOVAÇÃO.....	330
9.1 Desafios semânticos da noção de regulação da inovação pelo CADE	331
9.2 Desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE	349
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA TERCEIRA PARTE.....	364
CONCLUSÃO	365
REFERÊNCIAS	375
SUMÁRIO EXPANDIDO	424

INTRODUÇÃO

A difusão da sociedade industrial pelo mundo, especialmente com o aprofundamento da globalização vivenciado nas últimas décadas, colocou o acesso à inovação no centro das políticas de desenvolvimento econômico. Conforme aduz Celso Furtado, o desenvolvimento econômico é o processo de modificações no sistema de produção e nas estruturas sociais, os quais são apoiados na acumulação¹. Sobretudo em países com heranças do subdesenvolvimento, parte-se da compreensão de que esse percurso deve ser orientado pela inclusão das parcelas excluídas na vida econômica. A inovação coloca-se, nesse contexto, como um importante elemento capaz de conduzir a acumulação à promoção do desenvolvimento econômico².

Nos documentos internacionais, costuma-se utilizar o termo “países em desenvolvimento”, “países menos avançados” ou “países de menor desenvolvimento relativo” para se referir àquelas economias que não são desenvolvidas. Esses termos serão utilizados ao longo do trabalho para fazer referências às categorias dispostas em normas internacionais. No entanto, é importante ressaltar que a utilização dessas expressões pode dar a falsa impressão de que “estar em desenvolvimento” seria um estágio que leva obrigatoriamente à condição de desenvolvido. Para evitar esse equívoco, propõe-se a utilização da expressão “países com heranças do subdesenvolvimento”. Esse termo também permite se afastar da oposição clássica entre economias de “centro” e de “periferia”, a qual não permite compreender com precisão a realidade contemporânea.

Pode-se afirmar que, após a Revolução Industrial, houve uma reconfiguração progressiva do processo de inovação. Em síntese, a pesquisa científica passou a ser cada vez mais posta a serviço da invenção técnica, conduzindo à substituição da figura clássica do inventor pelos centros de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Esse fenômeno contribuiu para a concentração das revoluções tecnológicas em países de economias centrais, as quais remodelam o Capitalismo global, influenciando sobremaneira os países com heranças do

¹ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial* (1978). São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 73.

² No sentido econômico, uma inovação só é completada quando existe transação comercial do novo produto, processo ou artefato. Esse conceito se difere da invenção, que é uma ideia, esboço ou modelo de um novo ou melhorado artefato, produto ou sistema. Portanto, não há o requisito de transação comercial na noção de invenção. FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A economia da inovação industrial*. Campinas: Unicamp, 2008, p. 26.

subdesenvolvimento³. Ressalta-se que essa influência entre os países é aprofundada com a difusão dos padrões de consumo e a universalização da demanda de determinados produtos.

Esse quadro fático robustece a importância do acesso a essas tecnologias desenvolvidas nos países líderes tecnológicos. Além disso, reforça-se a necessidade da compreensão da articulação entre revoluções tecnológicas e globalização. Desta forma, entende-se que a relação entre esses dois temas deve ocorrer a partir do conceito de Sistema Nacional de Inovação (SNI). Esta noção, em uma perspectiva ampla, significa a rede de instituições de atores do setor público e privado, a qual interage no sentido de promover, importar, modificar e difundir novas tecnologias em um determinado país ou região. Portanto, a capacidade inovadora de um país é determinada pela relação entre atores econômicos, políticos e sociais, que reflete condições culturais e institucionais próprias⁴.

Sendo assim, percebe-se que a ideia de um SNI, como ferramenta analítica, não deve ser vislumbrada enquanto oposição ao fenômeno da globalização⁵. Daí, faz-se necessário elucidar que a associação da globalização econômica a imagens de um mundo sem fronteiras, no qual vigora um sistema internacional autônomo e socialmente sem raízes, não condiz com as experiências vivenciadas em boa parte de países com heranças do subdesenvolvimento.

Portanto, pode-se asseverar que o Brasil é uma possível representação da incoerência dessa narrativa, que é comum em diversos outros países da América Latina. A hegemonia do pensamento neoliberal na condução da política econômica, sobretudo ao longo da década de 1990, somou-se à versão simplista da globalização, a qual sustentava que o mundo globalizado traria naturalmente consigo a tecnologia necessária à modernização. Entretanto, percebe-se que os desdobramentos desse fenômeno foram em outro sentido, conforme sustentam José Cassiolato e Helena Lastres⁶. Esses autores indicam que o resultado dessa conjunção teórico-política foi a desindustrialização e desnacionalização da estrutura

³ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta. Dinâmica das Revoluções Tecnológicas: Mudança técnica, dinâmica industrial e transformações do capitalismo. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves, ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 452.

⁴ SZAPIRO, Marina; MATTOS, Marcelo; CASSIOLATO, José E. Sistemas de Inovação e Desenvolvimento. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves, ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 384.

⁵ Cumpre frisar que a Emenda Constitucional n. 85/2015 alterou o texto constitucional acrescentando, entre outros dispositivos, o art. 219-B, o qual dispõe que: “O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”.

⁶ CASSIOLATO, José E; LASTRES, Helena M. M. Celso Furtado e os dilemas da indústria e inovação no Brasil. *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 10, n. 17, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, jul./dez. 2015, p. 192 e s.

produtiva, principalmente nas indústrias de alta tecnologia⁷. A instalação de filiais de empresas transnacionais no Brasil cumpriu papel primordial nesse contexto, visto que suas atividades tecnológicas se resumem a adaptações e melhorias de produtos e processos já existentes. Inferiu-se, ainda, que a internacionalização da estrutura brasileira representou um empecilho ao desenvolvimento tecnológico e inovativo local, uma vez que essas empresas têm altos índices de importação de insumos.

Por essas razões, compreende-se a globalização como um aprofundamento das relações entre países, o qual se viabiliza por intermédio da difusão das tecnologias de informação e comunicação. Esse processo tem desdobramentos significativos, em escala mundial, na organização e distribuição da produção. Entretanto, o aspecto geográfico da geração, assimilação e difusão da inovação ainda é elemento fundamental na economia contemporânea. Assim, a intensificação da globalização qualifica a ideia de SNI, mas não a invalida⁸.

A noção de *catch-up* se insere no contexto descrito acima, já que significa a apropriação de conhecimentos já consolidados pelos líderes tecnológicos, a qual é considerada fundamental no desenvolvimento dos países com heranças do subdesenvolvimento⁹. Esse processo demanda destes países uma complexa “sinergia” entre o Estado e a iniciativa privada. Portanto, a necessidade de harmonização entre as políticas públicas conducentes à inovação é um dos principais desafios para a consolidação de um processo contínuo de desenvolvimento econômico. Por essa razão, o Direito, a interação entre as diferentes instituições e as suas relações com diferentes políticas públicas são temáticas centrais no debate público brasileiro.

A presente pesquisa não tem como objetivo exaurir as possibilidades de políticas de desenvolvimento e suas múltiplas relações com os diferentes ramos do Direito. Essa seria uma investigação que exigiria um conjunto de argumentos e construções teóricas que vão além da pretensão desse trabalho. A presente tese tem escopo mais reduzido, na medida em que se

⁷ A definição de alta tecnologia está vinculada ao grau de investimento em P&D, que é bem maior que a média em outros setores, e sua relevância para a economia reside na potencialidade de capacitação tecnológica do setor industrial. Nesse grupo, estão as indústrias aeroespaciais, farmacêuticas, de equipamentos eletrônicos e de comunicação, por exemplo. RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014, p. 414.

⁸ SZAPIRO, Marina; MATTOS, Marcelo; CASSIOLATO, José E. Sistemas de Inovação e Desenvolvimento. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves, ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 381.

⁹ A análise histórica e econômica das estratégias de *catch-up* em países desenvolvidos permitiu Ha-Joon Chang concluir que uma série de argumentos ortodoxos difundidos por essas nações, atualmente, não foi utilizada por elas mesmas ao longo de suas trajetórias. Ver CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 38 e s.

pretende analisar as contribuições do Direito da Concorrência para a consolidação de estruturas econômicas mais conducentes ao processo contínuo de inovação.

Diante disso, compreende-se que a aplicação do Direito da Concorrência revela uma série de disputas teóricas, ideológicas e de compreensão da relação entre Estado e poder econômico. Cumpre destacar que o constituinte brasileiro previu que o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à dominação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” será reprimido por lei específica (art. 173, §4º). Contudo, algumas fontes de tensão na aplicação do Direito da Concorrência merecem ser expostas. Em primeiro lugar, a legislação utiliza-se de conceitos abertos para nortear a aplicação de suas normas. Assim, existe um problema de segurança e de previsibilidade jurídica. Em segundo lugar, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia responsável pela defesa da concorrência, possui determinada autonomia, mas suas decisões têm relação direta não só com a política econômica, industrial, como também com a de inovação, estabelecidas pelo Governo Federal. Entretanto, não existe um grau suficiente de coordenação entre a ação do CADE e as ditas políticas públicas. Em terceiro lugar, diversas teorias estrangeiras são aplicadas na realidade brasileira, muitas vezes sem a devida contextualização.

Essas peculiaridades agravam-se ao se investigar a relação entre Direito da Concorrência e inovação, mormente pela necessidade de se elucidar a sua interface com os direitos de propriedade intelectual. Estes direitos são comumente considerados como uma das técnicas jurídicas mais eficazes para incentivar o processo contínuo de inovação, reforçando-se uma questionável hegemonia no que diz respeito à proteção, quase que absoluta, da exclusividade decorrente da referida tutela jurídica. Somado a isso, é comum construir as interfaces entre esses ramos do Direito a partir das ideias abstratas, e muitas vezes simplificadas, de complementariedade ou oposição. Compreende-se, todavia, que essas interpretações costumam não responder às complexas necessidades econômicas e jurídicas do Brasil do século XXI.

Diante disso, o presente estudo propõe uma convergência entre esses variados ramos do Direito a partir da ideologia constitucionalmente adotada, ou seja, a partir dos princípios, parâmetros e fundamentos que viabilizam a interpretação das normas constitucionais¹⁰. Contudo, o objeto de estudo em questão exige que essa perspectiva se some à “análise substancial”, tal como sugere Gérard Farjat. O autor entende que o jurista não deve se limitar

¹⁰ Ver SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 232 e s. Ver também CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes. A Constituição Econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 71, jul./dez. 2017, p. 677-799.

a uma interpretação puramente dogmática, mais deve analisar de forma crítica os efeitos produzidos pelo direito. O objetivo é confrontar o mundo do *ser* e do *dever-ser*, com intuito de revelar as divergências e contraposições entre os fatos e o Direito¹¹.

Emerge dessas constatações a necessidade de se identificar a natureza interdisciplinar do presente estudo, envolvendo principalmente o Direito e determinadas teorias econômicas contemporâneas, sobretudo aquelas derivadas da Economia Industrial. Além disso, a investigação da evolução da estrutura da concentração do poder no Brasil aproxima esse trabalho da hipótese neoestruturalista¹². Em outros termos, deduz-se que o comportamento econômico é definido pelas formas de distribuição de poder e renda, as quais só podem ser apreendidas por uma análise histórico-cultural. Por essa razão, em determinados momentos do estudo optou-se por realizar resgates históricos e articulá-los, quando necessário, a aspectos políticos e culturais da época em evidência.

Essa primeira delimitação teórica permite estabelecer três grandes premissas desse trabalho: necessidade do reforço do pacto jurídico-político da Constituição da República de 1988 (§1); emergência de uma atuação renovada da autoridade concorrencial brasileira (§2); e possibilidade de maior diálogo com a experiência europeia (§3). A partir dessas premissas, pode-se definir com precisão o objeto da presente tese (§4).

§1 Direito, inovação e desigualdade social: interpretação a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O Estado brasileiro, sob a égide do pacto jurídico-político da Constituição de 1988, possui papel central na condução à superação das heranças do subdesenvolvimento. Nesse sentido, as normas jurídicas que instrumentalizam a política econômica – o Direito Econômico¹³ –, oferecem técnicas para a organização do processo econômico capitalista¹⁴. Ademais, esse ramo do Direito também pode ser compreendido como instrumento de influência e transformação da economia, vinculando-se a objetivos sociais ou coletivos

¹¹ FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 108.

¹² Ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *A legal theory of economic power: implication for social and economic development*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 109 e s.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico (1965). In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 462 e s.

¹⁴ Para uma interpretação sobre a relação entre direito e desenvolvimento, ver LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, Desenvolvimento e a Propriedade intelectual*. São Paulo: Editorama, 2010, p. 14 e s.

constitucionalmente definidos¹⁵. Nesse contexto, destaca-se que o art. 3º da Constituição estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses objetivos devem ser compreendidos como as bases do projeto nacional de desenvolvimento. A existência do referido artigo contribui para a qualificação da Constituição de 1988 enquanto “Constituição dirigente”, conforme aduz Gilberto Bercovici. Compreende-se, portanto, que o art. 3º é um instrumento normativo que transformou finalidades sociais e econômicas em jurídicas, garantindo a unidade teleológica do desenvolvimento brasileiro e de todo o ordenamento constitucional¹⁶.

O art. 170, por sua vez, estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Outrossim, estabelece os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdade regionais e sociais; VIII – busca de pleno emprego; e IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte¹⁷. Infere-se que essas normas devem ser interpretadas alicerçadas no princípio da unidade da Constituição. Em outros termos, eventuais tensões entre normas constitucionais devem ser harmonizadas, visto que a busca pelo equilíbrio dentro do sistema constitucional é primordial para que seus preceitos tenham efetividade¹⁸.

Ainda sobre a ideologia constitucionalmente adotada, importa destacar que a Emenda Constitucional n. 85, de 2015, foi responsável por uma série de alterações no texto da Constituição. Essa alteração constitucional permitiu ressignificar a relevância da inovação para o desenvolvimento econômico do país, pois a inovação passou a ser considerada como um valor cujo Estado tem obrigação de promover e incentivar. Além disso, ficou estabelecido

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. Comentário – O Direito como instrumento da política econômica, *Revista dos Tribunais*, v. 923, set. 2012, p. 4.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, jan./dez. 2010, p. 399 e s.

¹⁷ Para uma análise da tutela constitucional do direito de propriedade, ver VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 145, jan./mar. 2000, p. 97.

que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução de *problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional*” (art. 218, § 2º). Esse dispositivo se soma ao art. 219, o qual estabelece que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e *autonomia tecnológica do País*”. Portanto, a superação das heranças do subdesenvolvimento, como a desigualdade social, deve ser norteadada pela busca da autonomia tecnológica, voltada à consolidação do mercado interno.

Conforme já reiterado, concebe-se que o pacto jurídico-político da Constituição da República de 1988 consagrou, ao Direito, um papel central no reconhecimento e transformação dessa realidade marcada pela desigualdade e pobreza. Igualmente, destaca-se que o Direito Público é cotidianamente mobilizado para que as políticas públicas sejam efetivadas. Em outros termos, pode-se depreender que a formalização de políticas públicas pelo Estado se realiza pela promulgação de leis, decretos e medidas provisórias¹⁹.

Deste modo, sabe-se que inúmeros instrumentos jurídicos podem ser utilizados para a redução das desigualdades²⁰. Todavia, o argumento desenvolvido nesse momento limita-se a reforçar a importância determinada pela Constituição para a promoção da inovação, além de estabelecer em que medida se dá sua relação com a redução das desigualdades. Cumpre frisar que a análise da origem, do desenvolvimento e da naturalização da pobreza e desigualdade no Brasil remonta uma grande tradição de teóricos do país. Essa trajetória não será reconstruída no presente trabalho, uma vez que este estudo não se propõe a exaurir todos os elementos condicionantes da pobreza e desigualdade do país²¹.

Sobre a relação entre inovação e desigualdade social, importa destacar que Calixto Salomão indica que o ganho de produtividade em economias caracterizadas pela produção de produtos primários e matérias-primas, com baixo grau tecnológico, não ocorre obrigatoriamente por inovações. Via de regra, o crescimento econômico vai depender do

¹⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72 e s.

²⁰ Para uma análise da interface entre a alta regressividade do sistema tributário brasileiro, combate a pobreza e as políticas redistributivas, como o Bolsa Família, ver DERZI, Misabel De Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade), *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, fev./maio 2014, p. 39-64. Ver também BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

²¹ Parte importante dos teóricos que pensaram a pobreza e a desigualdade no Brasil reduzem a sua existência a uma espécie de “herança” dos portugueses ou se limitam ao fenômeno da corrupção. Em oposição a essas teses simplistas, Jessé Souza contribuiu para a compreensão de que as desigualdades sociais – e a sua naturalização –, são resultantes do fenômeno da modernização tardia, notadamente a partir do século XIX. Além disso, a análise do referido teórico identifica o longo período de escravidão no Brasil como elemento fundamental para compreender a pobreza e desigualdade do país, sobretudo, pelas reduzidas políticas voltadas à mitigação da marginalização dessas parcelas mais pobres. SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 102 e s.

aumento da produtividade da força de trabalho, que ocorre fundamentalmente pelo rebaixamento dos salários reais ou pelos ganhos de escalas decorrentes das concentrações econômicas. Essa construção argumentativa permite compreender que, no Brasil e em outras economias com heranças do subdesenvolvimento, esse fenômeno é possível pelo alto grau de monopolização dos referidos mercados nacionais²².

Esses argumentos permitem compreender que o baixo grau tecnológico do sistema produtivo brasileiro contribui para a redução da demanda por trabalhadores com melhor formação. Além disso, a elevada concentração do sistema econômico reduz os estímulos à diversificação da indústria, principalmente em uma economia caracterizada pela produção de produtos primários e matérias-primas. Portanto, entende-se que a ausência de uma indústria desenvolvida e com suficiente autonomia tecnológica contribui para a dependência econômica a países desenvolvidos.

Destaca-se que a intensificação da globalização também guarda relação com o aprofundamento das desigualdades, conforme aduz Joseph Stiglitz. Globalmente, esse fenômeno tem conduzido a salários ainda mais baixos, tendo em vista a redução do poder de negociação dos trabalhadores. O autor destaca também que o alto grau de mobilidade do capital permite o rápido deslocamento de uma empresa a regiões com menores salários e piores condições laborais, contribuindo para o aprofundamento das desigualdades sociais em países com heranças do subdesenvolvimento²³. Assim, a intensificação da dependência citada acima reduz a autonomia na inserção desses países na globalização de maneira que lhes seja proveitosa. Esse contexto agrava, portanto, as desigualdades sociais.

A partir desse contexto, verifica-se que a articulação coerente entre as políticas industrial e de inovação é central para a condução de um desenvolvimento econômico adequado às necessidades brasileiras. Ou seja, que permita uma redução das desigualdades e viabilize inserção proveitosa do Brasil no processo de globalização. Portanto, em consonância com Wilson Suzigan e João Furtado, compreende-se que a política industrial deve ser:

[...] ativa e abrangente, direcionada a setores ou atividades industriais indutoras de mudança tecnológica e também ao ambiente econômico e institucional como um todo, que condiciona a evolução das estruturas de empresas e indústrias e da organização institucional, inclusive a formação de

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 16, 2009, p. 7.

²³ STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013, p. 129.

um sistema nacional de inovação. Isto determina a competitividade sistêmica da indústria e impulsiona o desenvolvimento econômico²⁴.

Nesse sentido, importa frisar que o crescimento econômico do Brasil não pode satisfazer a preservação dos privilégios da elite no seu “afã modernizador”, mas deve preparar um melhor futuro para a massa da população²⁵. Conforme desenvolvido acima, essa orientação política está consubstanciada no projeto social definido pelo pacto jurídico-político da Constituição de 1988. Por essa razão, tanto a alta concentração do mercado brasileiro, quanto as outras características econômicas e jurídicas da realidade brasileira, reforçam a importância do Direito Brasileiro da Concorrência na promoção de uma economia mais inclusiva.

§2 Direito Brasileiro da Concorrência no contexto de superdominância na indústria de alta tecnologia

A elaboração de formulações teóricas sobre a aplicação do Direito da Concorrência deve ocorrer, conforme elucida Luis Fernando Schuartz, levando-se em consideração as inter-relações argumentativas entre três domínios distintos do conhecimento: a *dogmática jurídica*, notadamente no que diz respeito à ordem econômica constitucional; a *ciência econômica*, sobretudo no que se refere à microeconomia e às teorias de organização industrial; e a *política econômica*, especialmente ao considerá-la como conjunto de proposições que conectam meios e fins definidos no sistema político. De acordo com o autor:

Na realidade, as inter-relações argumentativas entre as proposições pertencentes a cada um destes três conjuntos saltam aos olhos: na Ordem Econômica constitucional estão premissas *normativas* para a definição de finalidades político-econômicas; a ciência econômica assegura as premissas para a interpretação *racional* da Ordem Econômica constitucional; e as proposições mediadoras da política econômica conferem premissas para a *contextualização* da ciência econômica no âmbito de procedimentos jurídicos (administrativos e judiciais) e do âmbito do discurso dogmático²⁶.

Diante disso, infere-se que a reflexão acerca da promoção de estruturas econômicas conducentes à inovação, pela aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência, deve passar

²⁴ SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Política industrial e desenvolvimento, *Revista de Economia Política*, v. 26, n. 2 (102), p. 165.

²⁵ FURTADO, Celso. Os desafios da Nova Geração, *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 4 (96), out.-dez, 2004, p. 484.

²⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 45.

pela articulação desses três conjuntos de domínios do conhecimento. Essa compreensão permite uma visão mais ampla dos desafios de ordem jurídica, econômica e política do presente objeto de investigação. Soma-se, a esses elementos, a necessária compreensão histórica do desenvolvimento das estruturas econômicas do país. Esse tipo de análise coloca obrigatoriamente em evidência o papel das empresas multinacionais e transnacionais na economia do país.

É importante ressaltar que essas empresas podem ter papel relevante na difusão global de inovações radicais, visto que elas têm condições de transferir equipamentos e habilidades especializados a novas localidades. Além disso, as referidas empresas podem estimular e organizar processos de aprendizado e fazer acordos de intercâmbio tecnológicos em diferentes partes do mundo. Entretanto, conforme elucidam Chris Freeman e Luc Soete, esses esforços apenas serão possíveis se forem acompanhados de mudanças estruturais, como aconteceu em certos países asiáticos, que se basearam no reforço de capacitação voltada à autonomia tecnológica²⁷.

As dificuldades históricas de industrialização e a desnacionalização da economia brasileira, intensificadas a partir da década de 1990, contribuíram para aumentar sobremaneira a relevância e o poder de mercado de empresas multinacionais instaladas no Brasil, principalmente na indústria de alta tecnologia. Essas constatações sobre a economia brasileira se somam a duas outras características de amplitude mundial, a saber: a emergência de novos monopólios decorrentes da Economia da Informação e a difusão de estratégias de instrumentalização de técnicas jurídicas para finalidades anticoncorrenciais, em especial de direitos de propriedade intelectual.

Sobre os modelos de negócios decorrentes da Economia da Informação, cumpre frisar que o seu elemento caracterizador é a aplicação dos conhecimentos e da informação para a geração de novos conhecimentos e de dispositivos de processamento da informação. Trata-se, segundo Manuel Castells, de um ciclo de realimentação cumulativa entre a inovação e o seu uso²⁸. Os benefícios de empresas como Google, Facebook e Microsoft, por exemplo, são incontestáveis ao consumidor. Estes testemunham o aumento da velocidade de acesso à informação, a redefinição das fronteiras geográficas, bem como a emergência de novos serviços e produtos inovadores.

²⁷ FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A economia da inovação industrial*. Campinas: Unicamp, 2008, p. 532.

²⁸ CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede*, v. 1, 8 ed. Trad: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Bradini Gerhardt. A revolução da tecnologia da informação. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 69.

Nesse contexto das tecnologias de informação, os mercados costumam funcionar com base em produtos caracterizados pela complementariedade, cuja interação é orientada pela interoperabilidade. Em outras palavras, esses modelos de negócios estão diretamente vinculados às externalidades de rede. Por essa razão, elevam-se as barreiras à entrada em determinados mercados e contribui-se para a criação de novos monopólios²⁹. De outro modo, a crescente interconectividade conduz à padronização, portanto, aqueles que têm o domínio sobre o padrão eleito possuem mais benefícios e maior possibilidade de exercer o poder de monopólio.

Todavia, nem sempre essas empresas em posição dominante mantêm os estímulos para continuar o processo de inovação, como Joseph Stiglitz elucida, ao analisar a Microsoft. De acordo com o autor, não foi essa empresa que desenvolveu o primeiro processador de texto amplamente utilizado, o primeiro navegador, o primeiro reprodutor multimídia ou o primeiro motor de busca dominante. Ou seja, estas inovações ocorreram sempre por outras empresas, o que coloca em questão a máxima segundo a qual os monopolistas sempre serão bons inovadores³⁰.

Sobre a instrumentalização de técnicas jurídicas para finalidades anticoncorrenciais, é importante destacar que esse fenômeno está vinculado à proliferação dos direitos de propriedade intelectual. O período posterior ao TRIPS foi caracterizado pelo reforço de legislações mais protetivas de direitos de propriedade intelectual, essencialmente em países com heranças do subdesenvolvimento, como o Brasil³¹. Conforme elucidam Jerome Reichman e Keith Maskus, a promessa de promoção de desenvolvimento pela difusão tecnológica mostrou-se frustrada, visto que a constatação foi a oposta: a criação de um “cartel do conhecimento”. Essa observação tem diversos desdobramentos, como a pressão dessas empresas para criar normas jurídicas que mantenham seus privilégios³². Além disso, pode-se ressaltar também as estratégias anticompetitivas dessas empresas, com intuito de manter artificialmente seu poder de mercado.

²⁹ Ver GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 16 e s.

³⁰ STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013, p. 108-109.

³¹ Para uma análise dessa nova ordem de regulamentação internacional da propriedade intelectual no Pós-TRIPS, ver POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional da propriedade intelectual: Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 80 e s.

³² MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods. In: MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. (Eds.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge University Press, 2005, p. 19.

Nesse contexto, Robert Kovar identifica que determinadas práticas abusivas, no plano concorrencial, foram facilitadas pela queda na qualidade das patentes, decorrência da multiplicação/proliferação de pedidos para o seu reconhecimento. O autor destaca que as autoridades responsáveis pelo exame das patentes são incapazes de examinar com precisão todas as demandas, o que significou um relaxamento de sua concessão.³³ Essa observação já permite lançar um primeiro olhar crítico acerca da limitação dos ofícios de propriedade intelectual para a solução dos problemas envolvendo os ditos direitos na contemporaneidade.

As empresas, por sua vez, utilizam-se dessa situação para fazer requerimentos infundados com único objetivo de prolongar ilicitamente a sua condição de monopolista. Entre os exemplos da utilização anticoncorrencial de direitos de propriedade intelectual, podem-se destacar os casos de *trivial patent*, *frivolous patent*, *patent ambush*, *patent thicket*, *submarine patent*, *patent hold up* e *patent evergreening*. Essas expressões revelam duas coisas: primeiro, existe um crescimento incontestável de utilização de direitos de propriedade intelectual com finalidade anticoncorrencial e, segundo, os concorrencialistas estão muito vinculados às expressões e teorias de origem norte-americana.

Quando se trata da relação entre Direito da Concorrência e propriedade intelectual, costuma-se identificar a teoria das infraestruturas essenciais como o percurso quase que obrigatório para resolver os eventuais conflitos normativos. Essa teoria foi formulada a partir dos problemas com o acesso à infraestrutura ferroviária nos EUA, no início do século XX. A aplicação dessa construção permite identificar se um detentor de um determinado recurso deve permitir o acesso a seus concorrentes, bem como se esse recurso for indispensável a estes para o exercício de sua atividade³⁴.

Apesar de reconhecer a importância da teoria das infraestruturas essenciais, a sua aplicação no campo dos direitos de propriedade intelectual é polêmica. Ademais, existe relevante divergência quanto à incorporação da dita teoria no Direito da Concorrência da União Europeia, uma vez que, nesses tipos de casos, costuma-se utilizar a lógica da recusa de contratar, como foi julgado no caso Microsoft³⁵. Por essas razões, reconhece-se que se pode chegar ao mesmo resultado quando se recorre à teoria das infraestruturas essenciais e pela interdição da recusa de contratar. Todavia, a teoria das infraestruturas essenciais é de origem

³³ KOVAR, Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010, p. 315-317.

³⁴ Ver DEZOBRY, Guillaume. Facilités essentielles. In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*. Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 330-337.

³⁵ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T- 201/04. *Microsoft/Commission*. 17 set. 2007.

estadunidense e implica um elemento de natureza tangível, enquanto que o Direito da União Europeia dispõe de outras técnicas, como a recusa de contratar, para sancionar esse tipo de comportamento anticoncorrencial. Por essas razões, no presente estudo, afasta-se da aplicação da teoria das infraestruturas essenciais para se aproximar da análise das autoridades europeias.

Além dessas observações, as constatações feitas permitem lançar um novo olhar em diversas indústrias, sobretudo na farmacêutica e na de tecnologias de informação e comunicação. O ponto em comum entre esses setores é a verificação de que determinadas empresas atuantes nessas áreas têm posto em prática estratégias para desestimular o processo contínuo de inovação. Essa constatação leva ao questionamento, de natureza geral, sobre o limite da liberdade do agente econômico, atuante em um monopólio ou oligopólio. Em termos mais específicos, trata-se de refletir acerca da definição de uma política concorrencial que combata a manutenção artificial do poder de mercado, com base na exclusão da possibilidade de competidores oferecerem produtos, serviços ou tecnologias mais performáticos ou mais baratos.

É relevante ressaltar que refletir sobre a relação entre inovação e Direito da Concorrência no Brasil significa se deparar com, pelo menos, duas narrativas amplamente difundidas entre os concorrencialistas brasileiros. A primeira é que os direitos de propriedade intelectuais obrigatoriamente geram mais inovação. A segunda é que não cabe ao Direito da Concorrência intervir em casos que envolvam os ditos direitos.

Reto Hilty indica que os últimos anos têm permitido um olhar renovado sobre as consequências das patentes sobre a inovação. Entre os motivos desse questionamento, está a importância do paradigma *open source*, que tem promovido inovações até mais performáticas do que aquelas classicamente protegidas pelos direitos de propriedade intelectual³⁶. As licenças *open source* podem prever, em certos casos, uma licença de patentes não exclusivas, mundial, gratuita, perpétua, e, às vezes, impor ao licenciado que faça o mesmo às suas contribuições não destacáveis (cláusula *copyleft*). Outras disposições podem ser inseridas nas licenças *open source*, com a finalidade de prevenir os riscos de contencioso ou os riscos de bloqueio decorrentes do exercício privativo de uma patente. As licenças *open source* são compreendidas como uma licença de direito do autor, associada a uma licença de patente, com o objetivo de difundir e explorar o conhecimento. Portanto, uma licença *open source* não

³⁶ Ver HILTY, Reto M. La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 208 e s.

constitui apenas a precisão do acesso ao código-fonte, ela representa igualmente um modelo sobre as condições ofertas ao licenciado³⁷.

Desta forma, deduz-se que a crescente quantidade de direitos de propriedade intelectual não significa o aumento da inovação por dois motivos principais: (i) a sua existência tem sido um parâmetro utilizado por investidores, antes mesmo de o produto ser comercializado; e (ii) esses direitos têm sido utilizados para dissuadir a entrada de novos concorrentes³⁸. Portanto, a gestão contemporânea da política de propriedade intelectual gera distorções das mais diferentes naturezas, entre as quais está também as de dimensão concorrencial.

Por essa razão, no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, a realidade econômica brasileira não é condizente com o discurso de uma reduzida (ou quase inexistente) atuação da autoridade concorrencial, conforme sustentam determinados concorrencialistas influenciados pela Escola de Chicago. Portanto, devem ser reconsiderados os pressupostos teóricos ortodoxos influenciados pelo citado grupo teórico, visto que a realidade jurídica de superproteção de direitos de propriedade intelectual, principalmente de empresas multinacionais e transnacionais, leva à necessária reinterpretação da aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência em casos envolvendo os ditos direitos.

Esses argumentos têm um ponto em comum: a necessária ressignificação do papel da inovação na aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência. Entende-se, no mesmo sentido de Tim Wu, que essa reinterpretação significa dar maior relevância às práticas anticoncorrenciais, especialmente àquelas exclusionárias, tendo em vista a potencialidade dos danos à concorrência dinâmica³⁹. Essa interpretação alinha-se ao que sustentou Luis Fernando Schuartz:

Num sentido normativamente relevante, então, a “defesa” institucional da concorrência vai orientar as suas ações para a criação e a reprodução de um ambiente competitivo no qual as referidas pressões atuantes sobre os agentes (e os seus mercados) sejam mantidas num nível que permita presumir que o motor efetivo daquele processo dinâmico em que assimetrias competitivas

³⁷ Sobre o modelo *open source*, importa destacar que é comum analisá-lo sob o ângulo do direito do autor. Entretanto, essa perspectiva encontra novos desafios relacionados à atual extensão da patenteabilidade aos programas de computador. Esse fenômeno é percebido como uma ameaça às licenças *open source*, visto que as patentes são susceptíveis a impedir os efeitos buscados pela transmissão do código-fonte. GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence - À l'aube de l'arrêt Microsoft. *Concurrences*, n. 2, 2007, p. 47.

³⁸ DOSI, Giovanni; MARENGO, Luigi; PASQUALI, Corrado. How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006, p. 1115.

³⁹ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, 2012, p. 317.

são criadas, estabilizadas, incrementadas ou neutralizadas (como resultado natural do processo de valorização do capital) está na introdução de inovações, e que o efeito colateral mais importante deste processo dinâmico está numa *rápida e ampla difusão* dos ganhos de eficiência associados a estas inovações.⁴⁰

Essa visão se contrapõe à experiência do CADE, que se encontra muito restringida ao combate a cartéis. Importa frisar que este tipo de atuação é fundamental, entretanto, o potencial de danos causados por outras condutas deve ser igualmente levado em consideração. Essas razões reforçam a necessidade de estabelecer maior diálogo com o Direito da Concorrência da União Europeia.

§3 Diálogos com a experiência europeia

Cada Direito responde às necessidades locais, as quais podem ser explicadas historicamente ao se recorrer a noções como cultura e tradição⁴¹. Nesse sentido, a definição dos objetivos e das teorias que informam a aplicação do Direito da Concorrência varia de acordo com o momento histórico e político de um país. Essa premissa é fundamental para excluir qualquer pretensão universalista de teorias importadas de realidades estrangeiras, muitas vezes realizadas de maneira acrítica.

É importante salientar que essa constatação não impede a comparação entre modelos e a eventual adoção das “boas experiências” de outros ordenamentos jurídicos. Esse reconhecimento permite, contudo, qualificar esse processo que não pode perder de vista a tradição política, econômica e jurídica dos países. Diante disso, o recurso da comparação entre modelos deve ser acompanhado por um esforço de reconstrução histórica dos institutos, bem como de uma reflexão de sua adequação e efetividade nas realidades culturais estudadas. Com esse exercício crítico do jurista, qualificam-se as possíveis contribuições decorrentes dessa análise e busca-se garantir maior coerência entre normas jurídicas do país.

É fundamental elucidar que o presente trabalho não tem como pretensão ser uma tese em Direito Comparado por duas razões. A primeira é de mérito, visto que a proposição de uma atuação renovada do CADE parte da interpretação do próprio Direito brasileiro, com especial atenção à ideologia constitucionalmente adotada. A segunda é metodológica, dado

⁴⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 51.

⁴¹ LEGRAND, Pierre. La comparaison des droits expliquées à mes étudiants. LEGRAND, Pierre (dir.) *Comparer les droits, résolument*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 211.

que um trabalho de Direito Comparado exigiria uma comparação com, pelo menos, duas tradições distintas, conforme elucida Thierry Rambaud⁴².

Essas duas observações não impedem uma análise da experiência europeia acerca da aplicação do Direito da Concorrência na proteção do processo contínuo de inovação. Dito isso, destaca-se que a proposta comparativa se aproxima à perspectiva culturalista, sustentada por Pierre Legrand, na medida em que privilegia um estudo interdisciplinar do direito positivo, identificando suas características e o desenvolvimento de seu sentido⁴³. Por essa razão, os diálogos com o modelo europeu se justificam por três características, a saber: a relevância da construção do mercado único europeu; a percepção da instrumentalidade da aplicação do Direito da Concorrência; e a adoção do modelo administrativista.

A integridade do mercado interno europeu é um valor central à União Europeia. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dedica título específico, na parte que versa acerca das políticas e ações internas da União Europeia, para tratar do tema do mercado interno, que é conceituado como “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados” (art. 26, 2º). Conforme dispõe o referido dispositivo, é de competência da União Europeia adotar “as medias destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento” (art. 26,1º).

As regras de Direito da Concorrência da União Europeia, por sua vez, têm como finalidade o fortalecimento do próprio mercado interno europeu. O art. 101 e seguintes vão tratar das regras comuns de concorrência, estabelecendo os parâmetros para avaliação da compatibilidade dos atos das empresas com o próprio mercado interno. Esse sentido proposto pelo modelo europeu se aproxima, em certa medida, daquele disposto nas normas constitucionais brasileiras, visto que o art. 219 estabelece que o mercado interno integra o patrimônio nacional, conforme elucidado anteriormente. Atrelado a isso, as demais normas constitucionais de intervenção do Estado na economia permitem compreender a relevância dele na proteção da consistência do mercado brasileiro. Nas duas realidades, o mercado não é visto como uma ordem natural da economia, já que o Direito tem especial relevância na sua proteção e no seu fortalecimento.

Outra semelhança entre esses dois modelos jurídicos é o *caráter instrumental da aplicação do Direito da Concorrência*, o qual é voltado à implementação de políticas

⁴² RAMBAUD, Thierry. *Introduction au droit compare*, Les grandes traditions juridiques dans le monde. 2 ed. Paris: Presses universitaires de France, 2017, p. 11.

⁴³ LEGRAND, Pierre. *La comparaison des droits expliquées à mes étudiants*. LEGRAND, Pierre (dir.) *Comparer les droits, résolument*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 233.

públicas. Conforme elucida Laurence Idot, o modelo europeu não entende a concorrência como um fim em si mesmo, portanto, a aplicação do Direito da Concorrência permite outras considerações de interesse geral⁴⁴. Essa perspectiva é uma das possíveis respostas às teorias de matriz ortodoxa que estabelecem o critério da eficiência como o único possível para a solução de problemas concorrenciais⁴⁵.

A última aproximação entre as duas experiências diz respeito à *adoção do modelo administrativista na Europa e no Brasil*. Esse formato institucional se opõe à tradição estadunidense, na medida em que esta é de natureza judiciária. Frisa-se que, mesmo havendo instituições como a *Federal Trade Commission*, estas não se assemelham ao papel exercido pela Comissão Europeia ou pelas autoridades nacionais de concorrência (ANC)⁴⁶. Entende-se, consoante ao arguido por Laurence Idot, que essa característica aproxima os modelos europeu e brasileiro, primordialmente pela constatação de que o Judiciário brasileiro não possui ainda familiaridade com as questões econômicas⁴⁷.

A articulação entre essas três características permite estabelecer as aproximações que garantem a viabilidade do diálogo entre os dois modelos. Para tanto, faz-se necessário compreender que a modernização mais recente do Direito da Concorrência da União Europeia incorporou alguns aportes da Economia Industrial contemporânea, e isso permitiu um olhar crítico às estratégias dos novos monopólios da Economia da Informação e de empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual, notadamente no setor farmacêutico.

O modelo europeu fornece, assim, uma possibilidade de reduzir os desdobramentos das estratégias de empresas que tentam manter artificialmente sua posição no mercado, impedindo outras inovações concorrentes. As técnicas e os quadros de análise renovados do Direito da Concorrência da União Europeia também permitem um novo olhar sob a abusividade de estratégias comerciais e de exercício de direitos de propriedade intelectual, muitas vezes vistos como inofensivos ou mesmo parte da própria dinâmica concorrência. Em decorrência desse processo, percebe-se uma relevante originalidade da perspectiva europeia sobre a importância da aplicação do Direito da Concorrência para a consolidação de estruturas econômicas conducentes à inovação.

⁴⁴ IDOT, Laurence. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. *Concurrences*, n. 4, 2012, p. 10.

⁴⁵ Ver FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 159 e s.

⁴⁶ Para uma análise acerca das diferenças entre o modelo europeu, da Comissão Europeia, e norte-americano, do *Federal Trade Commission*, ver FOX, Eleanor. Antitrust and institutions design and change, *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 41, n. 3, 2010, p. 481 e s.

⁴⁷ IDOT, Laurence. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. *Concurrences*, n. 4, 2012, p. 9.

A originalidade dessa experiência só pode ser compreendida se este for comparado sucintamente com a norte-americana. Convém pôr em relevo que a disputa entre o modelo europeu e estadunidense percorre diversos temas no Direito da Concorrência, entre os quais, está a definição da importância do combate às práticas anticoncorrenciais. A trajetória da aplicação do *Antitrust Law* estadunidense, sobretudo sob a influência da Escola de Chicago⁴⁸, consolida uma tendência de impunidade de empresas em posição dominante que põem em prática estratégias para excluir seus competidores. Conforme aduz Eleanor Fox, o modelo norte-americano tem se caracterizado pela maior liberdade às empresas em posição dominante, com base no entendimento segundo o qual esses agentes econômicos estariam mais próximos aos interesses dos consumidores, e uma intervenção concorrencial desencorajaria investimentos e inovações⁴⁹.

O modelo europeu, por sua vez, tem como uma das principais características a consolidada intervenção no eixo dos abusos de posição dominante, especialmente a partir de determinadas decisões ao longo da década de 1970⁵⁰. Além disso, como se verá adiante, a evolução das decisões europeias, dos regulamentos e das orientações da Comissão demonstra que as autoridades europeias entendem que a aplicação do Direito da Concorrência tem utilidade direta na proteção da inovação.

Importa frisar que essa visão é compartilhada com a tradição norte-americana no que diz respeito às regras acerca da cooperação entre empresas para a inovação⁵¹. Contudo, reside no eixo das práticas anticoncorrenciais a principal originalidade do modelo europeu nessa temática, pois ele se revelou mais incisivo e audacioso na defesa da inovação. O direito das concentrações, por sua vez, ofereceu recentemente significativas contribuições para a compreensão do objeto de estudo, notadamente com os casos Dow/Dupont e

⁴⁸ “A influência da Escola de Chicago não pode ser subestimada. Mesmo quando existem infrações óbvias – como as predatórias atribuições de preços, em que uma empresa baixa os seus preços para expulsar um concorrente, e depois usa esse poder de monopólio para tornar a aumentar os preços –, elas são difíceis de processar. A economia da Escola de Chicago defende que os mercados são supostamente competitivos e eficientes. Se a entrada nos mercados fosse fácil, a empresa dominante não ganharia nada em afastar uma rival, uma vez que a empresa afastada seria rapidamente substituída por outra. Porém, na realidade, a entrada não é assim tão fácil, e é um facto que os comportamentos predatórios são frequentes”. STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013, p. 109.

⁴⁹ FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, 2007, p. 117

⁵⁰ Para uma reconstrução da evolução histórica do eixo dos abusos de posição dominante no Direito da Concorrência da União Europeia, ver PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 794 e s. Ver também FOX, Eleanor. A antitrust fable – A tale of predation. *Concurrences*, n. 3, 2008, p. 1-2.

⁵¹ Sobre o tratamento europeu do enquadramento jurídico da cooperação entre empresas para a inovação, ver LEBLOND, Lauren. *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Études en faveur de la promotion européenne de l’innovation. Bruxelas: Bruylant, 2014.

Monsanto/Bayer⁵². Entretanto, esses julgados ocorreram após o período de pesquisas realizadas em Paris, momento no qual o campo de estudo foi definido. De toda forma, o direito das práticas anticoncorrenciais da União Europeia se mostrou como um campo mais promissor para estabelecer um diálogo frutífero com o direito brasileiro.

O objetivo do presente trabalho, portanto, não é reconstruir toda a aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência, mas tão somente reposicionar o papel da proteção da inovação na aplicação das referidas normas. Para tanto, um maior diálogo com o modelo europeu permite a reformulação de aproximações teóricas e práticas de alguns concorrencialistas brasileiros a certos fundamentos difundidos pela Escola de Chicago. Em face disso, os diálogos propostos devem ocorrer de maneira crítica, sob pena de incorrer nos mesmos erros de outras incorporações teóricas sem a devida contextualização cultural.

§4 Delimitação do objeto de estudo

As peculiaridades da trajetória da presente pesquisa permitem compreender com mais precisão a evolução do tratamento do objeto do estudo, motivo pelo qual se faz necessário relacionar as mudanças no tema da tese com as experiências acadêmicas no Doutorado. Trata-se de trabalho fruto de uma formação em duas instituições, a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*. Essa peculiaridade influenciou a concepção da tese nas mais diferentes dimensões, notadamente na própria definição do objeto de investigação, que sofreu três modificações ao longo desse período. Em face disso, compreender cada uma dessas etapas permite entender melhor de que maneira as orientações dos professores, disciplinas cursadas, grupos de estudo frequentados e o próprio desenvolvimento da pesquisa contribuíram para a delimitação do objeto de estudo.

A primeira ideia de pesquisa era *investigar a viabilidade da licença compulsória de direitos de propriedade intelectual nos casos de preços abusivos*. Esse projeto partiu da análise das discussões entre os conselheiros do CADE no caso White Martins⁵³, que tratou

⁵² Voir Décision de la Commission européenne du 27 mars 2017, declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA, Agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont), Décision de la Commission européenne du 11 avril 2018 amending commitments, (Case M.8084 – Bayer/Monsanto) et Communiqué de presse du 30 avril 2018, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF ».

⁵³ BRASIL. CADE. Voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*, 16 dez. 2009.

dos limites da autarquia para intervir em casos de preços abusivos, mas também de sua competência para avaliar o exercício de direitos de propriedade intelectual⁵⁴.

Todavia, as disciplinas cursadas no Programa de Pós-Graduação em Direito e em Economia da UFMG permitiram constatar que, reduzir as tensões entre direito de propriedade intelectual e Direito da Concorrência apenas aos casos de preço abusivo, deixaria de lado outras relevantes estratégias abusivas das empresas das indústrias de alta tecnologia. Outrossim, a restrita quantidade de casos avaliados pelo CADE sobre preços abusivos, bem como sobre licenças compulsórias contribuíram igualmente para a reformulação do objeto de estudo.

Desta forma, a constatação de estratégias complexas e variadas não somente das empresas inseridas nos modelos decorrentes da Economia da Informação, mas também de setores marcados pela forte proteção a direitos de propriedade intelectual, levaram ao segundo recorte da pesquisa. Nesse momento, o objetivo era *analisar as práticas unilaterais anticoncorrenciais decorrentes do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual*. Nessa esteira, a ampliação do objeto de estudo permitiu incorporar diversos casos julgados pelo CADE, envolvendo práticas como abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, por exemplo.

Entretanto, o período de pesquisa na *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*, sobretudo após seguir as disciplinas sobre Direito da Concorrência da União Europeia, permitiu uma terceira reformulação do objeto de pesquisa. O estudo do corpo de decisões europeias, dos regulamentos e das orientações da Comissão as quais envolvem direito da propriedade intelectual permitiu primeiras reflexões sobre uma eventual função reguladora da inovação exercida pelos órgãos responsáveis pela concorrência na Europa. A percepção dessa originalidade, exposta, principalmente, na oposição entre as decisões europeia e norte-americana do caso Microsoft⁵⁵, influenciou a reconfiguração do objeto de estudo.

Assim, a terceira e última mudança permitiu estabelecer *a proteção da inovação pela aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência* como o objeto da presente tese. Portanto, este estudo não se limitará apenas aos casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, apesar de estes exercerem papel central no desenvolvimento da pesquisa. Igualmente, o trabalho não se restringiu ao estudo da possibilidade das licenças compulsórias, tendo em

⁵⁴ Ver RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 101-125.

⁵⁵ Ver IDOT, Laurence. L'arrêt Microsoft: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE?, *Revue Europe*, n. 12, dez. 2007. Ver também PRIETO, Catherine. Notion d'abus: Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft, *Concurrences*, n. 1, 2004, p. 57-59.

vista que outros remédios concorrenciais também têm sido utilizados para a implementação da intervenção concorrencial.

Isto posto, a presente tese se propõe a contribuir para uma atuação renovada do CADE, a partir da identificação de uma função reguladora da inovação. Com base neste raciocínio, verifica-se que *a referida autarquia deve reformular a aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência, sobretudo no que diz respeito às práticas anticoncorrenciais, levando em consideração as características contemporâneas da Economia da Informação e a proliferação da tutela jurídica dos direitos de propriedade intelectual.*

Assim sendo, o presente trabalho foi dividido em três partes, a saber: “Primeira Parte – Inovação, propriedade intelectual e Direito da Concorrência no Brasil”; “Segunda Parte – Proteção da inovação no Direito da Concorrência da União Europeia”; e “Terceira Parte – Por um Direito Brasileiro da Concorrência que proteja a inovação”.

A primeira parte desse trabalho tem como objetivo refletir acerca dos principais institutos jurídicos voltados ao incentivo da inovação e como tem sido compreendido o papel do Direito da Concorrência. No Capítulo 1, “Proteção da inovação pela propriedade intelectual no Brasil”, avalia-se a promoção do desenvolvimento tecnológico do país e a sua relação com a política de gestão dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo no contexto Pós-TRIPS. No Capítulo 2, “Competência do CADE para proteção da inovação”, analisa-se as diferentes atribuições das legislações concorrenciais brasileiras, colocando em evidência suas competências contemporâneas para a proteção da inovação. No Capítulo 3, “Propriedade intelectual nas decisões do CADE”, realiza-se uma reconstrução das principais decisões da autoridade brasileira concorrencial sobre os direitos de propriedade intelectual, com a finalidade de revelar como tem sido o entendimento do órgão sobre o tema⁵⁶.

Já a segunda parte tem objetivo de apresentar como o Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado na proteção à inovação. No Capítulo 4, “Proteção da inovação no domínio dos acordos”, elucida-se o conjunto de normas que enquadram os acordos de cooperação entre empresas para a inovação. No Capítulo 5, “Proteção da inovação no domínio das práticas unilaterais típicas”, sistematizam-se as principais decisões europeias sobre as condutas anticoncorrenciais clássicas, as quais foram ressignificadas em desfavor do

⁵⁶ A sistematização das decisões do CADE sobre direitos de propriedade intelectual se deu, inicialmente, a partir da análise do relatório do CEDIN e OMPI sobre o assunto. CEDIN; WIPO. *An overview of CADE's recent jurisprudence regarding intellectual property*. Dez, 2014. Algumas teses e dissertações foram igualmente relevantes para a análise dos casos, entre as quais se destacam: LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. Quartier Latin: São Paulo, 2014; e CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. Por fim, as demais atualizações dos casos ocorreram na base de dados de casos no site do próprio CADE.

processo contínuo de inovação. No Capítulo 7, “Proteção da inovação pela identificação e práticas atípicas”, demonstra-se que as autoridades europeias estão abertas à constatação de novas estratégias, diferentes daquelas previstas em seus documentos oficiais, de empresas dominantes em desfavor da inovação⁵⁷.

Enquanto a terceira parte tem como objetivo delinear uma função reguladora da inovação exercida pelo CADE. No Capítulo 7, “Fundamentos teóricos da proteção da inovação pelo CADE”, abordam-se os aportes da Economia Industrial e da microeconomia heterodoxa para a reformulação da intervenção concorrencial. No Capítulo 8, “Contribuições do Direito da Concorrência da União Europeia”, elucidam-se quais aportes precisos dessa experiência pode orientar uma renovada atuação do CADE no que diz respeito à proteção da inovação. No Capítulo 9, “Desafios do CADE na regulação da inovação”, sistematizam-se as reformulações de ordem teórica e institucional da referida autarquia, principalmente no que diz respeito à sua relação com o INPI.

⁵⁷ A organização das decisões europeias sobre a proteção da inovação foi mais simples de realizar, se comparada às decisões do CADE. Inicialmente, pelo fato das decisões normalmente dialogarem diretamente com as anteriores, o que facilita identificar a filiação de cada julgado. Em seguida, algumas teses europeias foram essenciais sobre o assunto, a saber: LEBLOND, Lauren. *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Études en faveur de la promotion européenne de l’innovation. Bruxelas: Bruylant, 2014; e GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l’information. Bruxelas: Bruylant, 2012. As demais atualizações ocorreram a partir dos artigos publicados na revista *Concurrences*, uma das principais revistas especializadas no assunto.

PRIMEIRA PARTE
INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E
DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A promoção da inovação é um valor central para as economias contemporâneas, tanto as desenvolvidas, quanto as caracterizadas por heranças do subdesenvolvimento. Entende-se que as estratégias de desenvolvimento devem articular o ambiente institucional com as políticas econômicas, nas suas dimensões micro e macro. Essa constatação reitera a importância do Direito para a normatização das relações econômicas. As normas jurídicas de Direito Econômico devem guardar coerência com o ordenamento jurídico, mas também devem gerar os efeitos revelados pelo seu *telos*.

A proliferação de normas jurídicas, a intensificação da normatização das relações econômicas por regras de Direito Internacional e a intensa incorporação de experiências jurídicas estrangeiras são algumas características as quais desafiam o jurista brasileiro que analisa esse tipo de problemática. Esse contexto se soma à coexistência de setores econômicos clássicos e outros marcados pelas peculiaridades da Economia da Informação. Dessa maneira, coexistem não só as técnicas clássicas de estímulo à inovação, como a propriedade intelectual, mas também os conhecimentos tácitos, de difícil codificação ou protegidos pelo segredo.

A complexidade descrita não afasta a importância do Direito, no entanto reforça a necessidade de pensá-lo a partir dos aspectos culturais do Brasil, que é marcado por fortes heranças do subdesenvolvimento. Propõem-se uma reflexão sobre a relação entre o Direito e a promoção da inovação de acordo com as características econômicas, políticas e jurídicas do país. O objeto de estudo é investigado por meio de interpretações acerca das relações de poder decorrentes das estruturas econômicas. O recurso da contextualização histórica é utilizado para esclarecer as disputas políticas que caracterizam a implantação de diferentes políticas econômicas, industriais e de inovação. Esse meio também permite afastar as concepções apriorísticas sobre o objetivo de determinados institutos jurídicos, que são muitas vezes incorporações acríticas, ou apenas traduções, de formulações teóricas de origem de outros países.

Um dos principais pressupostos teóricos do trabalho é entender que os esforços de países tecnologicamente dependentes, em termos de política públicas, é promover o processo de *catch-up* tecnológico. Em outros termos, garantir o seu desenvolvimento econômico pelo acesso aos conhecimentos já consolidados pelos países líderes tecnológicos. Diversas políticas públicas são necessárias para o sucesso desse processo. Entretanto, não se propõe realizar uma análise exaustiva sobre as estratégias do Brasil para a superação da dependência tecnológica. O objetivo é tão somente investigar como o CADE pode proteger a inovação, a partir das características contemporâneas da Economia e do Direito brasileiros.

Cumprе frisar que o discurso expansionista dos direitos de propriedade intelectual em países tecnologicamente dependente ganhou força a partir da década de 1990, sobretudo com a adoção do Acordo TRIPS. O Brasil se insere nesse contexto e foi fortemente influenciado pelo argumento segundo o qual o aumento da quantidade de patentes geraria mais inovação e, consequentemente, mais desenvolvimento.

O desdobramento dessa superproteção dos ditos direitos permitiu mais investimentos estrangeiros no país, mas não promoveu a efetiva difusão tecnológica. Além disso, houve desdobramentos substanciais na dinâmica concorrencial, especialmente nos ramos de alta tecnologia, os quais serão explanados no Capítulo 1.

O quadro descrito contrasta com a perspectiva reducionista da atuação do CADE, especialmente ao levar em consideração a estrutura concentrada da economia brasileira. Ela encontra respaldo no processo da seletiva redução da intervenção do Estado na Economia, decorrente das políticas neoliberais dos anos 1990. Todavia, a necessidade de uma política concorrencial renovada encontra amparo constitucional e legal, especialmente com a reforma legislativa de 2011, que será discutida no Capítulo 2.

A superdominância de empresas titulares de direitos de propriedade intelectual no Brasil é reforçada pela reduzida intervenção do CADE em casos envolvendo os ditos direitos. No entanto, cumpre frisar que os últimos anos apresentaram avanços consideráveis na punição de determinadas práticas, como os casos de abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, por exemplo, abordados no Capítulo 3.

CAPÍTULO 1. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

A propriedade intelectual é considerada como uma das principais técnicas jurídicas para a promoção da inovação. O argumento clássico se desenvolve a partir da possibilidade do titular da propriedade intelectual resgatar os investimentos realizados. Em síntese, o monopólio legal sob a inovação estimularia novos investimentos que levariam a novos produtos ou processos.

Essa fundamentação econômica sustenta uma perspectiva puramente privatista dos direitos de propriedade intelectual, na medida em que se costuma conferir ao titular uma liberdade, por vezes praticamente ilimitada, na utilização dos ditos direitos. Entretanto, eles devem ser interpretados a partir da sua adequação à ordem pública. Esse resgate de uma perspectiva publicista dos direitos da propriedade intelectual deve se ancorar em três elementos. O primeiro é a compreensão da historicidade desses institutos, no intuito de descortinar os interesses políticos e econômicos em disputa. Já o segundo é a percepção da redefinição das relações econômicas mundiais decorrentes da intensificação do processo de globalização. Enquanto o terceiro é o entendimento de que o processo expansionista da proteção de direitos de propriedade intelectual contribuiu para a proliferação das estratégias abusivas de empresas multinacionais.

Esses elementos de análise levam à definição do objetivo do presente capítulo, que é de investigar se o regime de propriedade intelectual, no Brasil, contribui de maneira efetiva para a superação da dependência econômica e tecnológica do país. Frisa-se que os direitos de propriedade intelectual são estudados, neste trabalho, como instrumento para incentivar a inovação, e essa perspectiva afasta uma análise puramente formal-dogmática. Além disso, ela permite também agrupar todos os direitos de propriedade intelectual na mesma categoria, de maneira a promover uma percepção mais global, descolada da tradicional dicotomia entre direito autoral e propriedade industrial.

Para alcançar esse objetivo, inicialmente, analisa-se a origem das dificuldades de promover a inovação no Brasil, visto que ela se relaciona ao modelo de industrialização do país (1.1). Em síntese, demonstra-se de que maneira a formulação do regime de direitos de propriedade intelectual se insere em uma trajetória mais abrangente, que dificultou a superação da dependência tecnológica do Brasil. Em seguida, serão apresentados os desdobramentos do direito internacional da propriedade intelectual no direito nacional, com especial atenção aos seus reflexos na política industrial de alta tecnologia do país (1.2).

1.1 Dependência tecnológica enquanto herança do subdesenvolvimento econômico

O subdesenvolvimento é uma realidade histórica contemporânea ao próprio desenvolvimento, resultante da propagação da técnica moderna no processo de formação de uma economia em escala mundial⁵⁸. A formulação teórica do subdesenvolvimentismo teve auge nos anos 1950 e elucidou os desafios das economias periféricas de meados do século XX. Ela se apoia nas origens e nos desdobramentos da dependência na interação econômica internacional entre as economias centrais e periféricas.

A teoria do subdesenvolvimentismo não fornece os instrumentos analíticos suficientes para compreender as dinâmicas econômicas mundiais contemporâneas, motivo pelo qual ela não pode ser o único arcabouço teórico para definição da política econômica de um país no século XXI. Entretanto, essa teoria possibilita a interpretação do processo de industrialização periférica e viabiliza um olhar crítico sob políticas públicas formuladas nos países da América Latina⁵⁹. O conceito de países com “heranças do subdesenvolvimento” agrupa as economias marcadas por estruturas socioeconômicas decorrentes, inicialmente, da condição de colônia, que foram herdadas e ressignificadas ao longo da história. As influências dessas heranças estão nas mais diversas dimensões e envolvem a organização do Estado, a formulação de políticas econômicas, a composição social, a identidade cultural e também o conteúdo do Direito.

Nesse ínterim, o regime de propriedade intelectual no Brasil ganha especial relevo, dada a sua articulação com um dos temas mais caros à teoria do subdesenvolvimento brasileiro: a dependência tecnológica. As consequências da dependência tecnológica na economia brasileira são de diversas naturezas e guardam relação próxima com a normatização dos estímulos à inovação na política econômica do país. Nessa seção, analisam-se inicialmente as origens da dependência tecnológica, ressaltando as características e desafios da industrialização no Brasil (1.1.1). Em seguida, apresentam-se as políticas de investimento

⁵⁸ FURTADO, Celso. *Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 3.

⁵⁹ A clivagem centro-periferia ainda é utilizada por muitos teóricos para descrever e analisar a dinâmica da economia mundial, mesmo com a intensificação do processo de globalização e das decorrentes alterações nas estruturas econômicas. A atualização dessa teoria se dá por intermédio de conceitos como “efeito bumerangue”, por exemplo. Em síntese, essa categoria evidencia as mudanças que a periferia causa no centro no século XXI, a partir do sucesso do processo de *catch-up* tecnológico de economias periféricas complexas. MARQUES, Sylvia Ferreira. Efeito bumerangue: o impacto da periferia na atual reconfiguração sistêmica do capitalismo. In: ALBUQUERQUE, Eduardo Motta e. *Metamorfoses do capitalismo e processos de catch-up*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017, p. 123 e s.

em alta tecnologia enquanto dimensão importante da política industrial do país, destacando o contexto de crescimento do poder econômico das empresas multinacionais inovadoras (1.1.2)

1.1.1 Industrialização periférica no Brasil

O início do processo de industrialização no Brasil ocorreu em época de grande efervescência política e cultural. No plano teórico, os anos de 1930 a 1964 são considerados como um dos mais ricos em termos de criatividade na interpretação do Brasil e na construção de novas narrativas para o país. A soberania nacional e as discussões sobre as identidades brasileiras eram uma das principais pautas do debate público⁶⁰. O conceito de “industrialização periférica” surge nesse contexto e representa a necessidade de traçar as diferenças desse processo nos países considerados centrais.

O início da industrialização nos países com heranças do subdesenvolvimento se deu pela inserção na divisão internacional do trabalho, que elevou a produtividade dessas economias. Todavia, as importações simplificaram as estruturas produtivas, que se tornam mais especializadas, pois passaram a ser voltadas ao mercado externo. Em síntese, a industrialização ocorreu por causa da demanda, que é caracterizada tanto pela dependência tecnológica quanto pela cultural.

Entende-se que a industrialização nos países centrais, por sua vez, ocorreu de maneira oposta. O ponto de partida é na oferta, que se reestruturou a partir dos progressos tecnológicos dos processos e métodos produtivos. Em seguida, houve a ampliação da demanda e a necessidade de introduzir novos produtos. Desse modo, o mercado cresceu como

⁶⁰ No que diz respeito às identidades do Brasil e às novas narrativas para o país, é essencial indicar a importância do modernismo brasileiro. Os debates sobre a exposição de Anita Mafalhti em 1917 e 1918 costumam ser considerados como o início do movimento cultural, que se tornou mais consistente com a Semana de Arte Moderna, de 1922, ocorrida em São Paulo. Muitas críticas são feitas a esse evento, sobretudo no que diz respeito ao seu caráter eminentemente elitizado, assim como pela confusão das ideias estéticas de seus líderes. De toda sorte, a Semana de Arte Moderna ocorreu no centenário da independência do Brasil e se encontra dentro de um contexto mais amplo de fortalecimento do discurso nacionalista, que caracterizou parte da intelectualidade do Brasil, notadamente após a Primeira Guerra Mundial. AJZENBERG, Elza. A semana de arte moderna de 1922, *Revista Cultura e Extensão*, v. 7, 2012, p. 25 e s. O discurso nacionalista da semana de 22 se ancorava na pretensão de parte da elite paulistana, que patrocinou o movimento, que tinha planos de transformar o seu estado no “berço de um futuro racial, industrial e econômico”. A intensão não se restringia somente a uma tentativa de atualização do código estético carioca, mas também tinha um viés político, no sentido de se contrapor ao protagonismo da então capital, o Rio de Janeiro. Ver NASCIMENTO, Evando. A semana de Arte Moderna de 1922 e o Modernismo Brasileiro: atualização cultural e “primitivismo” artístico, *Gragoatá*, n. 39, 2015, p. 376-391.

desdobramento da maior eficiência das empresas participantes do processo de industrialização⁶¹.

Portanto, entende-se a dependência tecnológica como uma importante expressão da industrialização periférica do Brasil. Vale ressaltar que ela é um conceito central no debate público das estratégias de desenvolvimento do país, que permeia também a formulação e adoção de várias técnicas jurídicas voltadas à promoção da inovação.

Não é proposta deste trabalho realizar pesquisa de História do Direito, mas é fundamental entender as disputas políticas e jurídicas em torno do assunto ao longo do século XX e início do XXI. Portanto, destacam-se três períodos históricos distintos da interface entre política industrial e de inovação no Brasil. O primeiro período abrange de 1930 a 1964, com a emergência do Estado como promotor direto do desenvolvimento econômico (1.1.1.1). Enquanto o segundo é de 1964 a 1985, marcado pela forte presença do Estado na Economia, mas sob outras bases ideológicas (1.1.1.2). Já o terceiro é de 1985 até os dias atuais, a partir do processo de redemocratização e a redefinição de uma ideologia constitucionalmente adotada, em 1988 (1.1.1.3).

1.1.1.1 Estado como promotor direto do desenvolvimento: 1930-1964

Importa frisar que algumas iniciativas ainda da época do Império foram fundamentais à industrialização do Brasil. Desde então, no Brasil, havia regulamentações sobre propriedade das invenções e das marcas de comércio, sendo a primeira delas o Alvará de 1809, promulgado por D. João VI⁶². Esta é a quinta mais antiga legislação de patentes do mundo, visto que as mais antigas são da República de Veneza (1474), da Inglaterra (1623), dos Estados Unidos (1790) e da França (1791)⁶³.

Por sua vez, Dom Pedro II, o último Imperador brasileiro, teve importância central na constituição das bases da industrialização, uma vez que governou desde 7 de abril de 1831 até a proclamação da República no Brasil, em 15 de novembro de 1889. Entre os fatos relevantes do período em que governou, cumpre ressaltar que, em 1850, foi suprimido o tráfico negreiro e inaugurada a primeira linha de navegação a vapor entre Brasil e Europa. De 1854 a 1858,

⁶¹ FURTADO, Celso. A industrialização periférica. *Economia do desenvolvimento*: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Arquivos Celso Furtado v. 2. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2008, p. 157-158.

⁶² A primeira patente de invenção concedida no Brasil, uma máquina de descascar café, foi assinada ainda por D. Pedro I, imperador do Brasil de 12 de outubro de 1822 a 7 de outubro de 1831. INPI. INPI chega aos 45 anos: conheça a história do Instituto. *Notícias*. 28 dez. 2015.

⁶³ PINHEIRO-MACHADO, Rita; FREITAS, Kátia. 20 anos de Propriedade Industrial do Brasil: ações do INPI para mudança do cenário. *Revista Inovação*. 23 set. 2016.

foram construídas as primeiras estradas de ferro, estendidos os primeiros fios telegráficos e criadas as primeiras linhas de navegação nos rios. Ademais, Dom Pedro II facilitou a imigração europeia, aumentou o número de escolas e de estabelecimentos de educação⁶⁴.

Entretanto, os contextos econômico e político do Brasil permitiram que o processo de industrialização ocorresse de maneira mais consistente apenas a partir da Revolução de 1930. O sentido desse movimento político foi de dar maior importância à base urbano-industrial do país, que ganhou força com o declínio da economia cafeeira. De acordo com Francisco de Oliveira:

Ainda que essa predominância não se concretize em termos da participação da indústria na renda interna senão em 1956, quando pela primeira vez a renda do setor industrial superará a da agricultura, o processo mediante o qual a posição hegemônica se concretizará é crucial: a nova correlação de forças sociais, a reformulação do aparelho e da ação estatal, a regulamentação dos fatores, entre os quais o trabalho ou o preço do trabalho, têm o significado, de um lado, de destruição das regras do jogo segundo as quais a economia se inclinava para as atividades agrário-exportadoras e, de outro, de criação das condições institucionais para a expansão das atividades ligadas ao mercado interno⁶⁵.

No plano jurídico, utilizavam-se de ferramentas como o planejamento, o protecionismo tarifário, o controle e tabelamento de preços, a criação de empresas estatais monopolistas e os conselhos setoriais reguladores, os estímulos financeiros, as linhas de créditos e subvenções públicas para o desenvolvimento da indústria nacional⁶⁶. O objetivo era empregar essas técnicas jurídicas para conferir ao Estado o papel central na promoção da industrialização do país, por meio da intervenção direta na economia. Com isso, promoveu-se uma progressiva substituição da hegemonia agrário-exportadora por uma estrutura produtiva de base urbano-industrial.

O contexto descrito permitiu a formação dos primeiros núcleos industriais brasileiros ainda no final do século XIX, devido à articulação entre três condições: a depreciação da moeda nacional, o baixo custo da mão de obra e a imposição de taxas alfandegárias. Em primeiro lugar, a depreciação da moeda nacional tornou os produtos importados mais caros, gerando o estímulo para a produção de artigos indispensáveis para a subsistência. Com isso, houve o crescimento de um mercado de trabalho capitalista e de um mercado consumidor de

⁶⁴ MOSSÉ, Benjamin. *Dom Pedro II, Imperador do Brasil: o Imperador visto pelo barão de Rio Branco*. Brasília: FUNAG, 2015, p. 84.

⁶⁵ OLIVEIRA, Francisco de. Crítica à razão dualista (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista/ O Ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 35.

⁶⁶ AGUILAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo. A evolução da legislação antitruste no Brasil, *Revista de concorrência e regulação*, n. 7 e 8, jul./dez., 2012, p. 140.

bens-salário, que precisava ser abastecido por outras fontes que não o artesanato e a manufatura existentes⁶⁷.

Em segundo lugar, o baixo custo da mão de obra local e a menor facilidade de obtenção de certas matérias-primas desencadearam a criação de unidades de processamento financiadas por capital estrangeiro. O objetivo era promover a exportação, como é o caso dos frigoríficos, durante a Primeira Guerra Mundial.

Em terceiro lugar, houve a gradativa imposição de taxas alfandegárias para adequar as finanças públicas. Isso estimulou o surgimento de filiais das empresas estrangeiras encarregadas das etapas finais do processamento industrial de produtos semielaborados, que apresentavam custos fiscais menores que a importação de produtos acabados⁶⁸.

Apesar de a industrialização brasileira ter acontecido, em um primeiro momento, de maneira descentralizada no território, ela se concentrou progressivamente na região Sudeste-Sul do país, o que agravou as diferenças socioeconômicas entre as regiões do Sudeste-Sul e Norte-Nordeste do Brasil. Essa constatação ganhou robustez teórica com as contribuições do estruturalismo da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), especialmente com o argentino Raúl Prebisch⁶⁹ e o brasileiro Celso Furtado⁷⁰. A observação da convergência

⁶⁷ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil* (1959). São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 173 e s.

⁶⁸ SZMRECSÁNYI, Tamás. Celso Furtado e o início da industrialização no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 22, n.2 (86), abril-junho/2002, p. 6.

⁶⁹ Raúl Prebisch foi economista argentino, considerado como o primeiro pensador econômico latino-americano. Ele influenciou diversos outros teóricos de outros países da região, como o brasileiro Celso Furtado. Prebisch trabalhou no Banco Central na Argentina, na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD), mas foi na Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL) que a sua atuação política ganhou maior relevância. O seu início da carreira é marcado por um perfil mais conservador, defendendo muitas vezes interesses do capital estrangeiro, notadamente norte-americano. Entretanto, as suas principais contribuições foram no sentido de defender a reforma agrária e a industrialização nos países da América Latina. No campo teórico, formulou conceitos importantes como “nova ordem econômica” e “economias de centro e as de periferia”, por exemplo. Ver DOSMAN, Edgar J. *Raúl Prebisch (1910-1986): a construção da América Latina e do terceiro mundo*. (trad. Teresa Dias Carneiro e César Benjamin). Rio de Janeiro: Contraponto e Centro Internacional Celso Furtado, 2011.

entre as estruturas econômicas dos países da América Latina permitiu identificar um ponto em comum. O processo de industrialização desses países ocorreu de maneira não homogênea ao longo do território.

Assim, pode-se asseverar que a CEPAL influenciou as políticas econômicas de países da América Latina, como o Brasil, notadamente a partir das formulações teóricas sobre a dinâmica econômica entre centro-periferia⁷¹. Esse órgão contribuiu ao fortalecimento da responsabilidade da intervenção do Estado para promover o desenvolvimento econômico. O principal eixo era o estímulo à industrialização, que estava fundado na necessária inovação das técnicas de produção.

O paradigma centro-periferia ancorava-se na relação de dependência econômica entre esses dois polos. Os países subdesenvolvidos (ex-colônias) eram agrário-exportadores e importavam produtos manufaturados e, em seguida, industrializados. O domínio das técnicas modernas garantidoras de produtividade – a inovação –, pelos países de capitalismo central, era um dos principais elementos caracterizadores dessa dependência⁷².

Ao longo da década de 1950 e 1960, o pensamento cepalino-estruturalista defendeu a intensificação da industrialização como o caminho para a superação da condição de subdesenvolvido. Nesse contexto, o aumento da produtividade acarretaria o crescimento da renda social, o que levaria a uma ampliação da quantidade de bens e serviços disponíveis à

⁷⁰ Pode-se dividir o pensamento de Celso Furtado em pelo menos três momentos teórico-políticos diferentes. O primeiro é representado pela obra “Formação Econômica do Brasil” (1959), na qual o autor articula história e economia para apresentar uma interpretação original do Brasil. Trata-se do fruto do amadurecimento da sua tese em economia defendida em 1948 na *Université de Paris (Sorbonne)* sobre a economia colonial no Brasil. O segundo é marcado pelas formulações teórico-políticas da superação do subdesenvolvimento através da industrialização, sob forte influência do keynesianismo. Nessa fase, Furtado é responsável por dois acontecimentos os quais têm especial relevância: a concepção e criação da SUDENE e do Plano Trienal (1963-1965), durante o Governo de João Goulart. No plano teórico, a obra mais marcante dessa época é o livro “Desenvolvimento e Subdesenvolvimento” (1961). No terceiro momento, devido ao governo autoritário no Brasil, Celso Furtado encontrou-se exilado em Paris, onde lecionou na *Université de Paris (Sorbonne)*. Nessa etapa de sua produção intelectual, ele se debruçou de maneira mais filosófica e crítica nas questões econômicas, articulando a preocupação com a dependência cultural em suas análises, como pode ser percebido no livro “Criatividade e dependência na civilização industrial” (1978). Sobre o assunto, ver mais em: BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimento* (1988). 5 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000; OLIVEIRA, Francisco de. *A navegação venturosa ensaios sobre Celso Furtado*. São Paulo: Boitempo, 2003; BOIANOVSKY, Mauro. A view from the tropics: Celso Furtado and the theory of economic development in the 1950s. *History of Political Economy*, 42(2), 2010.

⁷¹ “Prebisch usa o contraste com as economias ‘centrais’ para caracterizar as economias latino-americanas. O argumento é o de que as diferenças correspondem a condições inadequadas de crescimento na periferia, que impõem restrições ao processo de industrialização e ao progresso técnico”. BIELSCHOWSKY, Ricardo. Prebisch e Furtado. Prefácio. In: PREBISCH, Raúl. *O Manifesto Latino-Americano e Outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2011, p. 11.

⁷² Sobre as mudanças no conceito de inovação na teoria de Celso Furtado, ver ALBUQUERQUE, Eduardo Motta. *Inovação em Celso Furtado: criatividade humana e crítica ao capitalismo* (texto para discussão). Belo Horizonte: Cedeplar-UFMG, 2013; e LEURQUIN, Pablo. Do imperativo do avanço tecnológico à capacidade criativa na civilização industrial: dois momentos da ideia de inovação no pensamento de Celso Furtado. *Revista de Economia Política e História Econômica*, v. 11, 2016, p. 186-195.

população. Diante disso, haveria uma expansão da cadeia produtiva com a produção de equipamentos necessários, o que provocaria a diversificação do núcleo industrial.

Entretanto, o núcleo industrial acabou não sendo direcionado ao mercado interno, visto que o elemento dinâmico residia na procura preexistente. A procura preexistente, por sua vez, era influenciada principalmente pela indução externa e não pelas inovações introduzidas no processo produtivo⁷³. Essa constatação permitiu entender que o “modelo de substituição de importações” dos países latino-americanos, durante os anos 1930 a 1960, aproximadamente, encontrava-se em declínio.

A expressão “modelo de substituição de importações” é utilizada por vezes de maneira historicamente descontextualizada, o que pode gerar incompreensões sobre seu conteúdo. Esse modelo de industrialização tardia é decorrente da redução das importações, mas ela não ocorre de maneira deliberada pelos próprios países. Assim, o termo “modelo de substituição de importações” não pode ser interpretado de maneira literal, pois pode induzir ao erro de imaginar que se tratou da mera exclusão de produtos importados e do início de sua produção internamente. Na realidade, esse modelo reduziu quantitativamente a dependência do setor externo, no entanto mudou qualitativamente a sua natureza⁷⁴. Em outras palavras, ele levou o Brasil a reduzir importação de produtos de consumo final e aumentar a demanda por bens de capital e intermediários. Isso gerou o acréscimo da participação de produtos manufaturados nas exportações, contudo agravou a dependência tecnológica⁷⁵.

O declínio da estratégia de substituição de importações ocorreu especialmente no início dos anos 1960. Ele se somou a um contexto de crise política, institucional e democrática. Esses fatores contribuíram para a ruptura democrática pelo Golpe de Estado de 31 de março de 1964⁷⁶.

⁷³ FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento* (1961). Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009, p. 170.

⁷⁴ TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio no processo de substituição de importações no Brasil. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

⁷⁵ PRADO, Luiz Carlos Delorme. O desenvolvimentismo autoritário de 1968 a 1980. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo et al. *O desenvolvimento econômico brasileiro e Caixa: palestras*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento: Caixa Econômica Federal, 2011, p. 24.

⁷⁶ O período de 1930 a 1964 também é marcado por períodos autoritários, notadamente na “Era Vargas”. Getúlio Vargas foi um dos presidentes mais controversos da história da república brasileira. Governou o país em dois momentos, de 1930 a 1945 e de 1951 a 1954. De 1930 a 1934, Vargas foi projetado como líder da revolução de 1930, que tinha como bandeira reformas para atenuar a opressão exercida pelas classes dominantes. Ele foi eleito por via indireta em 1934, quando governou ancorado por ideais liberal-democráticos, com base na Constituição de 1934. No período subsequente, de 1937 a 1945, instaurou regime autoritário, com auxílio das Forças Armadas, traindo os ideais da revolução da qual ele foi um dos principais líderes. Em 1951, Vargas voltou ao poder, dessa vez por eleição direta e governa até 1954, quando se suicidou para impedir a tentativa de golpe de estado que começava a se delinear, mas só foi obter êxito em 1964. Ver DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. In: PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 21-38.

1.1.1.2 Crescimento econômico nos governos autoritários: 1964-1985

O Golpe de Estado de 1964 viabilizou a chegada dos militares ao poder, com apoio de parcela da população, especialmente de alguns setores do empresariado estabelecido no Brasil. Ao chegar ao poder, os militares conferiram a si próprios poderes de exceção e romperam com as propostas de reformas de base defendidas pelo governo de João Goulart⁷⁷. Os governos foram conduzidos por diferentes generais do exército: Castello Branco (1964-1967), Costa e Silva (1967-1969), junta militar composta por ministros das três Forças (agosto a outubro de 1969), Garrastazu Médici (1969-1974), Ernesto Geisel (1974-1979) e João Figueiredo (1979-1985). Não se pode tratar como homogêneos os governos autoritários dessa época, sob pena de imprecisão histórica, inclusive por desconsiderar as intensas disputas políticas nas Forças Armadas para a condução política do país. Entretanto, o presente resgate histórico visa a lançar reflexões sobre as estratégias de industrialização desse período, diferenciando dos períodos precedentes, e a identificar seus desdobramentos na dependência tecnológica da economia brasileira.

A proposta de modelo econômico dos governos autoritários era de reduzir a intervenção direta do Estado, facilitar o investimento estrangeiro e elevar o ritmo de crescimento. No governo de Castello Branco, foram lançadas as suas bases econômicas, ancoradas no controle dos salários, na redução da idade legal mínima de trabalho, no fim da estabilidade do emprego, na repressão aos sindicatos e na proibição de greves⁷⁸.

No debate acadêmico, a percepção do esgotamento do modelo de substituição de importações deu lugar a duas teses conflitantes. A primeira entendia que as estruturas da economia brasileira, na segunda parte da década de 1960, tenderiam à estagnação do crescimento econômico, segundo argumentos de Celso Furtado em seu artigo

⁷⁷ João Goulart (Jango) nasceu em São Borja, no Rio Grande do Sul, no dia 1º de março de 1918. Ele foi deputado federal, ministro de estado de Getúlio Vargas, vice-presidente e assumiu a Presidência da República após a renúncia de Jânio Quadros, em 1961. Na realidade, a sua chegada à presidência se deu sob a condição de implantar o regime parlamentarista, dada a articulação entre os militares e a oposição para restringir os seus poderes. Porém, em 1963, Jango conseguiu apoio popular e do Congresso Nacional para a aprovação de um plebiscito, que reestabeleceu o presidencialismo. No centro da sua plataforma política, estavam as reformas de base. Entre os seus principais aspectos, estavam a redução da especulação bancária; a ampliação da tributação sobre o patrimônio e renda; a nacionalização das concessionárias de serviço público, das companhias de seguro; a ampliação do controle nacional sobre a exploração dos recursos minerais e da energia elétrica; a estruturação do planejamento econômico pelo Estado; a reformulação das regras eleitorais para permitir o voto dos analfabetos; a elegibilidade de soldados e sargentos; a democratização dos partidos políticos; e a reforma agrária. O crescimento do apoio às reformas de base se somou a outros elementos do contexto político, interno e externo ao Brasil, que culminaram no Golpe de Estado, de 1964. BERCOVICI, Gilberto. Reformas de base e superação do subdesenvolvimento. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e documentos de trabalho*, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, n. 27, São Paulo, 2014.

⁷⁸ Para análise sobre a transformação do golpe de 1964 em governos, ver SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 448 e s.

“Desenvolvimento e estagnação na América Latina: um enfoque estruturalista”, publicado em 1969. A segunda discordava desse “estagnacionismo”, conforme elucidado por Maria da Conceição Tavares em ensaio escrito com José Serra, cujo título é “Além da estagnação: uma discussão sobre o estilo de desenvolvimento recente do Brasil”, publicado em 1971⁷⁹.

A tese do “estagnacionismo” se mostrou equivocada com o crescimento econômico de 1968 a 1973⁸⁰, denominado de “milagre econômico brasileiro”. Durante esse período, houve uma taxa média de crescimento do PIB de 10% ao ano⁸¹. Todavia, esse crescimento econômico veio acompanhado pelo aprofundamento das desigualdades, situação na qual a maioria da população permaneceu em grande privação econômica. Frisa-se que isso era decorrência deliberada do próprio dinamismo do sistema⁸². De acordo com Lília Schwarcz e Heloisa Starling:

A performance de crescimento seria indiscutível, porém o milagre tinha explicação terrena. Misturava, com a repressão aos opositores, a censura aos jornais e aos demais meios de comunicação, de modo a impedir a veiculação de críticas à política econômica, e acrescentava os ingredientes da pauta dessa política: subsídio governamental e diversificação das exportações, desnacionalização da economia com a entrada crescente de empresas estrangeiras no mercado, controle do reajuste de preços e fixação centralizadas dos reajustes de salários⁸³.

Foi justamente nessa época em que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) foi criado, por força da lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Ele substituiu o Departamento Nacional da Propriedade Industrial (DNPI), criado em 1933, dois anos após a extinção da Diretoria-Geral da Propriedade Industrial (DGPI), criada em 1923. A grande inovação do INPI, comparada às demais instituições, foi a preocupação com a normatização da transferência de tecnologia, conforme era disposto no art. 2 do referido documento legal⁸⁴. A criação do INPI está inserida, portanto, em um contexto no qual a política econômica do

⁷⁹ BIELSCHOWSKY, Ricardo. Maria da Conceição Tavares. *Revista de Economia contemporânea*, Rio de Janeiro, 14(1), jan./abr. 2010, p. 197.

⁸⁰ A política econômica desses governos, sobretudo, no que diz respeito à proteção da concorrência, será melhor analisada no capítulo seguinte.

⁸¹ TAVARES, Maria da Conceição (coord.). O papel do BNDE na industrialização do Brasil: Os anos dourados do desenvolvimentismo, 1952-1980. *Memórias do desenvolvimentismo*, ano 4, n. 4, setembro 2010. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2007, p. 133.

⁸² TAVARES, Maria da Conceição; SERRA, José. Além da estagnação: uma discussão sobre o estilo de desenvolvimento no Brasil (1971). In: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinquenta anos de pensamento da CEPAL*. v. 2. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 593.

⁸³ SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 452.

⁸⁴ INPI. INPI chega aos 45 anos: conheça a história do Instituto. 28 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/inpi-chega-aos-45-anos-conheca-a-historia-do-instituto>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

país está voltada à atração de investimentos estrangeiros de empresas multinacionais, que precisavam ter suas patentes validadas também no Brasil.

Cumprido destacar que Celso Furtado apresentou uma nova sofisticação em sua teoria na década de 1970, por força do seu erro de prognóstico com a tese do “estagnacionismo”. Ele passou a criticar, de maneira mais holística, os efeitos da industrialização ancorada no transplante maciço das técnicas geradas em países de capitalismo central. Na sua compreensão, esse fenômeno é fruto, mas ao mesmo tempo reforça, da condição de dependência tecnológica e cultural.

Celso Furtado argumentou que a industrialização dependente não promove formas sociais estáveis, visto que ela contribui para o agravamento das desigualdades, pois pressiona com mais intensidade a massa trabalhadora. Portanto, ela não garante um verdadeiro desenvolvimento econômico. A crítica do autor está direcionada à política econômica dos governos autoritários, que promoveram uma abertura maior da economia às empresas multinacionais no Brasil. Nesse sentido, ele afirma:

Contudo, não se deve perder de vista que a luta contra a dependência não é senão um aspecto do processo de desenvolvimento, e este não existe se a liberação da capacidade criadora de um povo. Quiçá o aspecto mais negativo da tutela das transnacionais sobre os sistemas de produção na periferia esteja na transformação dos quadros dirigentes em simples correias de transmissão de valores culturais gerados no exterior. O sistema dependente perde a faculdade de conceber os próprios fins. Esta é a razão pela qual o autoritarismo político a ele se adapta como uma luva. Dependência econômica, tutela cultural e autoritarismo político se completam e reforçam mutuamente⁸⁵.

Com o fim do “milagre brasileiro”, o governo autoritário precisava manter o discurso de crescimento econômico, que era utilizado como argumento para a manutenção dos militares no poder. Para tanto, em 1974, o então presidente general Ernesto Geisel decidiu sustentar o crescimento com o aumento do endividamento externo, o que se manteve até o final da década de 1980, com duas crises internacionais. Foram elas: o segundo choque do petróleo, causado pela queda do Xá Reza Pahlevi do Irã e o aumento da taxa de juros em dólar causado pela política monetária do presidente do *Federal Reserve System*. Essas crises incidiram no preço do petróleo, que era importado, e na taxa de juros da dívida externa. O

⁸⁵ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial* (1978). São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 162.

agravamento da crise econômica, somadas aos movimentos de oposição e às disputas internas nas Forças Armadas, enfraqueceu a manutenção dos governos autoritários no poder⁸⁶.

Essa breve reconstrução histórica proposta permite entender que a política industrial posta em prática pelos governos autoritários aumentou sobremaneira a dependência tecnológica do Brasil e as desigualdades sociais. Somadas a isso, as estratégias de concentração empresarial, implementadas pelos governos autoritários de 1964 a 1985, promoveram um aumento expressivo do poder econômico das empresas multinacionais atuantes no mercado brasileiro⁸⁷.

A Constituição de 1988, por sua vez, ofereceu novo arcabouço jurídico capaz de alterar certos aspectos da relação entre Estado e Economia. Entretanto, as peculiaridades do processo de redemocratização põem em evidência a manutenção de certas estruturas econômicas e políticas decorrentes do período autoritário precedente.

1.1.1.3 Redemocratização e a ideologia constitucionalmente adotada: 1985 aos dias atuais

A Constituição de 1988 permitiu a reformulação parcial da estrutura do Estado e da sua relação com a economia. Ela é o marco jurídico que norteou a adoção das diferentes políticas industriais subsequentes. Portanto, a compreensão do seu conteúdo econômico é fundamental para entender a articulação entre os instrumentos jurídicos para a promoção do desenvolvimento brasileiro. Em síntese, ela traduziu um novo pacto social, político e econômico que só pode ser apreendido a partir da compreensão das disputas em torno da redemocratização.

O processo de redemocratização é composto por alguns momentos que revelam a complexidade da transição democrática no Brasil. Em 1979, foi promulgada a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, pelo então presidente João Figueiredo. Essa norma anistiou, tanto os perseguidos pelos governos autoritários, quanto os próprios militares, dos crimes cometidos entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Vale ressaltar que o caráter dubio da anistia a descredita enquanto o momento do fim da ditadura. Considera-se o ano de 1985 como o marco inicial da redemocratização, pois houve eleição direta para prefeitos e a

⁸⁶ PRADO, Luiz Carlos Delorme. O desenvolvimentismo autoritário de 1968 a 1980. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo et al. *O desenvolvimento econômico brasileiro e Caixa: palestras*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento: Caixa Econômica Federal, 2011, p. 33.

⁸⁷ A promoção da concentração do mercado pelo próprio Estado, durante os governos autoritários de 1964 a 1985, será melhor desenvolvida na seção 2.1.1.

legalização do Partido Comunista Brasileiro (PCB) e do Partido Comunista do Brasil (PC do B). Esses dois partidos encontravam-se na ilegalidade desde o Golpe de Estado de 1964.

Após uma forte pressão popular, por intermédio da campanha das “Diretas Já”, que reivindicava eleições presidenciais diretas em 1985, houve eleição para a Presidência da República. No entanto, ela foi indireta pelo colégio eleitoral⁸⁸, e o vencedor dessa disputa foi Tancredo Neves⁸⁹, que faleceu antes de tomar posse, assumindo a presidência o seu vice, José Sarney⁹⁰. Cumpre destacar que apenas em 1989, ou seja, quatro anos após a redemocratização, houve a primeira eleição direta para Presidente da República, da qual Fernando Collor de Mello⁹¹ saiu vencedor.

A complexa e controvertida transição democrática no Brasil culminou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ela significou um novo pacto jurídico-político no Brasil, após o país viver duas ditaduras no século XX. Esse contexto foi responsável pela redação de uma constituição extensa e com significativa participação popular. Diversas

⁸⁸ O colégio eleitoral era composto pelos congressistas e tinha como objetivo eleger indiretamente os presidentes durante os governos autoritários. Ele foi estabelecido pelo Ato Institucional n. 1, assinado por uma junta militar autodeterminada “*Comando Supremo da Revolução*”, que também determinou a suspensão de direitos políticos daqueles que eram contra o regime por 10 anos e a suspensão da Constituição da República de 1946 por seis meses.

⁸⁹ Tancredo Neves nasceu no dia 4 de março de 1910, em São João Del-Rei, em Minas Gerais, e se formou em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Teve uma importante carreira política, foi vereador, deputado estadual, deputado federal, Ministro da Justiça no segundo governo de Getúlio Vargas, primeiro-ministro durante o governo parlamentarista no Governo de Jânio Quadros e senador pelo estado de Minas Gerais. Foi um dos mais relevantes líderes da oposição aos governos autoritários e a sua candidatura nas eleições de 1985, pelo PMDB, representava o retorno de um civil ao poder. Esse pleito se contrapunha ao de Paulo Maluf (PDS), que era o candidato que significava a continuidade dos interesses dos militares. Para uma análise sobre as construções simbólicas em torno da imagem de Tancredo Neves, ver PALHA, Cássia Rita Louro. *Televisão e política: o mito de Tancredo Neves entre a morte, o legado e a redenção*. *Revista Brasileira de História*, v. 31, n. 62, São Paulo, 2011.

⁹⁰ José Sarney nasceu no dia 24 de abril de 1930, na cidade de Pinheiro, Maranhão. Ele se formou em Direito na Universidade Federal do Maranhão e ingressou na vida política desde 1954, quando se candidatou a deputado federal em 1954. José Sarney foi Deputado Federal, Governador do Maranhão, Senador pelo Maranhão e Senador pelo Macapá. Trata-se de uma das figuras mais controvertidas da política nacional, notadamente pós-redemocratização. Ele foi membro do partido que apoiava os governos autoritários iniciados em 1964, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA). Migrou para o PMDB em 1984, quando se candidatou a vice-presidente de Tancredo Neves que, como visto, era importante liderança do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido de oposição aos governos autoritários.

⁹¹ Fernando Collor de Mello é natural do Rio de Janeiro, nascido em 12 de agosto de 1949, entretanto, construiu a sua carreira política no estado de Alagoas. Inicialmente filiado a ARENA, durante os governos autoritários, foi indicado para ser prefeito de Maceió. Em seguida, foi deputado federal pelo estado de Alagoas, pela legenda do Partido Democrático Social (PDS), quando apoiou a candidatura presidencial de Paulo Maluf em 1985. Foi ainda governador de Alagoas, pelo PMDB, partido em que ficou até ingressar no antigo Partido da Reconstrução Nacional (PRN) para se candidatar a Presidente da República em 1989. Fernando Collor de Mello venceu as eleições, sendo o primeiro presidente eleito diretamente após os governos autoritários que duraram de 1964 a 1985. Entretanto, devido a escândalos de corrupção, foi instaurado um processo de deposição. Ele renunciou à presidência da República na proximidade da votação do seu processo de *impeachment* no Senado Federal, após ter perdido a votação na Câmara dos Deputados. Ele teve seus direitos políticos suspensos por oito anos, mas se tornou Senador da República pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Com a sua renúncia, o Vice-presidente Itamar Franco passou a ser Presidente da República.

lideranças que tiveram seus direitos políticos caçados, ao longo dos governos autoritários, ou que participaram da oposição a estes, também compuseram a Constituinte.

No plano econômico, pode-se dizer que houve uma acomodação de diferentes vertentes ideológicas, notadamente das visões desenvolvimentistas, socialistas e neoliberais. Cumpre destacar que esses ideais já estavam presentes no debate público no período prévio ao Golpe de Estado de 1964. Salienta-se que Ricardo Bielschowsky identifica quatro teorias no pensamento econômico de 1945 a 1964: o neoliberalismo, o socialismo, o pensamento independente de Ignácio Rangel e o desenvolvimentismo. Esta se subdividia em três correntes: a do setor privado, a do setor privado “não nacionalista” e a do setor público⁹².

Constatar a existência de influências de diversas matrizes teóricas não significa afirmar que a Constituição é incoerente. Conforme argumenta Washington Albino, os aparentes conflitos desses “tipos ideológicos puros” devem ser interpretados no sentido de revelar a “ideologia constitucionalmente adotada”. Essa noção permite garantir a integridade da Constituição Econômica, já que esta se compõe dos princípios, determina os parâmetros e oferece os fundamentos da interpretação das normas constitucionais.

Dessa maneira, o reconhecimento da influência de diversas teorias econômicas ilustra as complexidades da redemocratização no Brasil, mas, ao serem adotadas no texto constitucional de 1988, assumem valor jurídico objetivo e definem a ideologia da Constituição⁹³. Portanto, o Direito da Concorrência, os direitos de propriedade intelectual e as outras normas de Direito Econômico devem ser interpretados a partir da ideologia constitucionalmente adotada.

A ordem econômica constitucional de 1988 adotou a economia de mercado como modelo econômico de produção e circulação de bens no Brasil, na esteira da maioria das experiências ocidentais. Essa decisão política pode ser percebida já no art. 1º, IV, que estabelece como fundamento da República “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. O art. 170, IV, da Constituição Federal também estabelece que a “livre concorrência” como princípio geral da ordem econômica. Cumpre destacar a contribuição de Eros Grau ao afirmar que livre iniciativa não se identifica apenas com liberdade de empresa. Isso porque ela abarca também a iniciativa cooperativa (art. 5º, XVIII, art. 174, §3º e 4º da

⁹² Ver quadro-síntese das teorias econômicas atuantes de 1954-1964 em: BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimento* (1988). 5 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 241 e s.

⁹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 232.

Constituição da República), a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (artigos 173 e 174 da Constituição da República)⁹⁴.

No art. 173, o Constituinte estabelece que a exploração direta do Estado ocorrerá nos casos previstos pela Constituição e quando for necessário aos “imperativos da segurança nacional” ou “relevante ao interesse público”. Apesar do contexto jurídico-político que marcou os anos 1990, não se pode concluir que a Constituição da República fundamenta um Estado absenteísta na economia. Pelo contrário, diversos são os princípios que devem informar a ordem econômica constitucional, entre os quais, a defesa do meio ambiente, a função social da propriedade privada e a defesa do consumidor.

A Constituição Econômica de 1988 garantiu a possibilidade de discutir a totalidade da formação social, tornando mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas⁹⁵. Em outros termos, a ordem constitucional de 1988 reconheceu os desafios econômicos para a superação das heranças do subdesenvolvimento. Essa ordem revelou igualmente o interesse político de alterar a estrutura econômica existente, dentro dos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

A Constituição define, em seu art. 3, os objetivos fundamentais da República, os quais são: I - *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; II - *garantir o desenvolvimento nacional*; III - *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*⁹⁶. Esse dispositivo confere o sentido da ordem econômica constitucional. Esses elementos teleológicos colaboram na construção de uma democracia substancial e, para tanto, fins sociais foram estabelecidos, conforme elucida José Afonso da Silva:

Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social. Revelam, assim, um compromisso apenas entre

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 14º ed. São Paulo Malheiros: 2010, p. 204 e s. Ver também SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. In: *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 112 e s. e p. 101- 142.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR, J. C. (org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*, v.1, p. 256.

⁹⁶ Para uma interpretação sobre a relação entre direito e desenvolvimento, ver LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, Desenvolvimento e a Propriedade intelectual*. São Paulo: Editorama, 2010.

as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações de justiça social⁹⁷.

Cumprir, todavia, que os governos orientados pela ideologia neoliberal da década de 1990 promoveram uma série de reformulações no texto original da Constituição. Essas mudanças se inserem no processo de intensa desregulamentação da economia e de privatização de empresas públicas no país⁹⁸. A incidência das Emendas Constitucionais se deu notadamente nas normas influenciadas pelo nacional-desenvolvimentismo. Entre elas, destacam-se as de n. 6, de 15 de agosto de 1995; n. 8, de 15 de agosto de 1995; e n. 9, de 9 de novembro de 1995.

A primeira fez três alterações que acabaram com as vantagens das empresas nacionais diante das internacionais, conforme proposto pelo constituinte originário. Essa emenda acabou com a necessidade de a empresa de pequeno porte ter que ser brasileira para poder usufruir de tratamento diferenciado (art. 179, IX). Além disso, definiu que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento de seus potenciais poderiam ser realizados não só por brasileiros e por empresas brasileiras, mas também por empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no país (art. 176, § 1º). Por fim, essa emenda extinguiu o art. 171, o qual definia que a empresa brasileira de capital nacional deveria ter seu controle exercido por pessoas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno⁹⁹.

A segunda Emenda Constitucional em análise extinguiu o monopólio da União para a prestação de serviços para explorar os serviços de telecomunicação, bem como previu a criação de agência reguladora (art. 21, XI). A última alteração constitucional em evidência

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 787-788.

⁹⁸ Para uma análise mais detida sobre o assunto ver LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-69.

⁹⁹ Texto revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995: “Art. 171. São consideradas: (Revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995) I - empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional, aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

extinguiu o monopólio da União nas atividades relacionadas à exploração do petróleo e gás natural (art. 177, § 1º).

A despeito dessas alterações constitucionais de cunho neoliberal, o art. 219 define que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país¹⁰⁰. De acordo com Gilberto Bercovici, essa norma trata da endogeneização do desenvolvimento tecnológico, com a finalidade de internalizar os centros de decisões econômicas, para a superação das heranças do subdesenvolvimento¹⁰¹. Dessa maneira, ela guarda relação direta com o princípio da soberania nacional, disposto no art. 170, I, da Constituição da República.

A finalidade desse dispositivo ganhou nova força com a Emenda Constitucional n. 85, de 26 de fevereiro de 2015, pois foi reafirmada a importância das atividades de ciência, tecnologia e inovação. O artigo 219-B, acrescido pela emenda, determina que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica. No seu parágrafo único, ficou estabelecido que a pesquisa tecnológica deverá ser voltada preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

A articulação entre esses dois artigos supramencionados e as demais normas da Constituição Econômica permitem vislumbrar o mercado interno como um bem tutelado pelo Estado brasileiro. Além disso, identifica na questão da autonomia tecnológica um fator essencial para a soberania econômica do país. Esse é o argumento constitucional para indicar que a normatização das políticas econômicas deve ser voltada à proteção e promoção da inovação no Brasil. O objetivo é garantir a superação das heranças do subdesenvolvimento, especialmente a dependência tecnológica. A partir dessas disposições do texto constitucional, faz-se necessário analisar a eficácia das diferentes políticas industriais, notadamente as voltadas para a inovação no setor de alta tecnologia.

¹⁰⁰ Ver CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 85 e s.

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR, J. C. (org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*, v.1, p. 275.

1.1.2 Indústria de alta tecnologia brasileira no comércio internacional contemporâneo

O pacto político e econômico expresso na Constituição da República de 1988 permitiu a implantação de determinadas estratégias para o investimento em alta tecnologia no Brasil. Essa realidade interna se insere dentro de um contexto internacional de aprofundamento da globalização e reestruturação das relações econômicas entre os países. As experiências do Japão, da Coreia de Sul e da China de *catch-up* tecnológico, por exemplo, redefiniram o comércio internacional de alta tecnologia¹⁰². Além disso, a comparação com o sucesso desses países, em termos de política de inovação, permite entender que o Brasil não conseguiu superar a sua dependência tecnológica.

A definição de alta tecnologia está vinculada ao grau de investimento em P&D, que é bem maior que a média em outros setores. Sua relevância para a economia reside na potencialidade de capacitação tecnológica do setor industrial. Nesse grupo, estão as indústrias aeroespaciais, farmacêuticas, de equipamentos eletrônicos e de comunicação, por exemplo¹⁰³. As dificuldades de se desenvolver uma indústria de alta tecnologia brasileira contribuíram para reforçar o poder econômico das empresas multinacionais instaladas no Brasil, o que reduz indiretamente a concorrência no setor. Em outros termos, a política de inovação está diretamente relacionada à de concorrência.

Diante disso, importa avaliar os estímulos ao desenvolvimento do setor de informática (1.1.2.1) e do farmacêutico (1.1.2.2), para entender a efetividade e desafios dessas políticas setoriais. A análise desses dois setores específicos permite constatar a sua insuficiência para o processo de *catch-up* tecnológico, a despeito de determinadas políticas industriais do período de pós-redemocratização. Esse contexto se soma ao sucesso das políticas de inovação de outros países, o que redefiniu o comércio internacional de alta tecnologia (1.1.2.3).

¹⁰² CAMPOLINA, Bernardo. Lições do processo de desenvolvimento japonês. In: ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e (org.). *Metamorfoses do capitalismo e processos de catch up*. Belo Horizonte: UFMG, 2017, p. 61-76; CASSIOLATO, José Eduardo; PODCAMENI, Maria Gabriela. As políticas de ciência, tecnologia e inovação na China. In: CINTRA, Marcos Antônio Macedo; SILVA FILHO, Edison Benedito; PINTO, Eduardo Costa (orgs.). *China em transformação: dimensões econômicas e geopolíticas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. p. 493-520; e CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: UNESP, 2004.

¹⁰³ RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014, p. 414.

1.1.2.1 Política industrial no setor de informática

A Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, conhecida como a Lei da Informática, inaugurou a política industrial do setor após a redemocratização. O principal objetivo do referido texto normativo era oferecer desoneração fiscal, para estimular a competitividade internacional das empresas de tecnologia da informação e comunicação, localizadas no Brasil. Para usufruir desse benefício, as empresas de informática deveriam investir 5% de seu faturamento bruto, no mercado interno de bens e serviços de informática, em atividades de pesquisa e desenvolvimento. Além disso, as empresas estrangeiras deviam preencher outros dois requisitos, quais sejam: investir na capacitação de seu corpo técnico e cumprir um programa de exportação.

Antes de discorrer sobre os desdobramentos da referida legislação na economia, importa fazer breves considerações sobre os interesses econômicos envolvidos na promulgação da referida lei.

Disputa em torno da política da Zona Franca de Manaus (ZFM)

A Zona Franca de Manaus foi idealizada pelo deputado federal amazonense Francisco Pereira da Silva, por meio da Lei n. 3.173, de 6 de junho de 1957. Entretanto, apenas com o Decreto n. 288, de fevereiro de 1967 é que o modelo de incentivos fiscais foi implementado. Na concepção inicial, a ZFM duraria 30 anos e foi estabelecida em um território que soma dez mil km² no centro de Manaus. O seu objetivo inicial foi de estabelecer no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário. Para tanto, foram reduzidas as desvantagens locacionais, promovendo o desenvolvimento da região.

Contudo, alguns outros benefícios no que diz respeito à proteção ambiental também são de enorme relevância. Foi constatado que os empregos e a renda gerados com o polo industrial reduziram a exploração predatória da floresta amazônica, especialmente dentro do perímetro da Zona Franca. Isso se reforça ao analisar o maior grau de desmatamento das áreas fora desse contorno, tanto no estado do Amazonas, quanto em outros Estados não beneficiários desse modelo de desenvolvimento¹⁰⁴.

¹⁰⁴ BRIANEZI, Thaís; SORRENTINO, Marcos. A modernização ecológica conquistando hegemonia nos discursos ambientais: o caso da Zona Franca de Manaus. *Ambiente & Sociedade*, v. 15, n. 2, São Paulo, maio/ago. 2012.

Cientistas políticos indicam que os debates legislativos em torno da Lei de Informática revelam, pelo menos, dois grupos de interesses. O primeiro é o das indústrias que se beneficiam ZFM, normalmente representados no Congresso Nacional pelos deputados do estado do Amazonas. O segundo é o de outras indústrias que não usufruem dos benefícios da ZFM, que têm seus interesses defendidos por deputados de vários estados, especialmente de São Paulo. De maneira simplificada, trata-se de uma disputa sobre quais regiões vão ser beneficiadas pela desoneração fiscal e suas consequências na regionalização da industrialização¹⁰⁵.

Esse conflito político esteve presente em todos os momentos de debate sobre a Lei de Informática, especialmente no início dos anos 2000, quando se discutia a sua prorrogação. Ela acabou sendo prorrogada em 2001, o que pode ser entendido como uma derrota daqueles que representavam os interesses relacionados à ZFM. Com o início do primeiro governo de Lula, o debate sobre política industrial retornou com intensidade. Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, ampliou os benefícios à ZFM até 2023, já que esta ia acabar em 2013.

Daniel Gama e Colombo expõe os debates legislativos, tratando dessa disputa entre os parlamentares. A partir de suas observações, é possível constatar que nem sempre eles se baseiam numa discussão da efetividade do modelo de política industrial. Muitas vezes, tratava-se de concessões e negociações para aprovação de outros projetos de interesse do governo, como a reforma tributária do início do primeiro governo Lula. De acordo com o autor, esse foi o debate em torno da aprovação da Lei n. 11.077/2004, que alterava a anterior Lei de Informática e estendia os benefícios desta¹⁰⁶. A reforma desta legislação, ocorrida em 2014, também teria decorrido de acordo político para renovar a ZFM e prorrogar a Lei de Informática sem alterar suas características, a despeito de haver muitas críticas e estudos técnicos sobre esta última norma¹⁰⁷.

¹⁰⁵ PROCHNIK, Victor; LABRUNIE, Mateus Lino; SILVEIRA, Marco Antônio; RIBEIRO, Eduardo Pontual. A política industrial: o caso da Lei de Informática. *Revista Brasileira de Inovação*, n. 14, n. esp., jul. 2015, p. 138 e s.

¹⁰⁶ COLOMBO, D. G. E. *A política pública de incentivo ao setor de informática no Brasil a partir da década de 90: uma análise jurídica*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009, p. 148 e s.

¹⁰⁷ PROCHNIK, Victor; LABRUNIE, Mateus Lino; SILVEIRA, Marco Antônio; RIBEIRO, Eduardo Pontual. A política industrial: o caso da Lei de Informática. *Revista Brasileira de Inovação*, n. 14, n. esp., jul. 2015, p. 139.

Avaliação da efetividade da Lei de Informática

A Lei de Informática tem como objetivo incentivar a fabricação local de produtos de automação e tecnologias da informação no país. Todavia, algumas pesquisas realizadas para medir o aumento da densidade produtiva e tecnológica nesse setor da indústria demonstram outro resultado. Entre elas, frisa-se um trabalho de economistas que avaliam os desdobramentos da lei, de 1998 a 2008, na capacidade de pesquisa; desenvolvimento e inovação; tecnologias desenvolvidas; formação de parcerias e redes de desenvolvimento tecnológico e de inovação entre setor público e privado; produção científica e acadêmica; criação de cultura de inovação; descentralização regional do desenvolvimento científico-tecnológico; e ampliação da cadeia produtiva¹⁰⁸.

Após a pesquisa empírica, foi possível concluir que, apesar do aumento da produção e comercialização de bens no setor de tecnologia e informação, não houve mudança significativa da participação no mercado externo. Outro dado importante é que a quantidade de empresas beneficiadas aumentou substancialmente, chegando a quadruplicar o seu faturamento e a triplicar a força de trabalho. Essas variações são consideradas acima da média do setor. Os estímulos fiscais levaram as empresas beneficiárias a investir três vezes mais do que a média de indústrias do setor específico. Apesar disso e do aumento do investimento nos anos mais recentes, a mudança da base de cálculo ocorrida no início dos anos 2000 reduziu a quantidade de investimentos. Constatou-se também que cerca de 60% das atividades de P&D foram direcionados à criação de *softwares* embarcados em equipamentos.

A partir desse padrão de investimentos, os autores demonstraram que a utilização de direitos de propriedade intelectual teve um aumento relativo significativo, mas os números absolutos ainda eram baixos. Ademais, a proporção de pós-graduados vinculados à P&D caiu pela metade e a de recursos humanos com nível superior manteve-se constante. Durante o período avaliado, percebeu-se também que houve aumento de 33% para 67% da participação de empresas multinacionais no total de laboratórios existentes. Essa mudança veio acompanhada da alteração do tipo de investimento das empresas estrangeiras, que passaram a ser, em sua maioria, para o desenvolvimento experimental e não mais para a pesquisa¹⁰⁹.

¹⁰⁸ SALLES FILHO, Sergio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUN, Camila; CAMPOS, Fabio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de Informática: uma análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11, n. esp., jul. 2012, p. 196.

¹⁰⁹ SALLES FILHO, Sérgio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUN, Camila; CAMPOS, Fabio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de Informática: uma análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11, n. esp., jul. 2012, p. 213.

No que se refere às inovações, os autores constataram uma prioridade ao desenvolvimento de produtos, e não à abertura de novos mercados. Portanto, a Lei de Informática realmente permitiu um aumento da capacidade de inovação, no entanto com baixa densidade científica e tecnológica. A referida lei não conseguiu estimular a criação de produtos com grande valor agregado, e esse desenho acabou privilegiando as etapas de fabricação do produto final. Ou seja, etapas relacionadas ao projeto, à concepção e ao *design* dos produtos, e não mais às atividades relacionadas à montagem, fabricação e produção. Nesse sentido, não houve a promoção da entrada de empresas no fornecimento de serviços e segmentos de *hardware* de maior valor agregado.

No que tange à descentralização industrial, os autores indicam que esse instrumento normativo promoveu pouco impacto, pois um pequeno número de empresas beneficiárias encontra-se nas regiões Nordeste e Centro-Oeste. Além disso, o seu faturamento com produtos incentivados, em relação ao seu faturamento total, caiu ao longo dos anos analisados. Atrelado a isso, notou-se também que, nessas duas regiões, os investimentos acima da obrigação legal são menores, diferente da realidade de outras regiões como sudeste e sul. Em apertada síntese, pode-se concluir desse estudo que a lei viabiliza a atividade produtiva no país, todavia é insuficiente para o desenvolvimento tecnológico e agregação de valor. Isso fica claro com o aumento das importações de insumos de alto valor agregado diante do faturamento com produtos incentivados¹¹⁰.

Após essa análise, é possível constatar que os resultados dessas políticas industriais não foram suficientes para reduzir, de maneira significativa, a dependência tecnológica. Isso decorre de vários motivos, entre os quais, está a dinâmica destrutiva entre o poder executivo e o legislativo, cuja natureza das negociações impedem avaliação mais precisa dos efeitos dessas políticas públicas. Esse relativo fracasso no fortalecimento da indústria nacional também é percebido no setor farmacêutico, outra importante indústria de alta tecnologia.

¹¹⁰ Não é o objetivo do presente trabalho se aprofundar nas propostas de alteração desse ramo da política industrial no Brasil, mas é importante expor os esforços dos autores em formular alguns fundamentos para estimular a densidade tecnológica e a capacidade de inovação no setor. Entre eles, destacam-se: o maior aproveitamento dos setores competitivos; seletividade para inserção global; foco no mercado global e exportações; estímulos progressivos por densidade do investimento e por resultados alcançados; critérios para identificação de empresas e segmentos de alta dinamicidade no setor de tecnologias da informação e comunicação; e maior monitoramento dos resultados obtidos. SALLES FILHO, Sérgio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUN, Camila; CAMPOS, Fábio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de Informática: uma análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11., n. esp., jul. 2012, p. 215.

1.1.2.2 Política industrial no setor farmacêutico

O início do desenvolvimento da indústria farmacêutica no Brasil remonta aos anos de 1930, momento que era caracterizada pela produção local e pela importação de insumos. As empresas multinacionais foram se estabelecer no mercado do brasileiro apenas nos anos 1950, quando ocorreu um primeiro processo de fusões e aquisições, no qual as empresas nacionais foram adquiridas por essas outras. As multinacionais continuaram a desenvolver suas atividades no país e, nos anos 1970, 75% do mercado do país era atendido por essas empresas. Cumpre destacar que, nesse momento, esses empreendimentos implantavam as etapas de produção e comercialização, mas a atividades de P&D eram mantidas nos países de origem.

A participação de mercado dessas empresas aumentou para 85% na década de 1980 e se agravou ao longo dos anos 1990. O advento dos governos neoliberais promoveu a abertura comercial abrupta, a redução das barreiras tarifárias e o processo de valorização da moeda frente ao dólar. O resultado foi a ruptura dos esforços existentes de desenvolvimento da indústria nacional, como a Central de Medicamentos (Ceme) e a Companhia de Desenvolvimento Tecnológico (Codetec). Além disso, essa nova etapa da política econômica nacional levou ao aumento das importações e à entrada de novos produtos. Nesse período, sequer as atividades de produção e comercialização eram realizadas no país, visto que a importação era feita do produto já finalizado¹¹¹.

A Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, sobre direitos de propriedade intelectual também teve importante desdobramento na indústria em análise. Ela se insere dentro do contexto de harmonização substantiva do TRIPS, que será analisado em momento oportuno. Cumpre antecipar que essa legislação permitiu a proteção patentária a produtos químicos e farmacêuticos, o que não era previsto pela legislação anterior. Ademais, instituiu as patentes de revalidação (*patentes pipeline*), que passou a reconhecer a proteção de determinados medicamentos, cuja patente havia sido obtida em países estrangeiros¹¹². Entre os efeitos dessa lei, importa destacar o aumento dos custos de produção de medicamentos e a consequente redução da competitividade no setor, visto que as pequenas e médias empresas brasileiras encontravam mais obstáculos para concorrer com as multinacionais¹¹³.

¹¹¹ PARANHOS, Júlia. *Interação entre empresas e instituições de ciência e tecnologia no sistema farmacêutico de inovação brasileiro: estrutura, conteúdo e dinâmica*. 2010. 327 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 58 e s.

¹¹² Para uma análise mais específica das patentes de revalidação no direito brasileiro, ver seção 1.2.1.

¹¹³ Sobre os danos das patentes de revalidação ao acesso aos medicamentos no Brasil, ver HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; e VIEIRA, Marcela Fogaça. O instituto de Patentes *Pipeline* e o Acesso a Medicamentos: Aspectos Econômicos e Jurídicos Deletérios à Economia da

Esse quadro de desnacionalização da indústria farmacêutica se manteve até a promulgação da Lei n. 9.782/1999, que estabeleceu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Este órgão é responsável pela regulação das atividades produtivas de interesse público, mediante o estímulo à competição e inovação. Essa legislação é conhecida como a Lei dos Genéricos, pois permitiu segurança jurídica para o desenvolvimento de empresas produtoras de medicamentos genéricos. Outrossim, promoveu o crescimento de empresas nacionais com essa finalidade, na medida em que estimulou o relacionamento entre empresa e Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT), assim como viabilizou o financiamento para P&D nas empresas.

Essa nova política de inovação se soma a outros tipos de financiamento estatal, bem como ao desenvolvimento dos ICT brasileiros, que normalmente são públicos. O resultado dessa nova perspectiva da relação entre Estado, empresas e ICT foi o crescimento progressivo da participação das empresas de genéricos no mercado farmacêutico brasileiro. Elas passaram de 5,29% do mercado total, em 2004, a 31,86%, em 2017. Esses valores são equiparados a países como Espanha (31%), França (42%), Alemanha (66%) e Reino Unido (60%), que são países considerados mais avançados em termos de indústria de medicamentos genéricos¹¹⁴.

Apesar do crescimento do setor, é possível constatar o baixo índice de inovações do mercado. Julia Paranhos e Lia Hasenclever vinculam essa característica ao reduzido investimento em P&D. De acordo com as autoras:

O que se faz hoje em termos de inovação é apenas a difusão de inovação estrangeira, e não a geração de inovação dentro do país, em que pese sua contribuição para o desenvolvimento e crescimento das empresas e um melhor posicionamento competitivo no mercado nacional. O foco do setor na produção de medicamentos genéricos, o pequeno tamanho da maioria das empresas, as limitações de recursos e o desinteresse das empresas multinacionais em investir em atividades de P&D no Brasil contribuem fortemente para explicar o baixo nível de inovações no setor farmacêutico do país¹¹⁵.

Saúde. *Revista de Direito Sanitário*. v. 11, n. 2, São Paulo: jul./out. 2010, p. 164-188. Ver também LANA, Paula Wardi Drummond Gouvea. Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: o Instituto de Patentes *Pipeline* e seu Impacto na Concorrência do Mercado de Antiretrovirais no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*. v. 3, n. 1, maio/2015, p. 181-205.

¹¹⁴ PROGENÉRICOS. Associação brasileira das indústrias de medicamentos genéricos. *Dados do mercado*. Disponível em: <<http://progenericos.org.br/mercado>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹¹⁵ PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, A proteção patentária e a interação empresa-ICT no sistema farmacêutico de inovação brasileiro, *Radar IPEA*, n. 29, 2013, p. 41.

Não é objetivo do presente trabalho promover maiores reflexões sobre quais estratégias de política industrial o Brasil deve adotar para desenvolver o setor¹¹⁶. Entretanto, é relevante constatar que países como Índia e China são exemplos da tendência mundial de internacionalização da P&D, mas não é o caso do Brasil¹¹⁷. Essa breve análise da indústria farmacêutica se soma à realizada sobre o setor de informática, no sentido de confirmar a manutenção de profunda dependência tecnológica do país. Essa constatação permite compreender os fundamentos contemporâneos da inserção não só do Brasil, mas também de outros países com heranças do subdesenvolvimento, na dinâmica mundial de comércio de alta tecnologia.

1.1.2.3 Dinâmica contemporânea do comércio internacional de alta tecnologia

As dificuldades decorrentes do desenvolvimento do setor da informática e farmacêutico, no Brasil, articulam-se com a posição do país na dinâmica de comércio internacional de alta tecnologia no mundo contemporâneo. Nesse sentido, André Furtado e André Rauen colaboram para uma nova tipologia das indústrias nacionais de alta tecnologia, com base na intensidade tecnológica e no desempenho comercial dos países.

De acordo com os autores, três elementos redimensionaram a dispersão espacial e organizacional da produção: novas estratégias empresariais de internacionalização e desverticalização; convergência tecnológica por parte da antiga periferia; e inovações tecnológicas organizacionais nos campos da logística e da informação. Esse fenômeno é conhecido como “fragmentação da produção”, que, no primeiro momento, dispersa a produção em direção aos países de menores salários. No segundo momento, o consumo é difundido, o que levou ao incremento do consumo de bens de alta tecnologia¹¹⁸.

Com base nas alterações das cadeias produtivas, decorrentes do deslocamento espacial entre a produção física do bem e sua concepção e desenvolvimento, eles identificam quatro

¹¹⁶ Sobre as oportunidades de desenvolvimento da indústria de fitoterápicos e de biossimilares, ver HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Júlia; COSTA, Cíntia Reis; CUNHA, Gabriel; VIEIRA, Diego. A indústria de fitoterápicos brasileira: desafios e oportunidades. *Ciência & Saúde Coletiva*, nº 22(8), 2017, p. 2559-2569. Ver também GOMES, Eduardo Braz Pereira; ROSSETO, Renato; PINHEIRO, Lucimar; HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Lia. Desenvolvimento de biossimilares no Brasil. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*. v. 5, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 31-42.

¹¹⁷ PARANHOS, Júlia. *Interação entre empresas e instituições de ciência e tecnologia no sistema farmacêutico de inovação brasileiro: estrutura, conteúdo e dinâmica*. 2010. 327 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 69.

¹¹⁸ RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014, p. 411.

grupos, entre os principais produtores mundiais de alta tecnologia: 1º) líderes tecnológicos superavitários (Japão, Alemanha, França, Suécia e Holanda); 2º) líderes tecnológicos deficitários (Estados Unidos, Reino Unido e Canadá); 3º) seguidores tecnológicos superavitários (China, Coreia do Sul, México, Cingapura e Irlanda); e 4º) seguidores tecnológicos deficitários (Itália, Brasil e Espanha). A maior contribuição dos autores é identificar e caracterizar o 2º e o 3º grupos, uma vez que as teóricas clássicas de comércio internacional do século XX se restringem aos ao 1º e ao 4º grupos. Em outras palavras, a definição Norte x Sul (centro x periferia) não é suficiente para apreender as complexidades da geografia industrial e dos fluxos de comércio contemporâneos. Logo, torna-se importante expor a caracterização de cada um desses quatro grupos com o fito de mostrar a relevância deles.

O primeiro grupo é composto por países desenvolvidos com alta capacitação tecnológica, que se articula ao significativo consumo interno de produtos de alta tecnologia. O referido consumo decorre das altas rendas per capita e dos robustos saldos comerciais no setor em questão. A competitividade internacional pressiona a fragmentação geográfica da produção, mas determinadas políticas industriais permitem a manutenção da internalização das atividades industriais de alta tecnologia.

O segundo grupo é formado por países com um sofisticado parque industrial de alta tecnologia, devido à histórica liderança científico-tecnológica, mas são deficitários no comércio de mercadorias de alta tecnologia. Esses déficits decorrem do elevado consumo interno e da menor efetividade das políticas industriais, que não conseguiram manter a produção internalizada. Um país que representa esse quadro são os EUA, que realizaram intensos estímulos para fragmentar a produção de alta tecnologia, devido aos custos de produção e ao salário médio da alta tecnologia. Além disso, a alta renda per capita estadunidense é responsável pelo maior mercado de alta tecnologia do mundo, o que acaba pressionando a balança comercial do país.

O terceiro grupo é constituído por países com baixa intensidade tecnológica, porém com altos superávits comerciais. Esse grupo decorre do fenômeno da fragmentação da produção e é composto por representantes de alta e baixa renda per capita. Eles têm como característica a baixa capacitação tecnológica nacional, que se articulou a políticas industriais ativas e a custos de produção internacionalmente competitivos. Esse contexto atraiu atividades fragmentadas que se destinam, na maioria das vezes, à exportação¹¹⁹.

¹¹⁹ O processo de desenvolvimento tecnológico no leste asiático passou por três momentos distintos. O primeiro foi protagonizado pelo Japão, que promoveu uma convergência tecnológica durante as décadas de 1950 e 1960.

O quarto grupo é composto por economias que possuem alguma produção de alta tecnologia, mas que não se desenvolvem nas cadeias produtivas globais. Isso decorre da dependência de fontes externas de tecnologia, que por sua vez não se articulam suficientemente com os tecidos industriais. A partir dessa pesquisa, reforça-se a constatação de que as atividades industriais desse setor costumam se restringir à montagem final para o mercado interno. O Brasil faz parte desse grupo, o qual carece de sistema de inovação que viabilize a internalização de atividades produtivas de alta tecnologia, consoante à demanda dos produtos dessa indústria¹²⁰.

Essa análise permite entender que o comércio internacional de alta tecnologia deve ser explicado a partir dessa nova dinâmica das cadeias produtivas globais do setor, que decorre principalmente da fragmentação da produção. Atrelado a isso, a intensificação da globalização também contribuiu para redimensionar a proteção da propriedade intelectual, que se deu por intermédio de novas normas de direito internacional. A incorporação do novo perfil de proteção desses direitos na legislação brasileira deve ser analisada a partir de seus desdobramentos no mercado interno, sobretudo no que diz respeito ao poder de mercado das empresas multinacionais inovadoras atuantes no país.

1.2 Desdobramentos do Direito Internacional da Propriedade Intelectual no Brasil

Os direitos de propriedade intelectual têm função central nas dinâmicas econômicas internacionais contemporâneas, notadamente com as novas características da globalização da segunda metade do século XX. A difusão da produção, a ampliação dos mercados consumidores de produtos das economias desenvolvidas e o crescimento das multinacionais foram fatores determinantes para a reformulação das normas internacionais de direito da propriedade intelectual.

A partir da Segunda Guerra Mundial foram realizadas mudanças nas convenções da União de Paris para a proteção da propriedade industrial, e na União de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas. O principal objetivo dessas modificações foi adequar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, no plano internacional, às novas necessidades

Em seguida, o segundo é marcado pela emergência dos níveis de renda *per capita* dos Tigres Asiáticos. Por fim, a partir da década de 1990, a China protagonizou uma hegemonia na exportação de manufaturados. RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014, p. 423.

¹²⁰ RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014, p. 419 e s.

jurídicas e econômicas decorrentes do aprofundamento da globalização. Em 1967, foi criada a OMPI/WIPO, que adquiriu status de organismo especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1974. A emergência de novos conhecimentos e produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual insere a criação desse organismo no contexto de fim da dicotomia dos direitos de propriedade intelectual. Até então eles eram divididos em dois grupos: direitos de propriedade industrial e direito do autor e conexos.

O processo de harmonização e a consolidação da tendência expansionista dos direitos de propriedade intelectual atingiram o seu auge com o advento do Acordo TRIPS, elaborado durante a Rodada do Uruguai do GATT, em 1994. Os seus objetivos foram de suprir as falhas das antigas normas de Direito Internacional e de vincular definitivamente a proteção dos direitos de propriedade intelectual ao comércio internacional. O período subsequente à adoção do Acordo TRIPS redefiniu o mercado internacional de tecnologias, com desdobramentos diretos na própria formulação de políticas industriais e de inovação dos países com heranças do subdesenvolvimento.

Os fundamentos dessa nova concorrência tecnológica mundial se estabeleceram em torno da tendência expansionista da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Frisa-se que a ampliação dos níveis de proteção dos ditos direitos está atrelada a uma perspectiva privatista da condução da política de inovação, na qual as empresas multinacionais inovadoras assumem papel protagonista (1.2.1). Entretanto, esses contornos da aplicação do Acordo TRIPS não encontram pleno respaldo na sua própria concepção inicial. Diante disso, existe uma convergência de parte dos países tecnologicamente dependentes de reconstituir uma perspectiva publicista dos direitos de propriedade intelectual (1.2.2).

1.2.1 Hegemonia privatista dos direitos de propriedade intelectual

O Acordo TRIPS¹²¹ de 1994 é o primeiro tratado que destinou parte específica para a disciplina procedimental da proteção dos direitos de propriedade intelectual¹²². Isso redefiniu vários parâmetros da proteção internacional da propriedade intelectual, notadamente, aqueles dispostos nos acordos de Berna e de Paris. Um dos principais parâmetros foi a ressignificação

¹²¹ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, integrante do Anexo IC do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, de 15 de abril de 1994. No ordenamento brasileiro, ver Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que incorpora os resultados da Ata Final da Rodada Uruguai do GATT.

¹²² POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aplicação efetiva das normas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio: perfis da relação intrusiva entre o Acordo TRIPS/OMC e os direitos domésticos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 24.

no modelo de harmonização, que forçou a adoção de legislações mais protetivas aos direitos de propriedade intelectual em países com heranças do subdesenvolvimento, como é o caso do Brasil. Todavia, o próprio acordo previu regras de transição e estabeleceu flexibilidades que permitem maior autonomia dos países na definição de sua política industrial e de inovação.

O período subsequente à adoção do Acordo TRIPS foi marcado por uma redefinição do sentido inicial do TRIPS, no qual a tendência expansionista foi ressignificada. Daniel Gervais o compreende como o segundo momento do acordo TRIPS. O primeiro é demarcado pela emergência da narrativa que vincula o desenvolvimento econômico ao aumento da proteção de direitos de propriedade intelectual (*addition narrative*). Esse período começa com as reformulações das antigas convenções e perdura até a adoção do TRIPS. O segundo momento é conhecido como TRIPS-Plus e se caracteriza pelas críticas ao próprio acordo (*subtraction narrative*). Nessa etapa, as técnicas dispostas no Acordo TRIPS foram consideradas pouco efetivas, o que justificaria a harmonização das regras de propriedade intelectual por outros acordos bilaterais e multilaterais. O terceiro momento é o retorno às concepções iniciais do TRIPS, devido à compreensão de que a tendência expansionista e privatista dos direitos de propriedade intelectual gerou graves distorções, especialmente em desfavor dos países tecnologicamente dependentes (*calibration narrative*)¹²³.

A efetividade da harmonização da proteção dos direitos de propriedade intelectual decorrentes da tendência expansionista do TRIPS, mas especialmente do período subsequente à sua adoção, é fundamental para compreender a manutenção da dependência tecnológica dos países com herança do subdesenvolvimento (1.2.1.1). Assim, a legislação sobre propriedade intelectual, no Brasil, foi alterada justamente no período em que vigorava a hegemonia dessa perspectiva profundamente privatista. Essa mudança legislativa promoveu significativos desdobramentos jurídicos e econômicos, que estão inseridos no contexto de harmonização proposto pelo Acordo TRIPS (1.2.1.2).

1.2.1.1 Proteção internacional da propriedade intelectual no contexto Pós-TRIPS

A adoção do Acordo TRIPS e os tratados bilaterais de investimento e acordos de livre comércio negociados, especialmente pelos EUA e pela União Europeia, marcaram a incorporação de obrigações internacionais de forte proteção da propriedade intelectual. Costuma-se empregar o termo “TRIPS-Plus” para indicar as iniciativas bilaterais, regionais e

¹²³ GERVAIS, Daniel. Of clusters and assumptions: innovation as part of a full TRIPS implementation. *Fordham Law Review*, v. 77, 2009, p. 2356-2360.

sub-regionais que elevaram consideravelmente os padrões mínimos anteriormente estabelecidos no Acordo TRIPS. Esse gênero de iniciativa representou a criação de categorias que conferem direitos mais amplos aos titulares. Além disso, as iniciativas bilaterais, regionais e sub-regionais reduziram o alcance das flexibilidades estabelecidas originalmente pelo Acordo, como as normas relativas à exaustão internacional, a redução do escopo de proteção conferida aos titulares e as limitações e exceções aos direitos de propriedade intelectual.

Foram excluídos os debates sobre a apropriação de bens de tecnologia e informação, decorrente do consenso ancorado no multilateralismo clássico da propriedade intelectual, sob os sistemas da OMPI e GATT/OMC. De acordo com Fabrício Polido, três elementos sustentam essa nova ordem de regulamentação da internacional da propriedade intelectual: (i) usurpação das competências originárias de organizações internacionais clássicas (OMPI e OMC) para negociação em múltiplos foros; (ii) defesa da coerência formal dos tratados bilaterais de investimento e acordos regionais de livre comércio com o regime multilateral, especialmente quanto às normas já adotadas na OMC e OMPI; e (iii) manutenção do princípio da proteção mínima nesses tratados bilaterais de investimento e acordos de livre comércio negociados pelos países desenvolvidos¹²⁴.

Essas novas formas de bilateralismo e regionalismo obtiveram sucesso na harmonização da proteção dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo devido às pressões dos interesses das multinacionais e da necessidade dos países tecnologicamente dependentes de investimentos estrangeiros. Contudo, elas se contrapõem ao modelo adotado pelas convenções clássicas de proteção internacional da propriedade intelectual, visto que estas promoviam o princípio da harmonização progressiva. Ou seja, a aproximação entre as legislações domésticas da União ocorria sem excluir a liberdade dos legisladores nacionais quanto à adoção de normas mais amplas para a proteção das invenções e criações.

O regime do TRIPS, por sua vez, é caracterizado pelo aprofundamento de vários regimes substantivos e de procedimentos. A sua efetiva implementação decorreu boa parte devido à possibilidade de as divergências serem submetidas tanto ao Órgão de Solução de

¹²⁴ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional da propriedade intelectual: Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 80-84.

Controvérsias da OMC, quanto aos tribunais domésticos e regionais¹²⁵. O resultado foi uma progressiva, mas intrusiva, convergência entre as normas relativas à propriedade intelectual nos direitos domésticos.

Cumprido frisar que esse novo modelo de harmonização está calcado no aprofundamento da tendência expansionista da proteção de direitos de propriedade intelectual, posto em prática pelos acordos bilaterais e multilaterais. Em síntese, ele decorreu do enfraquecimento do processo de formulação global de normas de propriedade intelectual. Ruth Okediji identifica dois fatores essenciais para essa reformulação no plano internacional: (i) a atuação agressiva dos países desenvolvidos para inviabilizar a adoção de regras unilaterais de políticas de propriedade intelectual dos países subdesenvolvidos; e (ii) a formulação de acordos bilaterais e multilaterais que reduziram a aplicação das flexibilidades reconhecidas pelo TRIPS¹²⁶.

O resultado desse processo de harmonização foi a criação de sistemas globais de proteção, fenômeno compreendido como a tendência expansionista no sistema internacional da propriedade intelectual. Fabrício Polido define três sistemas globais de proteção, que sofreram alterações com essa nova harmonização da era pós-OMC: proteção das patentes, das marcas e dos direitos de autor nos ambientes digitais.

A elevação da proteção patentária está vinculada à pretensão de redução do domínio público. Para tanto, foram padronizados direitos de exclusividade, garantindo maior prazo de duração das patentes (20 anos), ampliando a matéria protegida, assim como foi reduzido o escopo das limitações e exceções para o acesso à proteção.

A expansão da proteção das marcas, por sua vez, ocorreu tanto com a adoção do Acordo TRIPS/OMC, quanto com o Tratado da OMPI sobre Direitos de Marcas de 1994 e com o Tratado de Cingapura sobre Direito de Marcas de 2006. Com isso, houve a redução de requisitos para a proteção das marcas, além da introdução de conceitos mais flexíveis para enquadramento de sinais com possibilidade de serem registrados como marcas.

¹²⁵ As controvérsias suscitadas sobre as obrigações dispostas na parte III do TRIPS são fundamentais para entender de que maneira o órgão de solução de controvérsias da OMC foi importante na tendência expansionista dos direitos de propriedade intelectual. De acordo com Fabrício Polido (2013), sete controvérsias podem ser destacadas como ilustrativas dos esforços desse órgão na aplicação ou observância (*enforcement*) dos padrões mínimos estabelecidos pelo TRIPS/OMC. Todas elas foram feitas pelos EUA a diversos países, são eles: Dinamarca e Suécia, em 1997 (DS83 e DS86); Comunidades Europeias e Grécia, em 1998 (DS124 e 125); consultas dos EUA à Argentina, em 1999, e 2000 (DS171 e DS196); e à China em 2007 (DS362). POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aplicação efetiva das normas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio: perfis da relação intrusiva entre o Acordo TRIPS/OMC e os direitos domésticos. *Revista de Informação Legislativa*. A. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 36.

¹²⁶ OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intellectual property relations: revisiting twenty-one years of the TRIPS Agreement. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v 36:1, 2015, p. 194.

No que diz respeito à proteção de direitos de autor, frisa-se que o Acordo TRIPS, em seu art. 9.1, estabelece a técnica da incorporação por referência. Essa técnica exige que os Membros da OMC cumpram obrigações multilaterais pré-existentes, submetendo-as às sucessivas revisões da Convenção de Berna de 1886, que promoveram a ampliação da matéria protegida pelos direitos do autor. Além dela, a Convenção de Roma de 1961 também foi incorporada por referência, o que expandiu a proteção por direitos de propriedade intelectual a gravações sonoras, a emissões de rádio e a interpretações de artistas sobre obras protegidas por direitos de autor¹²⁷.

Esse contexto levou a prevalência de interesses privados das multinacionais, visto que possibilitou a proliferação de direitos exclusivos. Em outros termos, criou barreiras à provisão de bens relacionados à pesquisa científica, educação, saúde, biodiversidade e proteção ambiental, por exemplo. O grau de privatização do conhecimento e das tecnologias, posto em prática pelo TRIPS-Plus, também aumentou as barreiras competitivas e os custos produtivos. Além disso, produziu efeitos negativos ao bem-estar em economias tecnologicamente dependentes, uma vez que inviabilizou a capacidade de os Estados gerirem a política de propriedade intelectual de maneira conducente à inovação¹²⁸.

O Brasil foi um dos países tecnologicamente dependentes que não se utilizou de maneira sistêmica das regras de transição expostas no TRIPS. Na realidade, a legislação da década de 1990 retirou conhecimentos que já estavam no domínio público, garantindo uma proteção aos direitos de propriedade intelectual maior que a prevista pelo próprio acordo. Logo, essa estratégia trouxe desdobramentos negativos à inovação local, reduziu a competitividade da indústria nacional e promoveu um acréscimo do poder econômico das multinacionais.

1.2.1.2 Desdobramentos do Acordo TRIPS no direito interno brasileiro

A Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que normatiza direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual, revogou o Código da Propriedade Industrial, a Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Essa mudança está diretamente alinhada à harmonização substantiva do

¹²⁷ Para uma análise mais detida dos sistemas globais de proteção de direitos de propriedade intelectual Pós-OMC, ver POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional da propriedade intelectual: Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 196-282.

¹²⁸ MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Eds.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 7.

Pós-TRIPS, visto que ocorreu com menos de dois anos da incorporação do acordo no ordenamento brasileiro.

As modificações na legislação de proteção de direitos de propriedade intelectual tiveram um forte impacto na indústria nacional. Entre os motivos, está a ampliação do campo de conhecimento patenteável, por força do art. 27 do TRIPS. A nova redação da lei contrastou com a anterior, na medida em que a mais antiga não reconhecia a patenteabilidade de conhecimentos centrais à área farmacêutica, por exemplo.

Cumprе destacar que o art. 65 do TRIPS estabeleceu o prazo de um ano para que os membros aplicassem as disposições do acordo. Também foram estabelecidos prazos de transição para os países considerados “em desenvolvimento” e os de “menor desenvolvimento relativo”. Os primeiros puderam postergar em quatro anos; e os segundos, por dez anos, a data da aplicação do acordo (art. 66).

Países como Índia e Tailândia, por exemplo, utilizaram esses prazos para preparar as empresas nacionais para a competição com as empresas multinacionais inovadoras. O Brasil, por sua vez, adotou rapidamente legislação alinhada à tendência expansionista do TRIPS. Na realidade, alguns institutos protegem mais os direitos de propriedade intelectual do que as previsões do referido acordo, como é o caso das patentes de revalidação (*pipeline protection*). Outro desdobramento relevante do acordo TRIPS, no direito interno brasileiro, foi a aplicação direta dos dispositivos do acordo, notadamente no que diz respeito aos direitos de exclusividade na comercialização (EMR)¹²⁹.

Patentes de revalidação (pipeline protection) na Lei n. 9.279/96

A técnica de patentes de revalidação permitiu o reconhecimento das patentes obtidas fora do Brasil, caso o pedido fosse realizado no prazo de um ano a contar da publicação da Lei de 1996¹³⁰. A validação dessa patente no Brasil deveria ocorrer tal como concedida no país de origem, conforme dispõe o texto da Lei:

¹²⁹ As patentes de revalidação e os direitos de exclusividade na comercialização são fundamentais para compreensão das políticas de inovação no Brasil. Além disso, a aplicação dessas normas no tempo guarda relação direta com um caso analisado pelo CADE de abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais (*Eli Lilly*), que será apresentado a seguir, na seção 3.2.2.

¹³⁰ Não se pode confundir a técnica de patentes de revalidação com as patentes “*mail box*”, dispostas no art. 70.8 do TRIPS. De acordo com este dispositivo, os Estados-Membros deveriam criar a possibilidade de recebimento de pedidos de patentes a serem analisados após o fim dos prazos de transição, com a nova legislação. Ao contrário das *pipelines*, as patentes “*mail box*” possibilitam a análise do pedido de patente a partir dos critérios da nova legislação.

Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, *ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior*, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente (grifos acrescidos).

Esse instituto permitiu uma simples submissão da análise realizada no ordenamento jurídico de origem, sem respeitar o critério da novidade. Em termos práticos, as patentes de revalidação permitiram a mitigação do requisito da novidade. Ou seja, permitiu a concessão de proteção patentária a produtos que já se encontravam em domínio público, uma vez que a legislação anterior não os considerava patentáveis¹³¹.

Um dos desdobramentos foi o enfraquecimento da indústria de medicamentos genéricos, o que eleva o preço dos produtos. Frisa-se que determinadas pesquisas comprovam que o Brasil chega a pagar até sessenta vezes o valor dos preços praticados pelos genéricos indianos, por exemplo¹³². De acordo com a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), foram depositados 1.182 pedidos de patentes de revalidação, dos quais, 45% eram provenientes dos EUA, 13% do Reino Unido, 10% da Alemanha, 9,6% do Japão e 7,7% da França. Constatou-se que, pelo menos, trezentos e quarenta medicamentos que não seriam protegidos no Brasil sem o mecanismo *pipeline* passaram a sê-lo.

Um exemplo possível é o *Efavirenz*, utilizado no tratamento contra HIV/AIDS, que era protegido pelas *pipelines*. Esse medicamento era vendido por US\$ 580,00 (quinhentos e oitenta dólares) por paciente/ano, quando em abril de 2007, ele foi declarado de interesse público e foi emitida licença compulsória. Essa licença permitiu que o governo brasileiro passasse a comprar a sua versão genérica indiana por US\$ 190,00 (cento e noventa dólares) por paciente/ano, até começar a produção local em fevereiro de 2009. Além de medicamentos

¹³¹ Desde 2009, tramita no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4234, questionando os artigos 230 e 231, da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Os dois principais argumentos levantados pela Procuradoria Geral da República são o desrespeito ao requisito da novidade na concessão de patentes e a irreversibilidade do domínio público. Todavia, ainda não há decisão sobre o mérito da questão.

¹³² MIRANDA, Pedro Henrique Villardi; SILVA, Francisco Viegas Neves da; PEREIRA, Amanda Mey Carmo. *Perguntas e Respostas sobre Patentes Pipeline: Como Afetam a sua Saúde?* Rio de Janeiro: Abia, 2009, p. 7-9.

no tratamento contra HIV/AIDS, outros que são utilizados no tratamento de câncer, Alzheimer, Parkinson, esquizofrenia são protegidos por patentes de revalidação¹³³.

Denis Barbosa afirma que o instituto das patentes de revalidação não decorre das negociações do TRIPS, pois efetivamente não há previsão sobre esse assunto no acordo. Esse argumento ganha força ao constatar que a Assembleia Geral rejeitou a incorporação das “*pipelines protection*” no acordo TRIPS. Ademais, o autor destaca que, desde os anos 1987, havia pressão estadunidense para que o Brasil passasse a conceder patentes farmacêuticas. Em 6 de janeiro de 1990, após negociação com o governo brasileiro e o representante comercial dos EUA, foi pactuada a retirada das sanções unilaterais, em troca de um pacote de medidas em favor dos titulares estrangeiros de patentes. O intuito se manteve até promulgação da lei em 1996, a despeito das mudanças presidenciais à época¹³⁴. Apesar dessa constatação, não se pode negar que as patentes de revalidação se inserem no movimento expansionista dos DPI, desencadeado com maior intensidade no período Pós-TRIPS.

Portanto, a tendência expansionista foi implementada no Brasil sem a plena observância das regras transitórias para os países “em desenvolvimento”, propostas pelo próprio acordo. Ainda, pode-se asseverar que houve o agravamento dessa tendência expansionista com a técnica das patentes de revalidação que causam prejuízos aos consumidores e ao erário público, dados os altos preços dos medicamentos, por exemplo. Os direitos de exclusividade de comercialização (*Exclusive Marketing Rights* - EMR) são outra técnica decorrente do TRIPS, que impactou a política de inovação e que tem igualmente interface com a concorrência no mercado de alta tecnologia.

Aplicação dos direitos de exclusividade de comercialização (EMR) no Brasil

Repousa sobre os direitos de exclusividade de comercialização a polêmica sobre a sua existência ou não no ordenamento jurídico brasileiro. Essa questão está longe de se restringir

¹³³ Para a lista dos medicamentos protegidos pelas patentes de revalidação, ver a tabela formulada pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA): ABIA. *Identificação de produtos de patente pipeline*. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/ID_pipeline.xls>. Acesso em: 18 fev. 2017.

¹³⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Sempre a inconstitucionalidade das patentes pipelines: uma visão renovada*. Jul. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/sempre_inconst_patentes_pipeline.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

a um debate teórico sem aplicação prática, pois, como se verá adiante, a suposta existência de EMR foi argumento levantado por empresas para tentar excluir outras da competição¹³⁵.

O art. 70.9 do TRIPS criou um sistema de direitos exclusivos de comercialização para produtos farmacêuticos e produtos químicos para a agricultura. De acordo com ele:

70.9. Quando um produto for objeto de uma solicitação de patente num Membro, em conformidade com o parágrafo 8 (a), serão concedidos direitos exclusivos de comercialização não obstante as disposições da Parte VI acima, por um prazo de cinco anos, contados a partir da obtenção da aprovação de comercialização nesse Membro ou até que se conceda ou indefira uma patente de produto neste Membro se esse prazo for mais breve, desde que, posteriormente à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, uma solicitação de patente tenha sido apresentada e uma patente concedida para aquele produto em outro Membro e se tenha obtido a aprovação de comercialização naquele outro Membro.

Duas análises precisam ser feitas para dirimir a polêmica sobre a incorporação dos EMR no direito brasileiro: (i) delimitar a aplicação do acordo TRIPS no ordenamento brasileiro; e (ii) definir precisamente a técnica dos EMR.

Sobre a aplicação do acordo TRIPS, entende-se que é um acordo-contrato, criando obrigações internacionais aos Estados e não na ordem interna, conforme explica Maristela Basso¹³⁶. Essa interpretação decorre do próprio art. 1.1 do TRIPS, que estabelece a liberdade dos membros na determinação da forma apropriada para implementar as disposições do acordo em seus respectivos sistemas e práticas jurídicos.

Denis Barbosa reitera esse argumento na medida em que não classifica o acordo TRIPS como uma lei uniforme, pois não cria quadro normativo que proteja os particulares. Ou seja, não estabelece uma realidade operacional que permita reclamação ao poder público para a sua observância. Dessa feita, o primeiro argumento é que o instituto do EMR depende de normatização por legislação brasileira, para entrar em vigor no ordenamento. Como não há previsão legal, ele não existe no Brasil.

O autor destaca que os EMR, acatada a sua existência, encontra outro obstáculo no ordenamento jurídico brasileiro. Os EMR só se aplicam às solicitações de patentes em conformidade ao art. 70.8 (a), ou seja, aquelas que ocorreram com a técnica de patente *mailbox*. De maneira prática, os EMR protegeriam a exclusividade de comercialização por

¹³⁵ A incorporação dos EMR foi debatida no CADE e em diversos processos judiciais pela empresa Eli Lilly, que foi punida por utilizar abusivamente os direitos de petição com efeitos anticoncorrenciais. Ver análise da decisão do CADE na seção 3.2.2.

¹³⁶ BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 294.

cinco anos, a contar da data da efetiva aprovação da patente que havia sido depositada no *mailbox*. Acontece que o instituto do *mailbox* durou apenas até o dia 1º de janeiro de 1995, de acordo com a Medida Provisória n. 2.105-15, de 2001, que foi convertida na Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001¹³⁷.

Diante desses argumentos, apesar de determinados juristas sustentarem a aplicação dos EMR, entende-se que eles sequer existem no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, como se verá na análise do caso Eli Lilly, esse argumento foi utilizado para prolongar a proteção de patentes de maneira ilegal, especialmente por empresas da indústria farmacêutica atuantes no Brasil.

Alguns institutos estabelecidos pela legislação de direitos de propriedade intelectual reformularam a estrutura do mercado brasileiro. Eles contribuíram para o fortalecimento de um determinado grupo de empresas que são consideradas atualmente superdominantes, em especial na indústria de alta tecnologia. A trajetória desses setores que sofreram influência dessa mudança legislativa deve ser levada em consideração no momento da intervenção concorrencial. Caso contrário, não será possível delinear corretamente o poder de mercado das empresas. Além disso, será difícil identificar a possível utilização de direitos de propriedade intelectual para aumentar o poder de mercado de forma abusiva.

Pode-se concluir que promoção da harmonização de cunho privatista do TRIPS-Plus não se mostrou suficiente para promover a difusão da inovação. Pelo contrário, a experiência de alguns países com forte dependência tecnológica, como é o caso do Brasil, demonstrou que a elevada proteção dos referidos direitos não se mostra suficiente para promover a inovação. Portanto, faz-se necessário retomar a concepção multilateral originária do próprio TRIPS, visto que ela fundamenta uma percepção publicista da gestão da política de inovação.

1.2.2 Retorno à perspectiva publicista dos direitos de propriedade intelectual

A tendência expansionista da proteção de direitos de propriedade intelectual alcançou um elevado grau com a harmonização substantiva constatada no Pós-TRIPS. Entretanto, os efeitos foram deletérios para a economia de muitos países tecnologicamente dependentes. Entende-se que o TRIPS-Plus não foi capaz de promover o desenvolvimento pelo acesso às

¹³⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro*. Out./2010. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/emr.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017, p. 20 e s.

tecnologias¹³⁸. O modelo adotado privilegiou as economias industrializadas com mercado de capitais desenvolvido, não sendo capaz de atrair investimentos a países nos quais o capital é limitado¹³⁹.

Os resultados da difusão dessa política privatista são essenciais para entender que a superproteção desse instituto não promove a inovação *per se*. Em especial, naqueles países que não possuíam leis as quais protegiam determinados conhecimentos, mas que passaram a patentear-los por força de novas legislações inseridas no contexto do TRIPS-Plus¹⁴⁰.

A agenda para o desenvolvimento da OMPI proposta em 2004 se insere na proposta de “recalibrar” a narrativa internacional (*calibration narrative*), em torno de um contexto publicista. Trata-se de fruto de uma negociação na qual Argentina e Brasil foram protagonistas e representa a tentativa de retomar à perspectiva originária do TRIPS (1.2.2.1). Esse contexto internacional dialoga com a readequação teórica, política e jurídica do tratamento da inovação em países latino-americanos, entre os quais, destaca-se o Brasil (1.2.2.2).

1.2.2.1 Agenda da OMPI para o desenvolvimento e o retorno às origens do TRIPS

A Agenda da OMPI sintetiza a percepção de que o TRIPS-Plus fracassou na promoção do desenvolvimento pela difusão tecnológica. Jerome Reichman e Keith Maskus indicam que o resultado foi o contrário, na verdade, o que ocorreu foi a formação de um “cartel do conhecimento” (*knowledge cartel*). Esse cartel controla a distribuição das tecnologias existentes, sem que os participantes sejam estimulados a promover inovações. Além disso, os membros desse cartel pressionam os governos para regular o mercado global no sentido de impedir temporariamente a competição, sem necessariamente avançar no interesse público global em inovação e competição¹⁴¹.

¹³⁸ CORREA, Carlos. The TRIPS Agreement and developing countries. In: MACRORY, P.F.J.; APPLETON, A.E.; PLUMMER M.G. (eds). *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Boston: Springer, 2005, p. 420.

¹³⁹ CORREA, Carlos. Le Plan d'action dans le domaine des brevets sert-il les intérêts des pays en développement? In: REMICHE, Bernard (dir.). *Brevets, innovation et intérêt general: Le Brevet: pourquoi et pour faire quoi?* Actes du colloque de Louvain-a-Neuve organisé par Chaire Arcelor. Bruxelles: Larcier, 2006, p. 89.

¹⁴⁰ GERVAIS, Daniel. Challenges in Intellectual Property Governance: Providing the Right Incentives in the Quest for Global Innovation. *Trade, Law and Development*, v. 4(2), 2012, p. 388.

¹⁴¹ MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods. In: MASKUS, Keith E., REICHMAN, Jerome H. (Eds.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 19.

A avaliação desse contexto permitiu a construção da narrativa de retorno às origens do TRIPS, pela qual se podem reconhecer quatro constatações, conforme elucida Daniel Gervais. A primeira é que os países subdesenvolvidos apresentam diferenças econômicas, que impõem uma necessária implementação de regras protetivas de direitos de propriedade intelectual em diferentes níveis. Já a segunda é que o aumento da proteção dos ditos direitos não gera obrigatoriamente efeitos positivos. Enquanto a terceira é que o aumento da proteção é necessário para atrair investimentos, mas não suficiente para gerar desenvolvimento por difusão tecnológica. E a quarta é que o súbito crescimento dos níveis de proteção tem consequências negativas no bem-estar¹⁴².

Assim, a Argentina e o Brasil propuseram o projeto de agenda para o desenvolvimento, ancorando-se nos objetivos de desenvolvimento do milênio, nas disposições do TRIPS e subsequentes decisões do Conselho do TRIPS, como a Declaração de Doha sobre TRIPS e saúde pública de 2001. O objetivo foi de promover o retorno às formulações originárias do TRIPS. O projeto foi apoiado imediatamente pelo conjunto de países autodenominados de “Grupo de amigos do desenvolvimento”, composto por Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Equador, Egito, República Islâmica do Irã, Quênia, Peru, Serra Leoa, África do Sul, Tanzânia, Uruguai, Venezuela e República Dominicana.

A proposta centrou-se na desconstrução do argumento segundo o qual a propriedade intelectual é tida como um fim em si mesma. Isso decorreu da constatação de que ainda existe uma profunda disparidade no acesso ao conhecimento e à tecnologia entre os países ricos e pobres, a despeito da evolução científica e tecnológica do século XX¹⁴³. A proposta da agenda é que a propriedade intelectual esteja a favor da produção e da disseminação de conhecimento, atendendo fins sociais e econômicos, ou seja, que ela retorne aos seus pressupostos de sua criação¹⁴⁴.

Foram adotadas as 45 recomendações relativas à Agenda para o Desenvolvimento na Assembleia Geral da OMPI. A adoção dessas recomendações ocorreu apesar da oposição inicial de países como EUA, que defenderam que níveis altos de proteção aos direitos de propriedade intelectual beneficiavam a todos. Essas recomendações são divididas em seis grupos: a) assistência técnica e fortalecimento de capacidade; b) fixação de normas,

¹⁴² GERVAIS, Daniel. Of clusters and assumptions: innovation as part of a full TRIPS implementation. *Fordham Law Review*, v. 77, 2009, p. 2360.

¹⁴³ CLASSENS, Fleur. A Agenda de Desenvolvimento da OMPI avança. *International Centre for Trade and Sustainable Development. Intellectual property*. 1º abr. 2007.

¹⁴⁴ MONIZ, Pedro de Paranaguá; SOUZA, Marcos Alves. Agenda do Desenvolvimento para a OMPI: contextualização e perspectivas. *International Centre for Trade and Sustainable Development. Intellectual property*. 19 set. 2006.

flexibilidades, política pública e domínio público; c) transferência de tecnologia, tecnologias da informação e da comunicação e acesso aos conhecimentos; d) avaliação e estudos de incidência; e) questões institucionais, mandato e governança; f) outras questões.

Entre as recomendações pertinentes ao presente estudo, podem-se identificar aquelas que estimulam a observância, pela OMPI, dos interesses dos “países em desenvolvimento”, mas, sobretudo, dos “países menos avançados” (§1º, 15, 17, 19). Ademais, várias recomendações são no sentido de ampliar o domínio público (§ 16, 20), adequar os direitos de propriedade intelectual ao interesse público (§10) e estimular a transferência e difusão de tecnologia (§28).

Além desses aspectos, outro relevante é a preocupação em reforçar a importância das flexibilidades previstas no próprio acordo (§14). Entre elas, pode-se destacar a autorização de medidas de preservação de questões de interesse público e repressão de abuso de direitos de propriedade intelectual, constante no art. 8 do TRIPS. Já os §13, 17, 26.2 e 30 versam sobre limitações ou exceções à proteção aos direitos autorais, marcas, desenhos industriais e patentes.

O §27.2, por sua vez, refere-se ao não patenteamento de invenções cuja exploração no território seja necessária evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal, ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente. O §31 trata das hipóteses que autorizam os membros a decretarem o licenciamento compulsório de patentes. Por fim, o §40 permite que os membros adotem medidas para controle de práticas restritivas da concorrência em acordos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual.

A Agenda para o Desenvolvimento da OMPI colabora significativamente para redimensionar a importância do Direito da Concorrência nos países tecnologicamente dependentes. Esse ramo do direito volta a ser considerado, no plano internacional, enquanto instrumento que contribui à preservação de uma ordem pública conducente à inovação. Esse entendimento decorre da sua capacidade de corrigir determinadas distorções da superproteção de direitos de propriedade intelectual. Ao analisar os desdobramentos da Agenda da OMPI, Fabrício Polido afirma:

A Agenda da OMPI para o Desenvolvimento abandona a visão meramente centrada na perspectiva finalista da propriedade intelectual e refuta a ideia que tendências expansionistas de proteção conduzem à atividade inventiva e criativa, facilitam transferência de tecnologia entre países ou aceleram o crescimento econômico e desenvolvimento. Ela centra valores e fundamentos do Direito Internacional da Propriedade Intelectual em

condicionantes de acesso aos bens da tecnologia e informação, benefícios de um domínio público rico e acessível, valorização das flexibilidades na adoção de normas da propriedade intelectual, controle de práticas anticoncorrenciais relativas ao exercício dos direitos de propriedade intelectual. É evidente que as normas e instituições do sistema internacional da propriedade intelectual devem permanecer favoráveis à criatividade, inovação e desenvolvimento, porém adaptadas às condições particulares a cada Estado, em suas diversas manifestações econômicas, políticas, históricas e culturais¹⁴⁵.

A perspectiva publicista no Direito Internacional é desdobramento da preservação do modelo de formulação das normas, ancorado na multilateralidade expressa no TRIPS. Além disso, a perspectiva publicista decorre também da consagração das flexibilidades, de ordem pública, à superproteção dos DPI existentes. Essa interpretação põe em questão o atual protagonismo das empresas multinacionais na governança dos direitos de propriedade intelectual. Ela permite, portanto, a definição de diferentes políticas de inovação ancoradas nos estágios de desenvolvimento econômico e diferenças culturais e jurídicas dos países.

A perspectiva publicista da gestão de direitos de propriedade intelectual, no plano internacional, está diretamente relacionada ao direito interno. Nesse sentido, uma ordem pública interna conducente à inovação só pode se manifestar a partir do diálogo com demais normas de Direito Público. Ou seja, as normas clássicas de direito de propriedade intelectual não permitem decifrar, com a devida precisão, a utilização abusiva dos ditos direitos. Por essa razão, não se pode resumir a política de inovação à maior proteção de direitos de propriedade intelectual, nem mesmo reduzir o debate público sobre o assunto em *Pró-TRIPS versus Anti-TRIPS*¹⁴⁶.

1.2.2.2 Desenvolvimento via inovação no direito interno brasileiro

O protagonismo do Brasil e da Argentina, na formulação da Agenda da OMPI para o desenvolvimento, decorre de uma nova conformação política na América Latina, que caracterizou os anos 2000. Essa conjuntura geopolítica possibilitou a adoção de diversas políticas públicas direcionadas ao fortalecimento do SNI no Brasil.

Houve a promulgação da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) em 2004. A PITCE atuou em três eixos: linhas de ação horizontais (inovação e

¹⁴⁵ POLIDO, Fabrício. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 420.

¹⁴⁶ OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intellectual property relations: revisiting twenty-one years of the TRIPS Agreement. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 36:1, 2015, p. 192.

desenvolvimento tecnológico, inserção externa/exportações, modernização industrial, ambiente institucional), setores estratégicos (software, semicondutores, bens de capital, fármacos e medicamentos) e atividades portadoras de futuro (biotecnologia, nanotecnologia e energias renováveis).

Ainda em 2004, foi promulgada a Lei de Inovação Tecnológica n. 10.973, regulamentada pelo Decreto n. 5.563, que estabeleceu mecanismos de interação entre o público e o privado com vistas ao desenvolvimento tecnológico e à transferência de tecnologia para as empresas. Tal lei ainda criou os núcleos de inovação tecnológica em instituições de ciência e tecnologia, para zelar pela política institucional de estímulo à proteção das criações e transferência de tecnologia.

A Lei do Bem, n. 11.196, foi promulgada em 2005. Ela consolidou incentivos fiscais para pessoa jurídica de forma automática. Estabeleceu, por exemplo, redução do imposto de renda de 60% a 100% por gastos em P&D e também previu a redução de 50% de imposto sobre produto industrializados (IPI), na compra de máquinas e equipamentos para P&D.

De 2007 a 2010, vigorou o Plano de Aceleração do Crescimento da Ciência e Tecnologia e Inovação (PACTI), que foi coordenado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI). O seu objetivo foi de dar continuidade ao processo de desenvolvimento e articular políticas e programas em prol da consolidação do desenvolvimento tecnológico do país. De 2008 a 2011, foi implantada a política de desenvolvimento produtivo (PDP), que ampliou o escopo do PITCE com intuito de ampliar a oferta no país, preservar a balança de pagamentos, elevar a capacidade de inovação e fortalecer micro e pequenas empresas.

De 2011 a 2014, vigorou o Plano Brasil Maior, que tinha como objetivo aumentar a competitividade da indústria nacional a partir do incentivo à inovação e à agregação de valor, por meio de um conjunto de medidas de estímulo ao investimento e à inovação, apoio ao comércio exterior, defesa da indústria nacional e do mercado interno.

De 2012 a 2015, vigorou a Estratégia Nacional para Ciência, Tecnologia e Inovação, que ratificou o papel da inovação para o desenvolvimento sustentável, com ênfase na geração e apropriação do conhecimento científico e tecnológico.

Em 2015, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 85/2015, que atualizou o tratamento de ciência e tecnologia e inovação¹⁴⁷. Essa mudança no texto da Constituição da República teve origem nos debates sobre o Projeto de Lei n. 2.177/2011, atual Lei n.

¹⁴⁷ Sobre a Emenda Constitucional n. 85/2015, ver BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional n. 85. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

13.243/2016, que criou o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Entre as principais mudanças, está a ampliação das entidades que poderão receber apoio financeiro do poder público, pois, até o momento, eram apenas as atividades universitárias de pesquisa e extensão que podiam receber esse tipo de incentivo. A partir de então, as instituições de educação profissional e tecnológica também podem ser apoiadas e financiadas. A referida Emenda dispõe ainda sobre uma nova função do Estado, a de estimular as articulações entre os setores públicos e privados na execução das atividades de pesquisa, capacitação científica e tecnológica e inovação. A partir de 2016, com previsão até 2019, foi promulgada nova Estratégia Nacional para Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI), que promove maior financiamento para o setor de ciência e tecnologia.

Apesar dos esforços dos últimos anos e do avanço em determinados setores, o mercado brasileiro de alta tecnologia ainda é caracterizado pela predominância de multinacionais. A experiência brasileira e estrangeira possibilita afirmar que essas empresas se utilizam de técnicas contratuais e de direitos de propriedade intelectual para manter ou aumentar arbitrariamente o seu poder de mercado. Essas novas estratégias abusivas desafiam os modelos clássicos de solução desses conflitos pela perspectiva dos direitos de propriedade intelectual.

A análise da tendência expansionista dos direitos de propriedade intelectual permitiu Jerome Reichman identificar cinco problemas de ordem concorrencial atrelados à fronteira tecnológica. O primeiro é a utilização de patentes para bloquear pesquisas e suas aplicações à jusante, o que acaba aumentando os custos dos usuários. O segundo é a dispersão de titulares de patentes, e o terceiro é a sobreposição de patentes, que aumenta os custos da produção, das inovações incrementais e da própria difusão tecnológica. O quarto é o aumento de patentes imprecisas, de modo que contribuiu para estratégias não só de *hold-up*, mas também de judicialização com efeitos anticoncorrenciais. O quinto é o crescimento de patentes com objetivo unicamente de se defender na dinâmica concorrencial, permitindo a proliferação de estratégias anticompetitivas de exclusão indevida de competidores e reduzindo a inovação no setor em questão¹⁴⁸.

A incorporação de uma perspectiva publicista no direito interno é convergente com a constatação da necessidade da aplicação do Direito da Concorrência para a promoção da inovação. Assim, algumas das disfunções causadas pela narrativa dos TRIPS-Plus podem ser

¹⁴⁸ REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009, p. 1134 e s.

punidas ou evitadas pela análise das finalidades concorrenciais na utilização de direitos de propriedade intelectual, de estratégias contratuais ou comerciais.

As políticas industriais aplicadas a partir redemocratização, mais especificamente de inovação, não contribuíram substancialmente à superação da dependência tecnológica do Brasil. É importante identificar alguns avanços, contudo é imprescindível destacar que os fundamentos institucionais ainda se encontram insuficientes, se comparados àqueles de países bem-sucedidos nessa matéria.

A superproteção do direito de propriedade intelectual tem uma importância superdimensionada na inovação no Brasil, pois a gestão privatista privilegia as empresas multinacionais, as quais não são sempre estimuladas a difundir suas tecnologias. No setor de alta tecnologia essa constatação é ainda mais grave, visto que a indústria nacional encontra profundos desafios para se desenvolver e para se colocar enquanto ator concorrente ou potencialmente concorrente nos ditos mercados.

Portanto, entende-se que o fracasso do processo de *catch-up* brasileiro decorre, em parte, da própria gestão dos direitos de propriedade intelectual no país. Em outros termos, pode-se inferir que o processo abrupto de implantação da lógica do TRIPS-Plus e a ausência de incorporação das flexibilidades prevista originariamente pelo acordo aumentaram o poder das empresas multinacionais de alta tecnologia.

Essa constatação reforça a necessidade de um olhar publicista sobre os instrumentos clássicos de incentivo à inovação, como é o caso dos direitos de propriedade intelectual, bem como de outros institutos de direito privado. A importância das técnicas contemporâneas do Direito da Concorrência emerge dessa interpretação, uma vez que são capazes de revelar, impedir e punir a abusividade de determinadas estratégias no mercado de alta tecnologia. Portanto, esse ramo do Direito em países tecnologicamente dependentes tem importância central na promoção de estruturas conducentes à inovação e sua difusão.

CAPÍTULO 2. COMPETÊNCIA DO CADE PARA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO

A necessidade de uma ordem pública conducente à inovação fundamenta a aplicação renovada do Direito da Concorrência, especialmente nas economias tecnologicamente dependentes. Os instrumentos contemporâneos desse ramo do direito permitem revelar e punir a abusividade na utilização de direitos de propriedade intelectual ou de outras técnicas contratuais, quando empregadas com a finalidade de reduzir os benefícios do processo contínuo de inovação.

O argumento clássico é que o Direito da Concorrência gera indiretamente a inovação, uma vez que o ato de inovar seria fruto da competição entre empresas. O que se sustenta no presente trabalho vai além dessa compreensão, já que se entende que essas normas jurídicas também podem proteger diretamente a inovação. Para tanto, esta não deve ser vista como resultado da acomodação da concorrência, mas como o principal elemento dinâmico do processo competitivo.

Proteger diretamente a inovação viabiliza o acesso de novos competidores a mercados de alta tecnologia, dadas as elevadas barreiras de entrada decorrentes dos custos do monopólio do conhecimento. A defesa da inovação também garante que o consumidor tenha acesso a produtos mais baratos, a novos produtos ou a melhorias destes. Esses aspectos são fundamentais na economia brasileira, na medida em que ela é caracterizada pela superdominância de multinacionais, que encontram poucos obstáculos em termos competitivos. A partir desse contexto, é possível definir o objetivo do presente capítulo, qual seja, analisar se a estrutura legal da legislação concorrencial em vigor é apta a proteger diretamente a inovação.

A análise proposta não se restringe a uma interpretação literal do texto legal, mas visa a estabelecer um diálogo entre as normas adotadas e as estruturas econômicas do país. Frisa-se que a aplicação desse ramo do direito sofreu variações ao longo do tempo no Brasil, o que revela uma intensa disputa em torno da política concorrencial (2.1). Essa constatação revela os diferentes fundamentos teóricos utilizados para formulação e aplicação dessas normas. Além disso, permite explicitar as diferentes influências de tradições estrangeiras incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre destacar que a ideologia constitucionalmente adotada em 1988 permite um olhar renovado sobre a relação entre concorrência e inovação no Brasil, que deve orientar a interpretação da legislação concorrencial de 2011 (2.2).

2.1 Trajetória do Direito Brasileiro da Concorrência

O Direito da Concorrência é um fenômeno cultural, que se vincula a um momento histórico e a um território específico¹⁴⁹. Compreendê-lo dessa maneira permite refutar as formulações teóricas que estabelecem objetivos *a priori* aplicáveis em qualquer país¹⁵⁰. Esse entendimento possibilita refletir sobre a necessidade desse ramo do Direito estar voltado à solução dos problemas do próprio país e de se respeitar as peculiaridades da cultura jurídica do Brasil.

As normas de Direito da Concorrência estabelecem uma ordem pública à economia de mercado, uma vez que disciplinam o exercício do poder econômico. Por um lado, elas delimitam liberdades das empresas em competição e, por outro, estabelecem os parâmetros legais da regulação do poder econômico, realizada pelo próprio Estado. O conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência variou ao longo da história do país. Essas mudanças decorrem das teorias econômicas dominantes na formulação das políticas adotadas, pelos governos federais, de cada período distinto. Além disso, decorrem também das recepções das experiências jurídicas estrangeiras, especialmente europeia e norte-americana.

Diante disso, faz-se necessário traçar sucintamente a evolução do Direito Brasileiro da Concorrência ao longo do tempo (2.1.1). A divisão histórica utilizada nessa seção equivale à adotada na seção 1.1.1, na qual se estabeleceram os marcos de mudanças globais das políticas econômicas adotadas no Brasil, a partir de 1930¹⁵¹. Esses recortes temporais permitem identificar os diferentes discursos e teorias usados no debate público para fundamentar a atuação dos órgãos responsáveis pela concorrência. O modelo contemporâneo do Direito da Concorrência, por sua vez, foi consagrado ao longo da redemocratização, especialmente após a legislação de 1994, que sofreu algumas reformulações em 2011 (2.1.2).

2.1.1 Disputa pelo conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência

A compreensão das disputas teóricas e políticas em torno do conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência é fundamental para entender a sua aplicação nos dias de hoje. A

¹⁴⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 244.

¹⁵⁰ Ver SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 16, 2009.

¹⁵¹ É importante salientar que as etapas da industrialização periférica no Brasil (1.1.1) guardam relação direta com a disputa pelo conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência (2.1.1). Portanto, essas duas seções são complementares e expõem as diferentes estratégias políticas e econômicas dos governos brasileiros, que configuraram as estruturas socioeconômicas contemporâneas.

definição do modelo contemporâneo desse ramo do Direito parte de análise histórica, visto que essa perspectiva possibilita revelar os interesses econômicos existentes e a sua relação com as estruturas de poder do país. É importante ressaltar novamente que não se trata de pesquisa em História do Direito. A utilização da comparação entre períodos distintos das legislações concorrenciais tem como intuito entender as alterações da política concorrencial atreladas às diferentes políticas industriais do Brasil¹⁵².

A definição apriorística dos objetivos do direito concorrencial pode comprometer a clareza e coerência das conclusões da pesquisa. Essa constatação decorre de duas características do objeto de estudo no Brasil: (i) a confluência não harmônica entre diferentes tradições, inclusive de outros países, na aplicação da legislação concorrencial; e (ii) a confusão entre a busca por cientificidade e a abstenção da intervenção concorrencial. A verificação desta segunda está diretamente relacionada à primeira, já que decorre, muitas vezes, da incorporação acrítica de determinados fundamentos da Escola de Chicago, que se somaram às políticas neoliberais na América Latina nos anos 1990¹⁵³.

O resgate histórico, mesmo que sintético, permite avaliar os diferentes sentidos da legislação concorrencial e a sua inserção no debate público. A definição das fases do Direito da Concorrência no Brasil tomou como base as definições de política industrial no país, o que permite identificar três etapas distintas. O primeiro período (1930-1964) é caracterizado pela vinculação da proteção da concorrência à defesa da “economia popular” (2.1.1.1). O segundo período (1964-1985) é marcado pela prevalência de política industrial fundada pela concentração econômica e aumento da participação de multinacionais na economia do país (2.1.1.2). O terceiro período (1985 aos dias atuais) decorre do advento da redemocratização,

¹⁵² A presente pesquisa não é de História de Direito da Concorrência no Brasil, pois não tem como proposta uma reconstrução completa da legislação concorrencial ou de sua aplicação em um determinado momento histórico. A produção científica sobre esse assunto é vasta, conforme se pode ver, por exemplo, em CABRAL, M. A. M. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016. MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism: the politics of competition regulation in Brazil*. 2014. 491 f. Tese (Doutorado em Direito e Sociedade), “Renato Treves” International PhD Program in Law and Society, Università degli Studi di Milano, Milão. NAVARRETE, Pedro. *As origens do Sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994)*. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2013. GAMA, Marina Moreira da; RUIZ, Ricardo Machado. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. *Economia e Sociedade*, v. 16, n. 2 (30), ago. 2007, p. 233-258.

¹⁵³ Sobre a relação entre Escola de Chicago, Economia neoclássica e neoliberalismo, ver CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o Direito da Concorrência nos países em desenvolvimento*. 2017. 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. p. 43 e s. Ver também MIROWSKI, Philip. The Political Movement that Dared not Speak its own Name: The Neoliberal Thought Collective Under Erasure. *Working paper* n. 23, 2014.

sobretudo das políticas industriais inseridas na ideologia constitucionalmente adotada (2.1.1.3).

2.1.1.1 Surgimento e aplicação difusa do Direito da Concorrência: 1930-1964

As primeiras legislações de natureza concorrencial no Brasil foram promulgadas no período marcado pela instrumentalização do Direito Público para modernizar e fortalecer o Estado brasileiro. O Decreto-Lei n. 869/1938 é considerado como o primeiro documento a conter normas de proteção da concorrência¹⁵⁴. Ele foi formulado durante o período autoritário da “Era-Vargas” e tinha como objetivo proteger a “economia popular” mediante intervenção do Estado nos casos de abuso de poder econômico¹⁵⁵.

A referida legislação estabelecia os crimes contra a economia popular, preocupando-se especialmente com os abusos praticados por agentes participantes de trustes, cartéis e detentores de poder monopolístico ou oligopolístico. Frisa-se que a apuração era realizada pelas comissões de abastecimento e ocorria por meio de inquéritos policiais. O julgamento, por sua vez, era realizado pelo Tribunal de Segurança Nacional¹⁵⁶. Os idealizadores do dito decreto foram Francisco Campos, então Ministro da Justiça e Negócios Interiores de Getúlio Vargas, e Nelson Hungria, advogado que assessorou Francisco Campos na redação da lei¹⁵⁷.

A legislação concorrencial no Brasil não surge como consequência do liberalismo, e sim como expressão da repressão do abuso econômico. Em outros termos, a proteção ao consumidor se dava especialmente no campo dos preços e não obrigatoriamente do processo

¹⁵⁴ A aplicação do Decreto n. 869 é elemento central de polêmica sobre as origens do Direito da Concorrência no Brasil. Parte significativa dos juristas brasileiros costuma reproduzir a tese, difundida inicialmente por Benjamin Shieber, de que os elementos sobre Direito da Concorrência da referida legislação não foram aplicados em nenhum caso. Trata-se de imprecisão histórica, conforme elucida Mário Cabral. Este autor elencou alguns julgados do Tribunal de Segurança Nacional que comprovam a reiterada aplicação das normas de Direito da Concorrência do Decreto n. 869. Ver CABRAL, M. A. M. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2016, p. 88 e s.

¹⁵⁵ Para retomar o contexto jurídico e político de 1930 a 1964, ver a seção 1.1.1.1 do presente trabalho. Sobre a Era Vargas, em específico, ver nota 76.

¹⁵⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 261-262.

¹⁵⁷ Carlos Barbieri Filho resgatou as influências do Decreto n. 869/1938 e afirmou que: “A primeira legislação antitruste brasileira foi o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Segundo Nelson Hungria, e o então Consultor Geral da República, tal decreto estava baseado em grande parte no direito norte-americano. Em seu livro escrito após a instituição do Decreto-lei n. 869, Nelson Hungria declarou que teria sido, este, inspirado no projeto do então novo Código Penal Argentino, nas propostas da Comissão de direito penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americana.” BARBIERI FILHO, Carlos. *Disciplina Jurídica da Concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 16.

concorrencial¹⁵⁸. Importa destacar que, na referida norma, também continham regras que não eram de natureza concorrencial como a vedação da usura e gestão fraudulenta, por exemplo. Essa miscelânea de regras de diversos ramos do direito foi inclusive uma das críticas que motivaram uma nova legislação sobre o assunto.

O Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, cujo projeto foi de autoria de Agamenon Magalhães, então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, trouxe várias contribuições ao debate sobre Direito da Concorrência no Brasil. Entre as mais importantes, destaca-se a criação da então denominada Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo de personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República e responsável para aplicar a referida legislação.

Além disso, as normas de Direito da Concorrência deixaram de ter caráter penal e passaram a ser de Direito Administrativo, alinhando-se à experiência internacional. Outra contribuição é o fato de a nova lei caracterizar o delito pelos resultados danosos, e não apenas pela intenção do agente. Foi instituído também o controle prévio de atos de concentração, de acordo com as hipóteses previstas legalmente. Dessa feita, a modernização formulada por Agamenon Magalhães mantinha o discurso político de combate aos trustes e cartéis, o que se articulava com o pensamento desenvolvimentista da época¹⁵⁹.

O caráter ditatorial do governo de Getúlio Vargas, durante o Estado Novo (1937-1945), contribuiu para as críticas da referida lei, que perdeu o seu vigor três meses após sua promulgação. Todavia, o curto período de vigência da dita legislação não diminui a sua importância no debate público sobre os perigos dos abusos do poder econômico¹⁶⁰. Doravante, novamente por influência Agamenon Magalhães, a Constituição de 1946 incorporou dispositivo o qual previa legislação que cuidaria da repreensão dos abusos de poder econômico. A lei teria como objetivo impedir a dominação do mercado nacional, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (art. 148).

¹⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior por seu Septuagésimo Aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 451.

¹⁵⁹ CABRAL, M. A. M. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016, p. 58, 110 e s. Para retomar os contornos da política desenvolvimentista da época, ver Capítulo 1 da presente tese.

¹⁶⁰ Ver CABRAL, M. A. M. Primeiro passo na política antitruste brasileira, Lei Malaia completa 70 anos. *Consultor jurídico*. 12 dez. 2015.

Em 15 de abril de 1948, Agamenon Magalhães apresentou novo projeto de lei com base na experiência norte-americana, inspirado no *Sherman Act* e *Clayton Act*¹⁶¹. O tema ganhava cada vez mais espaço no debate político da época, devido aos perigos dos constatados abusos econômicos. No entanto, foi apenas no governo Jânio Quadros (janeiro de 1961 a agosto de 1961) que foi dado seguimento à tramitação do projeto de lei¹⁶².

A referida legislação, Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), já no governo de João Goulart (1962-1964), dada a renúncia de Jânio Quadros em 1961. Sobre a influência da legislação norte-americana no modelo brasileiro adotado em 1962, destaca-se importante depoimento de Alberto Venâncio Filho sobre os debates legislativos que precederam a sua promulgação:

Durante a discussão na Câmara dos Deputados do projeto de lei, não faltaram advertências sobre o perigo da transplantação de uma legislação copiada dos Estados Unidos para um país de estrutura econômica e social tão diferente. Muito incisivo naquela ocasião foi o Prof. Hermes Lima, acentuando justamente a diferença entre as condições que deram origem naquele país à legislação antitruste, e àquelas para a qual era destinada. Apontou ainda o papel importante que o Estado vinha desempenhando no Brasil, como promotor do progresso industrial e líder do processo de desenvolvimento econômico, seja através da monopolização de determinadas atividades econômicas, seja - fato que se acentuou posteriormente - através de dimensionamento de determinados setores industriais, que operavam e operam em condições oligopolistas. Por isso mesmo, a Lei n. 4 137 teve que contemplar casos relativos a empresas, num determinado ramo de negócios ou de prestação de serviços, com número restrito de concorrentes, os quais ficam obrigados à comprovação do custo de sua produção, se houver indícios veementes de que impõem preços excessivos. (Art. 3.0)¹⁶³.

Na versão institucional do próprio CADE, foi apenas com essa lei que houve início à defesa da concorrência no Brasil¹⁶⁴. Essa leitura acaba descredenciando a importância das

¹⁶¹ O *Sherman Act* foi editado em 1890, nos EUA, e trata-se da primeira legislação antitruste federal do país. Ela tinha como objetivo combater a organização de cartéis e trustes que passou a caracterizar a economia estadunidense. O *Clayton Act*, por sua vez, foi promulgado em 1914. Ele exemplificou e condenou algumas práticas restritivas da concorrência. Este documento também promoveu uma “*qualifying clause*”, segundo a qual a ilicitude se vincula à restrição não razoável da concorrência ou se tenderem a um monopólio. MOTTA, Massimo; SALGADO, Lúcia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 2 e s. Ver também FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55 e s.

¹⁶² PEREIRA, Sylvio. Poder Econômico e abuso. *Revista de Administração de Empresas*, v. 6, n. 18, 1966, p. 149 e s.

¹⁶³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. Abuso de poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. v. VII, n. 1, jan./abr. 1964, p. 54.

¹⁶⁴ BRASIL. CADE. CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Joppert (coord.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília, 2013, p. 14 e s.

legislações concorrenciais criadas ao longo da Era Vargas, que foram devidamente aplicadas e são consideradas fundamentais para o início do debate público sobre o assunto.

Conforme destaca Sylvio Pereira, antigo Procurador do CADE, a nova lei se apresentava como um “instrumento de defesa da coletividade” contra os abusos econômicos que ameaçavam “a independência e o prestígio do poder político”, apesar das fragilidades quanto à autonomia do órgão e das previsões restritas, no que diz respeito às punições¹⁶⁵. Esse caráter pode ser percebido já no primeiro caso que tramitou no CADE, Averiguação Preliminar n. 0001/1963, que versava sobre um suposto caso de *dumping* no mercado de importação de barrilha, utilizada na fabricação de vidro, de sabão e detergente. O Procurador-Geral do CADE da época, Paulo Germano de Magalhães, argumentava que o preço da barrilha estava sendo fixado abaixo do valor definido pela Companhia Nacional de Álcalis com objetido de prejudicá-la. Contudo, apenas em 1966, após o Golpe de Estado de 1964, a acusação foi julgada improcedente, logo as empresas produtoras e importadoras da matéria-prima foram declaradas inocentes¹⁶⁶.

A aplicação da legislação concorrencial representava, nesse momento, uma vontade de um determinado grupo político de combater os trustes e cartéis, especialmente, internacionais, ancorando-se em conceitos como “defesa da economia popular” e “carestia”¹⁶⁷. De fato, a atuação do CADE ainda era restrita e difusa, visto que o próprio Estado promovia diretamente a industrialização do país, pela criação de empresas estatais, por exemplo. Entretanto, o tema da defesa da concorrência passava progressivamente a ser um valor defendido nos debates políticos da época, e algumas características e técnicas contemporâneas do Direito da Concorrência já eram percebidas nesse momento. O período subsequente da aplicação da legislação concorrencial (1964-1985), por sua vez, é marcado principalmente pelo interesse em promover uma concentração econômica voltada à industrialização do país¹⁶⁸.

2.1.1.2 Papel secundário do Direito da Concorrência nos governos autoritários: 1964-1985

A promoção da concentração econômica era um dos fundamentos das políticas econômicas dos governos autoritários. Essa estratégia foi orientada notadamente pelo grupo

¹⁶⁵ PEREIRA, Sylvio. Poder Econômico e abuso. *Revista de Administração de Empresas*, v. 6, n. 18, 1966, p. 156.

¹⁶⁶ Para uma análise sucinta do contexto prévio ao Golpe de 1964, ver seção 1.1.1.2 e nota 77.

¹⁶⁷ NAVARRETE, Pedro. *As origens do Sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994)*. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da UFRJ. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro. 2013, p. 6.

¹⁶⁸ Ver seção 1.1.1.2 sobre os governos autoritários instaurados em 1964.

civil que participava dos referidos governos, especialmente nos ministérios da Fazenda e do Planejamento. Os responsáveis por essas pastas eram normalmente intelectuais vinculados ao Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), que reunia empresários brasileiros, diretores de empresas multinacionais com atuação no país, dirigentes de associações de classe empresariais, militares, jornalistas, intelectuais e um grupo de jovens tecnocratas¹⁶⁹.

Os planos nacionais de desenvolvimento indicam a estratégia dos governos autoritários para a promoção do crescimento econômico, que se dava por intermédio da industrialização pela concentração econômica. O primeiro Programa Nacional de Desenvolvimento (1º PND) foi instituído pela Lei n. 5.727/1971 e sua duração foi do ano 1972 a 1974. Ele estabelecia que o modelo econômico seria orientado pelo regime de mercado, com a finalidade de descentralizar as decisões econômicas e os resultados da expansão da renda.

Entretanto, ao tratar dos seus “pontos essenciais”, o plano estabelece que serão incorporados os “modernos instrumentos de evolução das economias desenvolvidas”. Esses “modernos instrumentos” traduziam a influência do governo na gestão do sistema econômico, pela expansão dos investimentos e da regulamentação. Além de outros aspectos, o plano entendia que a vitalidade do setor privado iria decorrer de uma “nova concepção de empresa, inclusive com tendência de fusões e de modernas estruturas de produção e de comercialização”¹⁷⁰.

O segundo Programa Nacional de Desenvolvimento (2º PND) foi instituído pela Lei n. 6.151/1974, cuja duração foi de 1975 a 1979. No que diz respeito aos “campos de atuação da estratégia de desenvolvimento”, o plano estabeleceu a necessidade do “uso de soluções modernas, em vários campos, a exemplo da formação de conglomerados e do programa de Corredores de Exportação”. No capítulo sobre as opções básicas da estratégia econômica, o 2º PND definiu a opção pela:

Utilização, para a aceleração do desenvolvimento de certos setores, de estruturas empresariais poderosas, como a criação de grandes empresas, através da política de fusões e incorporações – na indústria, na infraestrutura, na comercialização urbana, no sistema financeiro, ou industriais-financeiros. Há necessidade de compatibilizar tal orientação com a política de distribuição de renda¹⁷¹.

¹⁶⁹ SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 440 e s.

¹⁷⁰ BRASIL. I Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) – 1972/74, p. 17-18.

¹⁷¹ BRASIL. II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) – 1975/79, p. 30.

Essas definições existentes nos planos econômicos confirmam o papel secundário do CADE na definição da política concorrencial¹⁷². Em outros termos, o Estado privilegiava fusões e aquisições, bem como investimento estrangeiro direto em mercados insipientes. Essa estratégia contribuiu sobremaneira para o fortalecimento de estruturas oligopolizadas, o que levou a uma “cartorização” da economia brasileira. Importa salientar que esses governos também direcionavam recursos a algumas empresas estatais, a partir do modelo de substituição de importações, que se encontrava em declínio¹⁷³.

O papel de coadjuvante do CADE também é percebido no plano institucional, ao compará-lo a outros órgãos do governo federal da época. A política de concorrência dependia do controle de abastecimento, por meio da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), e de preços, por intermédio do Conselho Interministerial de Preços (CIP) e da Comissão Nacional para Estabilização de Preços (CONEP). Somado a isso, autoridade concorrencial não dispunha de competências para lastrear suas decisões com as provas necessárias. Essa carência decorria da limitação de instrumentos para instrução do processo, já que a legislação dava poder somente para analisar registros contábeis das empresas, examinar balanços anuais e coletar provas testemunhais.

Os dados quantitativos de processos julgados pelo CADE evidenciam o descrédito da sua importância. Nos doze primeiros anos do CADE (1962-1974), apenas doze casos foram analisados, sem nenhuma condenação. As atividades do órgão continuaram reduzidas de 1974 a 1984, com apenas sete condenações, das quais cinco foram anuladas pelo Judiciário¹⁷⁴. A redemocratização, por sua vez, promoveu uma verdadeira reestruturação da política de concorrência. A necessidade de reestabelecer outro pacto político-econômico se traduziu na ideologia constitucionalmente adotada, o que contribuiu para a formulação de uma nova legislação concorrencial, aprovada apenas em 1994.

¹⁷² Conforme foi analisado no capítulo 1, o processo de industrialização nesses moldes contribuiu para a manutenção e agravamento de heranças do subdesenvolvimento. Essas estruturas e características do mercado brasileiro devem ser levadas em consideração ao promover a intervenção concorrencial.

¹⁷³ NAVARRETE, Pedro. *As origens do Sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994)*. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia da UFRJ. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro. 2013, p. 39. Para análise da política de substituição de importações, ver a seção 1.1 da presente tese.

¹⁷⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Joppert (coord.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília, 2013, p. 44.

2.1.1.3 Ressignificação do Direito da Concorrência pós-redemocratização: 1985 aos dias atuais

A ideologia constitucionalmente adotada em 1988 expressa o pacto político e econômico em torno do fortalecimento de uma economia de mercado, que deve ser voltada a suprir os interesses dos próprios brasileiros. No texto constitucional, há previsão expressa de legislação para reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à dominação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º)¹⁷⁵. Além dos outros dispositivos da ordem econômica, destaca-se novamente o art. 219, que define o mercado interno brasileiro enquanto integrante do patrimônio nacional. Esse dispositivo também determina que o mercado interno do país será incentivado a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e autonomia tecnológica do país¹⁷⁶. Conforme já elucidado, esses elementos da ideologia constitucional de 1988 se mantiveram, a despeito das reformas constitucionais da década de 1990, que ocorreram sob influência da hegemonia neoliberal da América Latina, característica desse período¹⁷⁷.

A economia brasileira, ao longo da década de 1990, passou por um intenso processo de desregulamentação e reformulação administrativa. Houve a extinção dos órgãos de tabelamento e de controle de preço, assim como a criação de novas agências reguladoras, por exemplo. Vale expor ainda que o debate público sobre a economia do país girava em torno especialmente das tentativas de controle de superinflação e da necessária proteção dos consumidores. Esse contexto permitiu a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. A referida legislação estabeleceu a obrigatoriedade de certos comportamentos às empresas, bem como garantiu a reinvidicação de determinados direitos por parte dos consumidores¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Não é pretensão deste trabalho apresentar a história dessa norma nas Constituições brasileiras, mas importa destacar que a primeira referência à legislação para reprimir o abuso do poder econômico ocorreu na Carta de 1946 (art. 148). No entanto, na Constituição de 1937, já havia a previsão de “defesa da economia popular”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*. n. 112, a. 28, out./dez. 1991, p. 192 e s.

¹⁷⁶ Ver CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 85 e s. e BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR, J. C. (org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*, v. 1, p. 275.

¹⁷⁷ Para um resgate das Emendas Constitucionais que viabilizaram o aprofundamento da privatização e da desnacionalização da economia do país, ver seção 1.1.1.

¹⁷⁸ Para uma análise sobre a interface entre Direito do Consumidor e da Concorrência, ver CARPENA, Heloisa, *O consumidor no Direito da Concorrência*, São Paulo: Renovar, 2005, p. 174 e s.

É apenas com a Lei n. 8.884/1994, durante o Governo Itamar Franco¹⁷⁹, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é estruturado, provocando uma mudança de paradigma na aplicação das normas de Direito da Concorrência no Brasil¹⁸⁰. Essa legislação decorreu de vários fatores, entre os quais, o fato de os preços terem deixado de ser impostos por órgãos estatais. Eles passaram a ser formulados pelas próprias empresas, como desdobramento de sua estratégia competitiva. Elisabeth Farina ressalta que essa nova característica se deu especialmente por causa da estabilidade da moeda, consagrada pelo Plano Real¹⁸¹. Além disso, existia uma progressiva insatisfação popular com os reajustes nos preços praticados pela indústria farmacêutica, o que estimulou o então presidente a criar um grupo de estudos para rever a legislação brasileira¹⁸².

Com a lei de 1994, começou a haver uma efetiva e sistemática aplicação da legislação concorrencial e é comum chamá-la de “revolução antitruste” brasileira. Os defensores dessa expressão costumam indicar que foi apenas nesse momento que a atuação do CADE começou a ser pautada por teorias econômicas, opondo-se à toda experiência pretérita. Contudo, esse argumento merece ser ponderado, sob pena de não se compreender a disputa política em torno do conteúdo da aplicação do Direito da Concorrência.

O discurso da “revolução antitruste” tem origem nos EUA, especialmente com a edição de 1993 do livro *“The Antitrust Paradox: a policy at war with itself”*, publicado originalmente em 1978, de autoria de Robert Bork¹⁸³. Em apertada síntese, o autor defende que a influência da Escola de Chicago na composição da Suprema Corte permitiu uma melhor

¹⁷⁹ Existe divergência quanto à data e ao local exato do nascimento de Itamar Franco, porém a versão mais difundida é que ele nasceu a bordo de um barco no litoral baiano, no dia 28 de junho de 1930. Ele construiu a sua vida pública em Minas Gerais. Após algumas derrotas em campanhas para vereador de Juiz de Fora e vice-prefeito da mesma cidade, Itamar Franco foi Prefeito dela e, em seguida, Senador pelo estado de Minas Gerais. Na constituinte de 1988, foi importante liderança na defesa de direitos trabalhistas, estatização do sistema financeiro, nacionalização do subsolo, voto aos 16 anos, entre outros assuntos. Foi eleito Vice-Presidente da República em 1989 e, após o impeachment de Fernando Collor de Mello, assumiu a presidência. Itamar Franco compôs um governo de coalizão, envolvendo diversos partidos diferentes, o que possibilitou uma substancial estabilidade política. Nesse contexto e com a participação de Fernando Henrique Cardoso (então Ministro da Fazenda), foi implementado o Plano Real, que garantiu estabilidade da moeda e o progressivo controle da inflação. Itamar Franco foi embaixador do Brasil em Portugal, na Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Itália. Além disso, foi governador de Minas Gerais e foi eleito novamente Senador pelo mesmo estado. FGV CPDOC. *Verbete Itamar Franco*. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/itamar-augusto-cautiero-franco>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

¹⁸⁰ Durante o Governo de Fernando Collor de Mello, foi aprovada importante medida para a política antitruste contemporânea. Tratou-se da criação da Secretaria de Direito Econômico, pela Lei n. 8.158/1991, a qual alterou igualmente alguns pontos da Lei de Defesa da Concorrência de n. 4.137/1962, visando a facilitar a operacionalização do CADE.

¹⁸¹ Ver FARINA, Elisabeth M. M. Q. Prefácio. In: MATTOS, Cesar (Cord.), *A regulação do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. 2 ed. São Paulo: Singular, 2009.

¹⁸² MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 15.

¹⁸³ Ver BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. 2ª ed. New York: Free Press, 1993.

compreensão do mundo dos negócios, garantindo maior cientificidade na intervenção concorrencial. É importante frisar que o referido movimento teórico fez importantes críticas à aplicação da legislação concorrencial até a década de 1970. Entretanto, faz-se necessário desconstruir a narrativa de “revolução antitruste” tal como foi apresentada.

O monopólio da cientificidade não pode ser creditado exclusivamente à Escola de Chicago, pois reduziria perigosamente o debate sobre o conteúdo da aplicação do Direito da Concorrência ao longo da história. Além disso, essa “cientificidade” é, muitas vezes, apresentada como supostamente política e ideologicamente neutra¹⁸⁴. Outras teorias informam a atuação dos órgãos de defesa de concorrência não só nos EUA, mas também em outros países, com pressupostos teóricos diferentes ou antagônicos. Essas teorias respondem aos problemas postos em seu tempo, de acordo com o contexto econômico, político e jurídico. por conseguinte, não podem ser simplesmente excluídas do processo de evolução e sofisticação da aplicação das normas concorrenciais.

Mario Cabral discorre sobre as imprecisões da utilização “revolução antitruste” no Brasil para tratar da mudança legislativa de 1994. O autor se ancora nas reflexões de Herbert Hovenkamp, sobre a utilização do referido termo nos EUA, e evidencia as diferentes matrizes teóricas que influenciaram a aplicação do Direito da Concorrência no Brasil antes da lei de 1994¹⁸⁵. É possível indicar que a utilização da expressão em questão revela uma tendência de a experiência brasileira, nesse ramo do direito, ser fortemente influenciada pelos fundamentos da Escola de Chicago. De acordo com Luís Fernando Schuartz:

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

¹⁸⁴ Sobre a ausência de neutralidade na aplicação das normas antitruste: “Inexiste técnica ideologicamente neutra - e a técnica antitruste não é uma exceção. Ao contrário do que se apregoa, a aplicação das regras antitruste encerra sempre, ainda que veladamente, uma opção política. Transcurar essa dimensão da disciplina da concorrência impede sua adequada compreensão, reduzindo-a à simplicidade apenas aparente”. FORGIONI, Paula. O que esperar do antitruste brasileiro no Século XXI? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 1, v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, p. 1715.

¹⁸⁵ Ver CABRAL, M. A. M. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2016, p. 20 e s.

excedentes do produtor e do consumidor), estava deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase auto-evidente¹⁸⁶.

Dois elementos contribuíram diretamente para o fenômeno descrito: o alto grau de generalidade da legislação e o fato de muitos integrantes do CADE terem formações em outros países, especialmente nos EUA. A consequência desse contexto foi a progressiva utilização da teoria econômica dominante da época, decorrente da Escola de Chicago, na aplicação do Direito da Concorrência. Os problemas de adaptação à realidade econômica e jurídica do país promoveram um embate com o Judiciário. Em outros termos, havia dificuldade de promover o controle de legalidade de julgados do CADE, que se ancoravam em fundamentos teórico-econômicos alheios à formação e do cotidiano profissional dos juízes brasileiros¹⁸⁷.

Cumprе destacar que essa realidade não se restringiu ao Brasil. A proliferação da criação de legislações concorrenciais em países subdesenvolvidos, ao longo da década de 1990, está vinculada ao fracasso das primeiras reformas macroeconômicas difundidas pelo Consenso de Washington. Essas mudanças consistiam na disciplina fiscal, na reforma tributária, no controle e redirecionamento dos gastos públicos, na desregulamentação das taxas de juros e na desregulamentação da política comercial. As reformas de segunda geração do Consenso de Washington foram de natureza institucional, uma vez que o entendimento hegemônico era no sentido de que não havia um erro de diagnóstico, e sim de intensidade de aplicação dessas diretrizes econômicas. Entre as recomendações, estavam a criação de agências reguladoras e a aplicação da legislação concorrencial¹⁸⁸.

De toda sorte, apesar da crítica ao termo “revolução antitruste”, não se pode negar que a legislação de 1994 propiciou um ambiente institucional que levou ao fortalecimento da intervenção do CADE. A autoridade da concorrência passou a ter progressivamente um papel decisivo no mundo dos negócios e no debate público sobre política econômica.

A transformação do CADE em autarquia federal é uma das reformas decorrentes dessa nova lei, o que garantiu destinação orçamentária própria. Além disso, houve a implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, articulando a atuação do CADE, da

¹⁸⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *DIREITO RIO-Textos para discussão*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 10.

¹⁸⁷ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2015, p. 196.

¹⁸⁸ PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 6, n. 9, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, jul./dez. 2011, p. 323 e s.

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda e, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça. Também foi estabelecido o filtro para a obrigatoriedade da notificação nas fusões, que deviam envolver empresas com faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões ou que resultassem em uma concentração de mercado de 20%. Essa notificação, no entanto, poderia ocorrer antes ou depois da fusão em si, o que gerava uma enorme insegurança no mercado.

Em seguida, a Lei n. 10.149/2000 contribuiu no fortalecimento institucional do CADE, pois este passou a poder realizar buscas e apreensões, assim como instituiu o programa de leniência. Essa mudança caracterizou, de acordo com a visão institucional do próprio CADE, uma alteração no foco das atenções do órgão, que passou a visar à descoberta de condutas anticompetitivas no lugar das fusões e aquisições, especialmente após a condenação do cartel do aço em 1999¹⁸⁹.

Paula Forgioni define quatro grandes progressos decorrente dessas novas legislações: a consolidação do controle das concentrações empresariais, a sofisticação do controle de cartéis, o aumento progressivo do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e a ampliação da atuação do Ministério Público na área concorrencial¹⁹⁰.

A abordagem do presente estudo se ancora no reconhecimento de que o contexto político e econômico da formulação da legislação de 1994 é marcadamente neoliberal. Portanto, o intuito era de dar sequência às orientações do Consenso de Washington com políticas “*market friendly*”. Apesar disso, o respeito à ideologia constitucionalmente adotada, as reformulações legislativas e a própria experiência decisória do CADE permitem ressignificar a importância desse órgão para a limitação do poder econômico no Brasil. Ou seja, a avaliação da experiência do CADE não pode se reduzir à mera aplicação das orientações do Consenso de Washington.

Desse modo, um dos principais desafios dos concorrencialistas brasileiros é entender que a função dessa legislação não é igual em países desenvolvidos, nem naqueles caracterizados por heranças do subdesenvolvimento. No caso destes últimos, a promoção da

¹⁸⁹ O cartel do aço foi a primeira condenação do CADE por formação de cartel, ocorrida em 1999. Na ocasião, foi constatado que o reajuste dos preços havia sido combinado entre diversas empresas do setor. A condenação foi de 1% do faturamento bruto das envolvidas, a saber, Usiminas (Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais), CSN (Companhia Siderúrgica Nacional) e a Cosipa (Companhia Siderúrgica Paulista.). BRASIL. CADE. CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Joppert (coord.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília, 2013, p. 22 e s.

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

concorrência deve contribuir para a efetividade das políticas de desenvolvimento¹⁹¹. Dessa feita, a nova legislação de 2011 deve ser interpretada com esse objetivo, de maneira a evidenciar também a sua relação com as políticas industriais, em especial, de inovação.

2.1.2 Reforma do Sistema Brasileiro da Concorrência de 2011

A Lei n. 12.529/2011 manteve o modelo estabelecido pela legislação de 1994, todavia trouxe consigo uma série de mudanças que reafirmaram a relevância do CADE para promoção da concorrência¹⁹². Essa reformulação aconteceu em um contexto no qual a aplicação desse ramo do direito ocorre de forma casuística, reduzindo-se muitas vezes ao debate sobre qual conceito de eficiência deve ser utilizado¹⁹³. Essa característica faz parte do fenômeno de “desconstitucionalização do Direito da Concorrência”, descrita por Luis Fernando Schuartz. De acordo com esse autor, trata-se do uso intensivo da “economia antitruste” para a solução de problemas jurídicos brasileiros. Essa incorporação teórica ocorreu através da apropriação dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, notadamente de origem norte-americana¹⁹⁴.

Essa constatação revela a necessidade de “reaproximação” entre Direito da Concorrência e a Constituição. Esse processo deve ocorrer pelo questionamento das soluções dos problemas da intervenção concorrencial com critérios exclusivamente econômicos. A interpretação constitucional do Direito da Concorrência permite a coerência de sua aplicação, por conseguinte, permite maior segurança jurídica aos atores envolvidos e admite o diálogo mais transparente com outros valores constitucionais, entre os quais está a promoção da

¹⁹¹ “As legislações de defesa da concorrência e as agências reguladoras têm papéis distintos nos países em desenvolvimento e nos países desenvolvidos. No primeiro caso, a principal função é promover o aumento do nível de investimento e maximizar o bem-estar da sociedade em um contexto dinâmico, ou seja, contribuir para a efetividade das políticas de desenvolvimento. No segundo caso, seu objetivo é mais modesto: apenas garantir o bem-estar do consumidor. Políticas antitrustes devem combinar-se nos países em desenvolvimento com políticas industriais e de comércio exterior. Nesse caso, a prioridade não é promover as tradicionais eficiências alocativas ou produtivas, mas garantir os efeitos sobre a inovação e o crescimento econômico da eficiência dinâmica schumpeteriana”. PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 6, n. 9, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, jul. dez. 2011, p. 340.

¹⁹² Costumava-se denominar a legislação de 2011 de “Lei do SuperCADE”, pois supostamente haveria uma profunda mudança nas competências do CADE, conferindo grau de autonomia até então desconhecido. Entretanto, esse termo caiu em desuso ao perceber que, apesar das mudanças, houve a manutenção do sentido da legislação de 1994.

¹⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 16, 2009, p. 1.

¹⁹⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *DIREITO RIO-Textos para discussão*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 11.

inovação¹⁹⁵. Conforme exposto anteriormente, percebe-se que uma ordem pública conducente à inovação é valor central da ideologia constitucionalmente adotada. Então, emerge desse contexto a necessidade de investigar as competências do CADE para proteger a inovação.

Os debates legislativos sobre a mudança legal de 2011 sinalizam os interesses políticos presentes na alteração de dispositivos centrais sobre a autonomia do CADE. Além disso, demonstram que a temática do mercado de inovação e o progresso tecnológico fizeram parte das discussões que precederam a aprovação da referida lei (2.1.2.1). As alterações decorrentes dessa reforma legislativa também promoveram mudanças institucionais (2.1.2.2), materiais e processuais (2.1.2.3).

2.1.2.1 Debates legislativos

O debate público sobre a mudança na legislação concorrencial no Brasil ganhou maior repercussão com o Projeto de Lei n. 5.877 de 2005, de autoria do Poder Executivo. A intenção era modificar o arcabouço jurídico-institucional no intuito de viabilizar estímulos ao investimento privado, em decorrência do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)¹⁹⁶.

A proposta centrou-se em alguns pontos principais: reestruturação institucional do CADE; alteração no cálculo das multas; modificação dos critérios para análise de fusões e aquisições; e extinção da possibilidade de aprovação *a posteriori* dos atos de concentração. A análise das motivações do Projeto de Lei n. 5.877 de 2005 não somente permite constatar que essas três eram as protagonistas, mas também revela que houve o interesse de deslocar a ênfase de atuação do SBDC da análise dos atos de concentração em direção à repressão das condutas anticompetitivas. Conforme se percebe, o interesse foi de privilegiar o combate a cartéis:

15. Nesse âmbito, cabe destaque para os cartéis "clássicos", acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitações públicas. A prática de cartel é universalmente reconhecida como a infração mais danosa aos consumidores, visto que diminui a oferta dos produtos e eleva seus preços, provocando a transferência de renda daqueles para os produtores. Os cartéis, no entanto, prejudicam não apenas os consumidores finais, mas também a economia

¹⁹⁵ Ver FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58 e s.

¹⁹⁶ O PAC é um programa de execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, que foi iniciado em 2007 e mantido até os dias atuais.

como um todo, uma vez que inibem a atividade econômica e drenam recursos que poderiam ser destinados para finalidades produtivas¹⁹⁷.

Salienta-se ainda que existia outro projeto de lei anterior a este em análise. Tratava-se do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004, de proposição do deputado federal Carlos Eduardo Cadoca, que acabou sendo apensado àquele outro. O relatório do referido projeto foi redigido pelo deputado federal Ciro Gomes, que contribuiu para o aperfeiçoamento do desenho institucional regulatório da defesa da concorrência¹⁹⁸. Entre os aspectos apresentados, ressalta-se a ampliação da recomendação da licença compulsória a todos os direitos de propriedade intelectual e não apenas às patentes, como era previsto anteriormente. De acordo com o relator:

Uma das penalidades possíveis na lei atual, e que permaneceu no Projeto de Lei 5.877/2005, é a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. Esta penalidade nunca foi utilizada na prática. No entanto, não se pode desconsiderar a possibilidade de que em *segmentos dinâmicos tecnologicamente*, a medida mais adequada para reduzir a capacidade de abuso de poder econômico seja um licenciamento compulsório de patentes. Apenas introduzimos um aperfeiçoamento. *É possível que o abuso esteja relacionado a um direito de propriedade intelectual, que não uma patente, como pode ser o caso de software, regido, em parte, pela legislação de direito autoral.* Assim, consideramos mais adequado adotar a terminologia geral de “direito de propriedade intelectual”, no qual se incluem as patentes¹⁹⁹ (grifos acrescentados).

Esse excerto do relatório tem importância central no debate sobre a regulação da inovação pelo CADE. A ampliação das possibilidades do CADE recomendar licença compulsória de direitos de propriedade intelectual decorre da confirmação de duas constatações. A primeira é que os direitos de propriedade intelectual podem ser utilizados de maneira abusiva, em termos concorrenciais, por conseguinte o CADE deve intervir nessas ocasiões. A segunda é que existe uma preocupação específica com o mercado de alta tecnologia, visto que o exemplo dado é o de “segmentos dinâmicos tecnologicamente” e do “caso de software”. A leitura do relatório permite identificar que os congressistas levaram em

¹⁹⁷ Ver CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 5.877, de 2005 (Do Poder Executivo), Mensagem n. 572/2005, Aviso n. 930/2005. Ano LX, n. 171, 1º outubro de 2005, p. 47869.*

¹⁹⁸ Ver CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Relatório do Deputado Ciro Gomes do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004 (Apenso: Projeto de Lei n. 5.877/05).*

¹⁹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Relatório do Deputado Ciro Gomes do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004 (Apenso: Projeto de Lei n. 5.877/05), p. 32.*

consideração o contexto contemporâneo da relação entre direitos de propriedade intelectual, legislação concorrencial e inovação²⁰⁰.

Em termos gerais, o projeto de lei que foi aprovado na Câmara dos Deputados era consoante às demandas feitas pelos especialistas na área. Entretanto, o Senado propôs determinadas alterações que colocavam em questão os avanços alcançados na Câmara dos Deputados. No que diz respeito às mudanças propostas pelos senadores, Lúcia Helena Salgado e Rafael Moraes destacaram algumas das mais prejudiciais: a subsidiariedade da lei concorrencial; a alteração de critérios para a submissão de atos de concentração; e a exclusão dos contratos de exclusividade do rol das possíveis infrações. Em artigo publicado em 2011, os autores buscaram alertar à Câmara dos Deputados sobre as mudanças que poderiam prejudicar parte do conteúdo da nova legislação concorrencial e contribuir para eventuais vetos presidenciais²⁰¹.

A subsidiariedade da legislação concorrencial foi proposta pela Emenda n. 33 do PLC n. 6/2009, do Senado Federal. Esse dispositivo pretendia definir que a aplicação da referida lei seria geral somente nos casos de não haver uma lei específica tratando sobre o assunto. A técnica legislativa inconsistente refletia o interesse de reduzir a importância da legislação concorrencial, já que a sua aplicação dependeria da inexistência de outras leis. Em outros termos, seria dado privilégio à regulação setorial em face da concorrencial. Isso redimensionaria completamente a relação entre essas duas formas de intervenção na economia. Entretanto, essa mudança não prosperou e a lei não mudou, nesse quesito, quando comparada à antiga.

O Senado também propôs a alteração dos valores do faturamento para análise dos atos de concentração. No projeto aprovado na Câmara, ficou definido o critério cumulativo. Assim, uma das empresas deveria ter um faturamento bruto anual de, pelo menos, R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e a outra precisaria ter um faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). A Emenda n. 22 do Senado pretendia aumentar esse critério para R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) de faturamento para uma empresa e R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões) para a outra. Todavia,

²⁰⁰ Outro aspecto explicitado no relatório do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004, foi a manutenção da “regra da razão” para a análise de estruturas e de condutas. Ou seja, o CADE deverá realizar análise das eficiências geradas pela operação ou pela conduta, não havendo a possibilidade de fixar nenhum ilícito *per se*. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Relatório do Deputado Ciro Gomes do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004 (Apenso: Projeto de Lei n. 5.877/05)*, p. 16 e 30.

²⁰¹ SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. A nova Lei de Defesa da Concorrência: principais ressalvas às alterações realizadas no Senado. In: IPEA, *Radar n. 13: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 2011, p. 33 e s.

essa emenda também não foi aprovada, mas houve uma reformulação desses critérios após a aprovação da lei, conforme será exposto adiante.

A última mudança proposta em análise foi supressão da prática “exigir ou conceder exclusividade, inclusive territorial, de distribuição de bens ou de prestação de serviços” do art. 36, § 3º. Essa modificação sugerida foi aprovada na Câmara dos Deputados, conforme dispõe o relatório final do Deputado Pedro Eugênio²⁰². O intuito foi de restringir as competências do órgão, especialmente em uma matéria cujo CADE já possui jurisprudência sólida, que pune a instrumentalização de contratos de exclusividade.

Todavia, entende-se que não houve restrição na aplicação do art. 36, § 3º, visto que o mesmo consagra um rol exemplificativo. Portanto, o CADE tem a liberdade de considerar a ilicitude de outras infrações que não estão presentes no artigo. Dessa maneira, entende-se que a conduta não passou a ser lícita e a jurisprudência do CADE deve continuar a ser aplicada nos casos necessários. Não se pode deixar de indicar, no entanto, que isso representou uma articulação política na tentativa de restringir esse eixo da política concorrencial.

Dessa forma, o que se percebe dos debates legislativos, mas também da análise feita por Lúcia Helena Salgado e Rafael Morais, é que a versão da Câmara dos Deputados dava maior importância e autonomia ao CADE. Ainda se verifica que determinadas emendas dos senadores foram mantidas, e outras sofreram veto presidencial. De toda sorte, o projeto proposto pelo executivo foi aprovado, e foi promulgada a Lei n. 12.529 de 2011, revogando a de 1994. Além das mudanças destacadas previamente, cumpre ressaltar que a modernização do CADE em 2011 pode ser percebida em três dimensões: institucional, material e processual.

2.1.2.2 Mudanças institucionais

No que diz respeito às mudanças institucionais, houve a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na medida em que ele passou a ser composto apenas pelo CADE, ligado ao Ministério da Justiça, e pela SEAE, do Ministério da Fazenda (art.

²⁰² O texto original do documento era pela reprovação da Emenda n. 20 do Senado Federal, conforme se vê no relatório disponibilizado no site da Câmara dos Deputados. Curiosamente, os fundamentos pela não exclusão do referido inciso foram riscados à caneta (p. 44 e 45). De acordo com o texto original, havia a preocupação com a exclusão desse inciso: “A supressão da lei da referência a que a conduta de concessão de exclusividade possa vir a se constituir infração contra a ordem econômica poderá ser interpretada como remoção pelo legislador da prática de concessão de exclusividade como integrante do conjunto de condutas potencialmente anticompetitivas. É possível, inclusive, que empresas com processos envolvendo exclusividade aleguem que o legislador optou por remover exclusivamente conjunto de condutas potencialmente anticompetitivas”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 6/2009, do Senado, e n. 3937/2004 da Câmara dos Deputados, Relator: Deputado Pedro Eugênio, 2011, p. 44.

3)²⁰³. O CADE, de acordo com o art. 5º da referida lei, é composto por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), a Superintendência Geral (SG) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Esses dois últimos foram criados pela nova legislação, agregando competências extintas da SDE. Já o Departamento de Proteção de Defesa Econômica da SDE foi incorporado pela SG.

O TADE é formado por sete conselheiros, entre os quais um é o presidente, sendo nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, com um mandato de 4 anos, sendo vedada a sua recondução (art. 6). Esse Tribunal é responsável pelas decisões colegiadas sobre as infrações à ordem econômica instauradas pela SG, bem como por apreciar os processos administrativos de atos de concentração econômica. Das suas decisões, não cabem recurso administrativo, mas tão somente o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário (art. 9).

A SG, por sua vez, tem um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos, com um mandato de dois anos. Estes têm a possibilidade de recondução por mais dois anos. Destaca-se que essa definição de mandatos foi criticada pela OCDE, em 2010, a qual defendia uma duração de 5 anos, sem a possibilidade de recondução²⁰⁴. Cabe à SG realizar procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos, bem como decidir pelos seus arquivamentos ou dar início a processos administrativos para apurar condutas anticoncorrenciais ou julgamento de atos de concentração (art. 13). Ao DEE, que também é um novo órgão, cumpre formular estudos e pareceres econômicos. Esse departamento é dirigido por um Economista-Chefe, que pode participar das reuniões do Tribunal sem direito a voto (arts. 17 e 18).

O outro órgão que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, junto ao CADE, é a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE). Ela deixou de ter participação na instrução dos processos de concentração econômica e ficou voltada à promoção da advocacia da concorrência, especialmente na regulação setorial (art.

²⁰³ O interesse em centralizar em um órgão só a dinâmica de defesa da concorrência no Brasil, que antes tinha uma atuação fragmentada em três órgãos distintos (CADE, SDE e SEAE), fundamentou o Projeto de Lei n. 5.877, de 2005, conforme se percebe na sua exposição de motivos. De acordo com o texto, o redesenho institucional permitiria uma diminuição na tramitação e nos custos de coordenação entre os órgãos.

²⁰⁴ A OCDE criticou o antigo dispositivo da lei de 1994 que definia os mandatos de 2 anos com possibilidade de recondução. De acordo com ela, criava-se o incentivo para que os conselheiros ajustassem a sua conduta, visando à recondução no cargo. OCDE. IDB. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010, p. 83 e s.

19)²⁰⁵. Dessa maneira, a SEAE passou a se concentrar nas discussões de marcos regulatórios *ex ante*.

A procuradoria do CADE, que representa o órgão judicialmente ou extrajudicialmente, também sofreu alterações com a nova lei. Após 2011, os seus pareceres deixaram de ser obrigatórios e passaram a depender de solicitação expressa de conselheiro ou de superintendente-geral (art. 15). O objetivo com tal medida é dar maior celeridade aos processos, evitando uma quantidade desnecessária de pareceres. As mudanças institucionais garantiram maior autonomia do órgão, o que permitiu dar maior eficácia às alterações materiais e processuais promovidas em 2011.

2.1.2.3 Mudanças materiais e processuais

No que diz respeito às alterações materiais, importa destacar que a maioria do texto da lei de 2011 é uma repetição da legislação de 1994. Isso contribui com a afirmação de que a modernização de 2011 reitera um paradigma instituído em 1994. Entretanto, algumas mudanças merecem destaque. Primeiramente, as punições com multa mudaram seu parâmetro de cálculo. Na lei de 1994, era estabelecida uma base de cálculo de 1% a 30% do valor do faturamento bruto no seu último exercício. Já na lei de 2011, a base de cálculo foi reduzida e passou de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa do exercício anterior à instauração do processo, no ramo da atividade empresarial em que ocorreu a infração. Em síntese, reduziu-se a porcentagem possível, mas também se restringiu o faturamento bruto ao ramo da “atividade empresarial” do ilícito²⁰⁶.

Duas alterações sobre o tratamento dos conflitos específicos com direitos de propriedade intelectual merecem atenção: (i) a incorporação do “exercício ou exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca” (art. 36, XIX), na lista de possíveis práticas anticoncorrenciais; e (ii) a possibilidade de recomendar aos órgãos públicos responsáveis licença compulsória de propriedade intelectual nos casos de infrações concorrenciais (art. 38, IV).

²⁰⁵ Para análise mais detida da função de advocacia da concorrência do CADE, ver SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil, *RDC*, v. 3, n. 2, nov. 2015, p. 180-202.

²⁰⁶ Essa mudança decorreu da Emenda n. 21 do Senado, que foi aprovada em seguida pelo relatório do Deputado Pedro Eugênio (PT). Lucia Helena Salgado e Rafael Morais após a aprovação das emendas no Senado já apontavam para o perigo dessa redução das multas, na medida em que se diminuiu o custo esperado da prática infrativa, tornando-a mais atrativa. SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. A nova Lei de Defesa da Concorrência: principais ressalvas às alterações realizadas no Senado. In: IPEA, *Radar n. 13: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 2011, p. 38.

A primeira alteração se soma ao inciso XIV do mesmo artigo, que já era previsto na legislação de 1994: “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”. Este dispositivo fundamenta a punição dos titulares de direitos de propriedade intelectual que não exploram de maneira suficiente o seu produto, utilizando-se de sua exclusividade para impedir que outros produtores o explorem. Esses dois incisos são pontos centrais da interface entre esses dois ramos do direito, pois eles creditam ao Direito da Concorrência a possibilidade de adequar os direitos de propriedade intelectual à uma ordem pública conducente à inovação. Constata-se, portanto, a competência do CADE de atuar enquanto regulador da inovação, quando existe a utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual.

A segunda alteração, conforme já explicado, incidiu sobre o art. 24 da legislação anterior, que previa a possibilidade de recomendar aos órgãos públicos responsáveis a licença compulsória apenas de patentes. Isso pode ser considerado um enorme avanço no que diz respeito aos remédios concorrenciais, uma vez que essa reformulação alargou a possibilidade de intervenção para os direitos de propriedade intelectual, permitindo uma maior autonomia ao CADE e confirmando a sua aptidão para regular a inovação²⁰⁷.

No pertinente às mudanças processuais, importa destacar que uma série de reformulações conferiu um conjunto de procedimentos mais completo, organizado e com maior previsibilidade. Essa reestruturação assegura maior eficiência e segurança jurídica na intervenção antitruste²⁰⁸. Outra importante inovação da legislação de 2011 foi a instituição da obrigatoriedade da análise prévia dos atos de concentração (*pre-merger review*), já que, até então, havia a possibilidade de notificá-los em até quinze dias ao CADE. Isso decorreu de várias críticas realizadas contra o antigo sistema que aumentava a insegurança jurídica no mercado²⁰⁹.

No que diz respeito à consensualidade no processo administrativo no CADE, houve pequenas alterações nos institutos que podem ser utilizados pelo órgão. Com a legislação de 2011, o CADE pode celebrar o termo de compromisso de cessação de prática (art. 36). Com

²⁰⁷ De acordo com Lucia Helena Salgado e Rafael Morais, essa mudança é compreendida como uma correção de um erro histórico da legislação de 1994. SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael. *The Brazilian Antitrust Law: beyond the basics. SelecteWorks of Lucia Helena Salgado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Março, 2012, p. 9.

²⁰⁸ Não se pretende apresentar os tipos de procedimento e os seus trâmites no presente trabalho. Para tanto, ver AGUILAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo. A evolução da legislação antitruste no Brasil, *Revista de concorrência e regulação*, n. 7 e 8, jul./dez., 2012, p. 149 e s.

²⁰⁹ Para uma análise sobre a mudança na análise dos atos de concentração, ver SILVINO, Ângelo José Menezes. *A nova dinâmica de análise dos atos de concentração, a efetiva tutela da concorrência e o desenvolvimento nacional*. 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016, p. 88 e s.

isso, a administração desiste do processo, e o administrado compromete-se em cessar o comportamento ilícito. O CADE pode firmar também acordo em controle de concentrações, estabelecendo as restrições para a sua aprovação (art. 9, V, 13, X, e 46, §2º). Esse acordo seria disciplinado especificamente pelo art. 92, que acabou sofrendo veto presidencial, porque *“restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”*²¹⁰. Por fim, há o acordo de leniência (art. 86), o qual já era disposto na legislação anterior e prevê a possibilidade de extinção da ação punitiva no âmbito administrativo ou de redução de 1/3 a 2/3 da penalidade, quando houver confissão da participação da prática e colaboração probatória sobre a prática investigada²¹¹.

Pode-se concluir que a reforma 2011 se alinhou com boa parte das críticas feitas pelos acadêmicos e profissionais atuantes na área. No que diz respeito ao objeto de estudo em si, percebe-se uma preocupação renovada com os direitos de propriedade intelectual, expressa desde os debates legislativos. Compreende-se que houve o fortalecimento da possibilidade do CADE agir enquanto regulador da inovação, o que decorre inclusive de suas decisões em casos envolvendo direitos de propriedade intelectual.

Existe, todavia, um entendimento hegemônico no sentido de que o CADE deve centrar seus esforços especialmente no combate a cartéis e em um reduzido campo de controle de estruturas. Essa interpretação da política de concorrência não coaduna com as características da dependência tecnológica e do poder da superdominância de empresas multinacionais do mercado de alta tecnologia. Dessa feita, faz-se necessário se aprofundar nas técnicas dispostas pelo legislador que podem ser utilizadas para a proteção da inovação.

2.2 Possibilidades de proteção da inovação pelo CADE

A legislação concorrencial estimula a competição entre as empresas o que contribui indiretamente com a inovação. Todavia, esta pode ser estimulada diretamente pelo referido ramo do direito, através do exercício de uma função regulatória. Esse sentido da aplicação do Direito da Concorrência deve ser estar em consonância às disposições constitucionais e legais

²¹⁰ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem de veto n. 536, de 30 de novembro de 2011.*

²¹¹ Para análise da estrutura vigente na legislação de 1994, ver CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 31-60.

da atividade do CADE. Portanto, as reflexões propostas no presente trabalho não se fundamentam no alargamento das competências da autoridade concorrencial brasileira.

A compreensão revisitada da relação entre o órgão da concorrência e a proteção da inovação parte da reinterpretação da legislação, da sistematização de suas próprias decisões e das contribuições de experiências estrangeiras, notadamente do Direito Europeu. Assim, a dimensão propositiva do presente trabalho, em termos de política da concorrência, insere-se no padrão de Direito da Concorrência em vigor.

Cumprе salientar que o quadro de dependência tecnológica não é solucionado apenas por sua aplicação, visto que a promoção do *catch up* tecnológico depende de outras políticas de desenvolvimento. O reconhecimento dos limites do Direito da Concorrência para a superação das heranças do subdesenvolvimento e a definição precisa dos contornos legais de sua atuação conduzem a propostas mais realistas e eficazes para esse tipo de intervenção econômica.

A partir dessas observações, entende-se que a sua aplicabilidade decorre do conjunto de critérios necessários para uma potencial intervenção concorrencial (2.2.1). A aplicação dessas normas, por sua vez, ocorre por meio dos instrumentos que a autoridade concorrencial detém para colocar em prática a intervenção (2.2.2). A proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência deve obrigatoriamente respeitar esses dois conjuntos de regras.

2.2.1 Aplicabilidade

As finalidades públicas do Direito da Concorrência, bem como a percepção de que ele funciona como instrumento para consecução de outras políticas públicas, permite identificar a sua aplicação como uma atividade administrativa. Atrelado a isso, a legislação estabelece que a titularidade dos bens jurídicos protegidos é a coletividade (art. 1), o que revela que o objeto tutelado são os interesses difusos da sociedade nacional.

A perspectiva publicista delineada media a aproximação com o Direito Administrativo, inclusive porque se trata de uma atividade moldada pela estrutura processual administrativista. Nesse sentido, a conformação do “Direito Administrativo Concorrencial” também contribui para solucionar os problemas decorrentes da “paralisia antitruste” e da “desconstitucionalização do Direito da Concorrência”. Essas duas características desse ramo

do direito no Brasil são frutos de uma visão dos concorrencialistas brasileiros, que é muitas vezes descompromissada com a cultura jurídica do país²¹².

O fato da investigação e do julgamento do CADE serem processos administrativos permite entender que os concorrentes não precisam compor as duas partes do processo. Esse fato o distancia da dinâmica do processo civil clássico, mas o aproxima do processo penal e do processo civil coletivo²¹³. Para que sua aplicabilidade seja definida, faz-se necessária a definição dos sujeitos (2.2.1.1), mas também do objeto (2.2.1.2), estabelecidos pela legislação. Cumpre frisar de antemão que o art. 2º já resolve a questão territorial da aplicabilidade da legislação concorrencial. Esse dispositivo determina que a legislação poderá ser aplicada às práticas cometidas no território nacional ou às condutas que nele produzam efeitos.

2.2.1.1 Sujeitos

A legislação concorrencial é aplicável a pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, assim como a qualquer associação de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (art. 31). A amplitude do referido dispositivo evita as polêmicas existentes em outros ordenamentos jurídicos, como no Direito Europeu²¹⁴.

Importa destacar que a legislação em análise só incide nas pessoas jurídicas de direito público que exploram a atividade econômica em sentido estrito²¹⁵. Ou seja, no campo próprio das atividades prestadas no mercado: a produção e circulação de bens e serviços regidos sob o regime jurídico de direito privado²¹⁶. De acordo com Paula Forgioni:

²¹² Sobre a “paralisia antitruste” e a “desconstitucionalização do direito da concorrência”, ver respectivamente: SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 16, 2009. Ver também SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *DIREITO RIO-Textos para discussão*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

²¹³ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3 e 26.

²¹⁴ Para entender a polêmica no Direito Europeu, ver PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 340 e s. e IDOT, Laurence. La notion d’entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l’ordre concurrentiel. *Concurrences*, n. 2, 2006, p. 1-12.

²¹⁵ Eros Grau elucida que o conceito de atividade econômica em sentido amplo abarca tanto os serviços públicos, quanto as atividades econômicas em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.

²¹⁶ FRANÇA, Vladimir. O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. *Revista de Informação Legislativa*. A. 45, n. 177. jan./mar. 2008, p. 48.

[...] não pode entender que a Lei Antitruste aplica-se indiscriminadamente a quaisquer “pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado”., independentemente da consideração do tipo de atividade que desempenha. Afrontaria a Constituição admitir que o CADE teria competência para penalizar ou balizar o comportamento dos entes da Administração incumbidos da formulação/implementação de políticas públicas ou mesmo da prestação de serviços públicos. Se assim fosse, o CADE colocar-se-ia acima da Presidência da República, a quem incumbe chefiar o Poder Executivo. Isso, a toda evidência, não faz o mínimo sentido²¹⁷.

Dessa feita, a legislação concorrencial deve ser interpretada no sentido de limitar a sua aplicação, no que diz respeito às pessoas de direito público, às que prestam atividade econômica em sentido estrito. Caso contrário, a referida lei permitiria que o CADE interviesse em entes da administração pública responsáveis pela formulação ou implementação de políticas públicas, bem como em prestadores de serviço público.

Sobre a responsabilidade das empresas envolvidas, importa destacar três artigos da referida lei. O art. 32 estabelece a responsabilidade solidária entre a empresa e seus dirigentes ou administradores. Já o art. 33 dispõe que a responsabilidade abrange as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica. Por fim, o art. 34 define a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social.

A definição dos sujeitos e das dimensões da responsabilidade das empresas envolvidas permite entender a primeira dimensão da aplicabilidade da legislação concorrencial. Enquanto a segunda dimensão é a definição do objeto, que deve ser realizada a partir de uma leitura constitucional do tratamento do assunto.

2.2.1.2 Objeto

A Constituição da República de 1988, em seu art. 170, estabeleceu que a finalidade da Ordem Econômica é garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundando-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Como já foi elucidado, o Constituinte deu ênfase ao modelo de economia de mercado para produção e circulação de bens. Ademais, definiu a livre concorrência como princípio da ordem econômica, que não

²¹⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

deve ser interpretado como liberdade anárquica, mas social²¹⁸. Portanto, a livre concorrência se encontra inserida em uma ordem pública que considera ilícito o abuso do poder econômico (art. 173, §4º).

O conceito de poder econômico é de difícil delimitação. Entretanto, pode-se partir da ideia de que o seu detentor é a empresa que pode tomar decisões econômicas de maneira independente, em maior ou menor grau, das pressões concorrenciais²¹⁹. De acordo com Sérgio Varela Bruna:

[...] o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas a consecução dos ideais de justiça social. De acordo com o ensinamento já transcrito, em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais. Mas não somente isso. Não se admite que o exercício do poder econômico resulte na supressão das liberdades de iniciativa e de concorrência dos demais indivíduos, porquanto não se pode admitir que a extensão de uma liberdade de um indivíduo seja tal que permita que seu exercício suprima as mesmas liberdades dos demais²²⁰.

O autor elucida que o texto constitucional não veda o exercício do poder econômico, mas apenas o seu abuso. Existe, portanto, uma definição constitucional de um padrão normativo de concorrência, que confere licitude quando decorre dos méritos dos próprios concorrentes. Nos termos da Constituição da República de 1988, a imposição do poder econômico deve ser considerada ilícita quando é exercida para alcançar artificialmente a dominação dos mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros. Sobre o assunto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que:

Mesmo no exercício de prerrogativas legítimas, conferidas por lei ou não proibidas pela legislação, a ação econômica pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir desequilíbrios no mercado. Trata-se então de uma lesão de direito que, inobstante à legitimidade da prática, pode gerar responsabilidade. Ou seja, o ato que obedece aos limites da lei, mas que, no exercício do direito, viola princípios de finalidade econômica da instituição

²¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14º ed. São Paulo Malheiros: 2010, p. 216.

²¹⁹ A tese de Modesto Carvalhosa traz importantes contribuições sobre poder econômico. Cumpre destacar, todavia, que não se concorda com alguns aspectos expostos, tais como a possibilidade de licitude de cartéis de crise, conforme o autor defende. Ver CARVALHOSA, Modesto. *Poder Econômico: A fenomenologia – seu disciplinamento jurídico* (1967). In: CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico: Obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013, p. 411 e s.

²²⁰ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147.

social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso do poder econômico enquanto poder juridicamente garantido pela Constituição²²¹.

A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, detalha de que maneira o abuso do poder econômico deverá se adequar à ordem pública instituída pela constituição econômica de 1988. O art. 1º da referida legislação define precisamente o objeto do Direito Brasileiro da Concorrência ao afirmar que a lei dispõe sobre a estrutura do SBDC e sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica. Na continuação do texto do *caput*, especifica-se que a sua aplicação deve ser orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O texto legal, ancorado nos dispositivos constitucionais, não pretende defender unicamente o livre mercado. Conforme já explicado, a defesa da concorrência no Brasil tem caráter instrumental e persegue objetivos mais amplos e maiores, ligados à promoção dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional. Dessa forma, a sua aplicação é um dos meios de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema econômico pela implementação de políticas públicas²²².

O reconhecimento do caráter instrumental do Direito Brasileiro da Concorrência exclui argumentos simplistas no sentido de afirmar que a concorrência é um fim em si mesma, o que acabaria reduzindo a sua aplicação a um mero exercício tecnocrata. Em decorrência disso, infere-se que a política de concorrência sempre será informada por teorias econômicas, vinculando-se a uma visão política e ideológica.

O ponto central do presente trabalho é identificar que o domínio de uma determinada tecnologia pode garantir ao seu titular um poder econômico. O seu exercício no mercado, através da utilização de direitos de propriedade intelectual, de estratégias comerciais ou contratuais, pode ter efeitos ou finalidades anticompetitivos. Nessa ocasião, o Direito da Concorrência pode ser aplicado para reestabelecer os estímulos para um processo contínuo de inovação.

²²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Publicações científicas*. 2011.

²²² Ver FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52 e s. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186 e s. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

2.2.2 Aplicação para proteção da inovação

Um dos principais desafios do estudo e da análise da política concorrencial no Brasil é entender quem a define, isso se trata de um problema de fonte. Esse contexto é agravado pelo fato de os elementos que a caracterizam serem difusos, em termos legislativos, e desconexos com outras políticas como a industrial e de inovação. Apesar disso, a reestruturação do órgão em 2011 realizou uma progressiva redução da quantidade de análises de atos de concentração e marcou um aprofundamento da política de combate aos cartéis, desprivilegiando a análise de outras condutas.

O balanço do CADE em 2016 permite confirmar o contexto mencionado acima. Em 2010, houve a notificação de 691 atos de concentração; já em 2016, apenas 390. Destes, 92% foram aprovados sem restrições, 2% foram aprovados com restrições, 5% não foram conhecidos e 1% foi arquivado. No que diz respeito às práticas, verifica-se uma predominância indiscutível da investigação e punição de cartéis. Atrelado a isso, pode-se constatar também o significativo aumento da quantidade de acordos de leniência²²³.

É indiscutível a necessidade de manter tanto uma política consistente de combate a cartéis, quanto um perfil desburocratizante no mundo dos negócios. Entretanto, as características do mercado de alta tecnologia e do próprio regime de propriedade intelectual no Brasil demonstram que é fundamental fortalecer a atuação do CADE em outras condutas (2.2.2.1). É igualmente necessário estimular arranjos cooperativos de suporte à inovação pró-competitivos por intermédio do controle de estruturas (2.2.2.2).

2.2.2.1 Controle das condutas

A redução da atuação da autoridade concorrencial no campo do controle das condutas é desdobramento da forte influência da Escola de Chicago na definição da política concorrencial brasileira. A experiência europeia se contrapõe a estadunidense nesse aspecto, e revela a importância da aplicação dessas normas do Direito da Concorrência para promover a inovação, conforme se verá oportunamente.

A proposta de reformulação da atuação do CADE definida no presente trabalho não está ancorada na necessária revisão da legislação, conforme já elucidado. Os dispositivos

²²³ BRASIL. CADE. *Balanço 2016*. Brasília, 2017.

legais já permitem uma dimensão importante da regulação da inovação. De acordo com o art. 36 da Lei n. 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam 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; e
 IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A leitura do *caput* revela três importantes características no momento da definição da ilicitude de um comportamento: (i) a necessidade de culpa para a punição não existe; (ii) o ato pode ser de qualquer natureza; e (iii) a ilicitude pode ser tanto pelo objeto, quanto pelos efeitos, mesmo que eles não sejam alcançados. Outro aspecto relevante na aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência é a desnecessidade de verificação da posição dominante para se infringir a ordem econômica. Maria Tereza Mello e Mario Luiz Possas entendem de forma diferente e identificam a necessidade de constatação da posição dominante como requisito implícito. De acordo com os autores:

O fato de a lei não estabelecer a posição dominante como requisito legal expresso da infração à ordem econômica causa, às vezes, alguma confusão entre juristas. Mas uma interpretação consistente de lei requer, como várias vezes afirmamos, o recurso à análise econômica, que permite entender adequadamente as possibilidades e condições de existência real de prejuízos à concorrência; e é no âmbito desta análise que poder de mercado é identificado como uma condição necessária, pois sem ele nenhum agente é capaz de, unilateral ou conjuntamente, beneficiar-se de causar prejuízo à concorrência ou de aumentar arbitrariamente seus lucros, ainda que o queira. A possibilidade de produção de tais efeitos não é apenas fruto do desejo dos agentes, mas de condições objetivas dos mercados em que atuam²²⁴.

Cumprе salientar que não se concorda com a necessidade da constatação da posição dominante para aplicar o art. 36. A opinião dos autores pode nortear a formulação de políticas concorrências no sentido de centrar a análise em casos em que há posição dominante, porém não deve promover uma interpretação mais restritiva do texto legal. De toda sorte, a

²²⁴ MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 146. Apesar de esse texto ter sido escrito anteriormente à lei de 2011, cumpre destacar que a sistemática da legislação concorrencial se manteve igual à anterior. Essa constatação permite entender que a observação dos autores se mantém atual, apesar de não se concordar com a necessidade de comprovação da posição dominante.

caracterização da posição dominante é relevante na determinação dos agentes que devem ser responsabilizados e na argumentação quanto à existência de determinadas infrações à ordem econômica²²⁵.

O art. 36, §2º, estabelece uma presunção de posição dominante, quando uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante. A legislação prevê a possibilidade de o CADE alterar essa porcentagem para setores específicos da economia. Por sua vez, o §3º do referido artigo estabelece um rol não exaustivo de condutas que caracterizam infração à ordem econômica. Cumpre ressaltar, todavia, a legislação anterior previa a conduta de preço abusivo e, na nova lei, esse dispositivo foi extinto. Conforme já exposto anteriormente, isso não impede uma condenação por preço abusivo, dado que o rol é apenas exemplificativo.

Portanto, o art. 36 poderá ser aplicado para punir qualquer conduta, unilateral ou não, que tenha objetivo ou efeito qualquer um dos quatro incisos do dispositivo em análise. Contudo, segundo disposto no §1º, “*A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo*”. Sendo assim, a legislação não pune a vitória de um concorrente que alcançou sua posição, mesmo que dominante, pelos seus próprios méritos. Ou seja, esse parágrafo revela a preocupação do legislador com as restrições artificiais à concorrência.

O inciso III também guarda algumas polêmicas, suscitadas normalmente pelos concorrencialistas que são mais influenciados pelo *Antitruste Law* norte-americano. Isso porque ele considera o aumento arbitrário de lucros como uma infração à ordem econômica, revestindo o consumidor de uma proteção que não é convergente com a tradição norte-americana. A perspectiva instrumental desse ramo do Direito, bem como a definição do bem-estar do consumidor enquanto objetivo último do Direito Brasileiro da Concorrência, conforme explicam Massimo Motta e Lucia Helena Salgado, aproximam-se do Direito da Concorrência da União Europeia. Os autores contrapõem essa visão à dos norte-americanos, apesar de salientar que o *Department of Justice* (DOJ) adotou essa política no que diz respeito às fusões, durante os governos Obama²²⁶.

²²⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

²²⁶ MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 20.

O CADE utiliza-se da técnica dos guias para buscar dar mais transparência à sua forma de solucionar os conflitos concorrenciais e para precisar determinados conceitos dispostos na legislação. A Resolução 20, de 9 de junho de 1999, encontra-se nesse contexto e estabeleceu critérios mais precisos para a análise de condutas anticoncorrenciais. Entretanto, essa resolução não é aplicada de maneira consistente pelo CADE, o que decorre inclusive do seu conteúdo genérico, conforme elucida Paulo Casagrande. O autor destaca também que a importância desse guia poderia ser maior, na medida em que ele deveria nortear a atuação do órgão em casos de condutas anticompetitivas decorrentes de arranjos empresariais para projetos de inovação tecnológica²²⁷.

A análise do contexto legislativo permite entender que o CADE tem competência para exercer de maneira mais consistente uma política concorrencial voltada a outras práticas anticoncorrenciais, não devendo se restringir ao importante combate a carteis. Para tanto, faz-se necessário uma reformulação da política concorrencial, que leve em consideração as infrações relacionadas à inovação e propriedade intelectual, sobretudo no mercado de alta tecnologia. Essa alteração no campo das condutas deve ser acompanhada igualmente por uma mudança no controle de estruturas.

2.2.2.2 Controle das estruturas

O controle de estruturas foi uma das áreas que sofreu mais desdobramentos com a reformulação legal de 2011. O objetivo foi reduzir a atuação do CADE nesse campo, com intuito de desburocratizar a dinâmica empresarial no Brasil. Essa finalidade já havia sido parcialmente alcançada com o estabelecimento do procedimento sumário, por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE 01, de 18 de fevereiro de 2003. Em síntese, essa Portaria estabeleceu procedimentos mais céleres para avaliação de operações sem consequências concorrenciais.

A Lei n. 12.529/2011, em seu art. 90, estabelece quatro possibilidades de atos de concentração: (i) fusão entre duas ou mais empresas antes independentes; (ii) aquisição, direta ou indireta, por qualquer forma, do controle ou de parte de uma ou outras empresas; (iii) incorporação de empresas; ou (iv) celebração entre duas ou mais empresas de contrato associativo.

²²⁷ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015, p. 216.

Não há maiores discussões sobre os três primeiros incisos, mas a imprecisão do termo “contrato associativo” gerou relevantes polêmicas. Essa indefinição pode gerar insegurança jurídica, especialmente nos casos em que se discute a obrigatoriedade de submissão ao CADE para a aprovação da operação. Um exemplo pertinente ao objeto de estudo, são as *joint ventures* para projetos de criação, implantação e difusão de tecnologias inovadoras²²⁸.

Com intuito de sanar as dúvidas quanto ao conceito de contrato associativo, o CADE promulgou a Resolução n. 17, de 18 de outubro de 2016, que em seu art. 2º dispõe:

Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

A referida resolução, em seu art. 3º, estabelece ainda que os contratos, cujo prazo é indeterminado ou menor que dois anos, observados os requisitos dos incisos do art. 2, deverão ser submetidos ao CADE quando esse prazo for alcançado. Além disso, a renovação deles dependerá de aprovação prévia do CADE, caso o prazo seja igual ou superior a dois anos²²⁹.

Conforme já explanado, com a modernização de 2011, foram estabelecidos dois critérios de valores mínimos de faturamento bruto anual para a submissão dos atos de

²²⁸ Ver análise do caso Monsanto Intacta RR2 POTM no capítulo 3.1.2. Entre as contribuições desse caso, pode-se identificar a mudança da jurisprudência do CADE que passou a entender pela desnecessidade de cláusulas de exclusividade em licenciamentos de direitos de propriedade intelectual para o conhecimento do processo enquanto ato de concentração. O fundamento é que a influência, a qual a Monsanto exerce por meio desses contratos nas outras empresas envolvidas, independente dos acordos de exclusividade, o que poderia ser considerado como contrato associativo.

²²⁹ A Resolução n. 17, de 18 de outubro de 2016, substituiu a Resolução n. 10, de 29 de outubro de 2014, que também versava sobre as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo. Conforme se apreende do art. 2 da resolução revogada, o CADE havia estabelecido critérios mais rígidos para a qualificação de contrato associativo: “Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no artigo 88, da Lei n. 12.529, de 2011, e para fins do disposto nesta lei, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência. § 1º Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência: I – nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%); ou II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições: a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; b) o contrato decorra relação de exclusividade.”

concentração (art. 88) ao CADE²³⁰. Essas quantias foram alteradas em 2012, pela Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012. A partir de então, os critérios passaram a ser: (i) faturamento bruto anual de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) no último ano anterior à operação para pelo menos um dos grupos envolvidos; e (ii) faturamento bruto anual de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) no último ano anterior à operação para pelo menos outro dos grupos envolvidos. Frisa-se que, diferentemente da legislação de 1994, os critérios são cumulativos, o que representa uma opção do legislador de menor intervenção no controle de concentrações.

Um ato de concentração implica na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, quando cria ou reforça uma posição dominante ou resulte na dominação do mercado relevante de bens e serviços (art. 88, §5). Esse ato de concentração só será aprovado se respeitar o disposto no art. 86, §6. Ou seja, deverá ser comprovado o aumento da produtividade ou da competitividade; precisará haver melhora da qualidade de bens ou serviços; ou deverá propiciar eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico (art. 88, §6, I). Além disso, deverão ser repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração (art. 88, §6, II)²³¹.

De acordo com o guia de análise de atos de concentração horizontal do CADE, publicado em 2016, a avaliação do ato de concentração ocorre em cinco etapas, sendo elas: 1ª) definição do mercado relevante; 2ª) análise do nível de concentração horizontal para identificar as possibilidades de exercício do seu poder de mercado; 3ª) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio de maior concentração na operação; 4ª) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação, quando for o caso de tratar do mercado de insumo; e 5ª) ponderação das eficiências econômicas decorrentes do ato de concentração²³². O CADE prevê a possibilidade de utilizar-se de métodos complementares ou alternativos como a análise contrafactual e simulações.

²³⁰ A redação original de 2011 era: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”. Entretanto, com base na previsão do § 1º, do art. 88, esses valores foram alterados por portaria interministerial.

²³¹ Na lei 8.884/94, o texto sobre o controle dos atos de concentração não tratava de “distribuir parte relevante dos benefícios” decorrentes da operação, mas sim de “distribuir equitativamente entre os seus participantes, de um lado e consumidores ou usuários finais, de outro”, segundo o art. 54.

²³² BRASIL. CADE. *Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016, p. 10.

O guia ainda define o mercado relevante como o conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que reagem e limitam as decisões nas formulações das estratégias empresariais resultantes da operação. Não se pretende avançar nos critérios e técnicas brasileiras para a definição dos mercados relevantes, mas importa destacar que elas são coerentes com a tradição internacional, dividindo o mercado relevante em duas dimensões, que são elas: a de produto e a geográfica. Além disso, é importante ressaltar que o novo guia reconheceu que é possível descartar a definição de mercados relevantes em alguns casos, com a adoção da análise contrafactual e outras simulações.

O guia trata de outro tema central no que diz respeito à inovação, que é a preocupação com a eliminação dos *mavericks*. O documento as define como empresas de baixo custo de produção e uma baixa precificação, que estimulam a permanente inovação no mercado em que atuam.

Nesse sentido, sua presença independente no mercado pode disciplinar os preços das empresas com maior market share. O Cade pode considerar que o AC que envolva uma empresa com uma estratégia de liderança de custos, de inovação ou de nicho, por exemplo, pode diminuir a concorrência atual ou potencial do segmento, diminuir a rivalidade e desestimular a inovação no mercado em análise, ainda que a variação do HHI seja baixa. No que se refere à possibilidade de efeitos coordenados gerados pela operação, é importante considerar que empresas do tipo maverick podem dificultar a formação de cartéis, caso estejam dispostas e sejam capazes de ampliar sua produção diante de uma restrição de oferta por parte das empresas em conluio²³³.

O guia prevê ainda a necessidade de análise da estrutura de mercado de dois lados, com suas peculiaridades na formação de preço. Além disso, trata das aquisições parciais e o poder de influência sobre a empresa adquirida. Muitos desses elementos decorrem de problemas concorrenciais, envolvendo mercado de alta tecnologia. Diante disso, pode-se concluir que o novo guia reitera a importância da inovação.

Importa frisar que o documento de 2016 pouco contribui ao estímulo à cooperação pró-competitiva entre empresas para projetos de inovação. Esse é um problema antigo, que remonta aos guias anteriores, desde a aplicação da legislação de 1994. Não há tratamento específico sobre os arranjos cooperativos empregados para a criação, implantação e difusão de tecnologias inovadoras. Cumpre salientar que essa é uma técnica essencial para o desenvolvimento tecnológico do país, tanto é que o Direito norte-americano e o europeu são convergentes no que diz respeito à relevância de seus guias específicos para o tema.

²³³ BRASIL. CADE. *Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília, 2016, p. 51.

Paulo Casagrande identificou que os arranjos cooperativos interempresariais têm sido cada vez mais importantes nas estratégias competitivas das empresas que investem em produtos e processos inovadores, conforme se percebe nos dados da PINTEC de 2003, 2005, 2008 e 2011. Entretanto, a ausência de coordenação entre a política de inovação e concorrencial decorre do próprio Poder Legislativo que não tratou do tema na lei de 2011. O Poder Executivo nos últimos anos realizou um intenso investimento na política de inovação, no entanto não conseguiu promover a convergência clara entre essas duas políticas públicas. Nesse contexto, não se constata contribuições suficientemente coerentes e sistematizadas nas decisões do CADE, conforme indica Paulo Casagrande:

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 os 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 que se tora tanto maior quanto mais efetiva for a política antitruste no país²³⁴.

Conforme exposto, o guia é de 2016, logo, ainda não se pode analisar com precisão os desdobramentos desse novo documento na aplicação das normas concorrenciais nesse campo de atuação do CADE. Entretanto, a ausência de tratamento específico sobre as técnicas de cooperação para a inovação aumenta a insegurança jurídica em torno dessa importante forma de promover a inovação. Conclui-se que o contexto descrito reforça a necessidade de formulação de guia específico para tratar do assunto.

²³⁴ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015, p. 220.

As características das estruturas econômicas brasileiras revelam a necessidade de redimensionar a política de concorrência adotada no país nos últimos anos. Nesse sentido, dois aspectos se mostram centrais: o primeiro é dar maior importância a outras condutas anticoncorrenciais, para não se restringir apenas ao combate a cartéis; e o segundo é promover a segurança jurídica necessária para o estímulo a arranjos entre empresas para cooperação em termos de inovação.

Cumprе salientar que não se pretende reduzir a importância do combate a cartéis. A realidade da concentração econômica no país e a experiência do próprio CADE sobre o assunto demonstram que ainda há muito a avançar nesse sentido. Entretanto, determinadas condutas anticompetitivas, especialmente de empresas de alta tecnologia, impõem danos ao bem-estar que não podem ser desconsiderados. Muitas de suas estratégias têm como objetivo eliminar ou reduzir o próprio processo de inovação em determinados mercados. Assim, não promover a intervenção concorrencial nesses casos é reduzir ou destruir a própria capacidade dinâmica econômica, que se funda na inovação.

Pode-se também constatar que a legislação de 2011 permite a aplicação renovada do Direito da Concorrência, de maneira a garantir maior integração com outras políticas de desenvolvimento, como a industrial e a de inovação. Infere-se ainda que o desafio de transparência e clareza nessa relação entre essas políticas econômicas é imposto especialmente ao Poder Executivo e Legislativo. Assim, no que diz respeito ao CADE, a proposta de formular uma função reguladora da inovação, a partir da aplicação das normas de Direito da Concorrência, deve ser precedida da sistematização das suas decisões sobre o assunto. Como os direitos da propriedade intelectual são considerados uma das principais técnicas de estímulo à inovação, faz-se necessário sistematizar as principais decisões do CADE, envolvendo os ditos direitos.

CAPÍTULO 3. DECISÕES DO CADE SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A dependência tecnológica e a superproteção de direitos de propriedade intelectual, características do contexto jurídico-econômico do Brasil, reafirmam a importância da aplicação do Direito da Concorrência para proteção da inovação. Entretanto, o conjunto de decisões sobre direitos de propriedade intelectual é reduzido e não é consistente, especialmente se comparado a experiências de outros países. Essa realidade se contrapõe às necessidades que são lançadas por determinadas características e trajetórias de setores do mercado brasileiro, sobretudo os de alta tecnologia.

O objetivo desse capítulo é realizar uma sistematização da jurisprudência dos principais casos julgados pelo CADE sobre direitos de propriedade intelectual. Para tanto, a reforma legal de 1994 foi adotada como marco temporal para se iniciar a análise. Isso decorre do fato da lei 8.884/94 ter instaurado um novo paradigma de intervenção concorrencial, que se insere no padrão estabelecido pela ideologia constitucionalmente adotada da relação entre Estado e mercado.

Além das poucas decisões sobre o assunto, outros desafios foram lançados na busca pela sistematização dessas decisões do CADE. Dentre eles, pode-se destacar a incorporação de teorias ou modelos de decisão de outros países sem a devida contextualização com a realidade do país. Assim, a forte influência da Escola de Chicago contribui para perceber que o tratamento dado pela autoridade, em alguns casos, não converge obrigatoriamente com as próprias necessidades econômicas do país.

Frisa-se que a intervenção concorrencial sempre é informada por teorias econômicas, inclusive quando se decide não intervir em determinados casos, como ocorre muitas vezes em assuntos envolvendo direitos de propriedade intelectual. Além disso, a intervenção nos direitos de propriedade intelectual acontece por fundamentos distintos nas duas dimensões de intervenção concorrencial. Ou seja, o controle de estruturas (3.1) é exercido por motivos e técnicas distintas do controle de condutas (3.2), notadamente nos casos que envolvam os ditos direitos. Frisa-se que a convergência entre essas duas facetas do Direito da Concorrência é o desafio de proporcionar os estímulos adequados para a manutenção do processo contínuo de inovação em cada setor analisado.

3.1 Controle de estruturas acerca de direitos de propriedade intelectual

O controle de estruturas é um eixo central para a promoção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência. Por um lado, ele permite avaliar a possibilidade de fusões e aquisições terem efeitos anticompetitivos, notadamente devido ao eventual poder de mercado decorrente de direitos de propriedade intelectual. Por outro lado, ele também tem sido utilizado como instrumento para promover a cooperação pró-competitiva entre empresas em projetos de inovação.

O presente trabalho não pretende estudar com profundidade a intervenção concorrencial nos direitos de propriedade intelectual nas fusões e aquisições. No entanto, ao analisar a experiência brasileira, as decisões sobre esse aspecto ganham especial importância por três motivos. Primeiro porque foi por meio desse campo de atuação do CADE que houve a inserção de técnicas contemporâneas da economia da concorrência, após a reforma de 1994. Segundo porque as condições de desincentivo de direitos de propriedade intelectual para a aprovação das fusões ou aquisições revelam uma faceta da regulação da propriedade intelectual exercida pelo CADE. Terceiro porque um erro no julgamento de fusões e aquisições pode desencadear ambiente propício para condutas anticoncorrenciais, envolvendo inclusive o desestímulo à inovação.

Entende-se que a possibilidade de incentivar a cooperação entre empresas para projetos de inovação é uma das contribuições mais consistentes da atuação do CADE no campo do controle de estruturas. Essa constatação decorre da possibilidade de integração entre a política de concorrência e de inovação, voltadas ao processo de *catch up* tecnológico. Devido à imprecisão legislativa e dos guias do CADE sobre o assunto, faz-se necessário sistematizar as principais decisões do órgão sobre fusões e aquisições envolvendo direitos de propriedade intelectual (3.1.1) e do controle de estrutura com finalidade de estimular à cooperação pró-competitiva entre empresas para estratégias de inovação (3.1.2).

3.1.1 Direitos de propriedade intelectual em fusões e aquisições

As reflexões, mas também as medidas de desinvestimento, do CADE em fusões e aquisições têm-se centrado especialmente no domínio das marcas. A preocupação do órgão centra-se no grau de fidelização dos concorrentes e os seus efeitos anticompetitivos decorrentes da concentração do portfólio na mesma empresa, após a operação.

Esse domínio de atuação do CADE tem sido marcado pelos recursos de consensualidade administrativa, o que representa um significativo avanço em termos de celeridade do processo e efetividade das medidas. Todavia, os argumentos e parâmetros utilizados pelos conselheiros e empresas envolvidas devem ser suficientemente claros, sob pena de significar um retrocesso em termos de transparência da Administração Pública. A fronteira que se estabelece à transparência é a necessidade de manutenção do segredo de uma série de informações, as quais, ao serem publicadas, podem restringir a própria dinâmica concorrencial.

Esses desafios têm sido progressivamente solucionados pela evolução das decisões do referido órgão, mas ainda há avanços a serem realizados. Na aquisição da empresa Kolynos pela Colgate, inaugurou a utilização das teorias contemporâneas de economia industrial pelo CADE e é fundamental para compreender o conteúdo da reforma de 1994 (3.1.1.1). Já a decisão da Ambev guarda significativas polêmicas, sobretudo se forem analisadas as condutas anticoncorrenciais praticadas após a operação (3.1.1.2). O caso Brfoods é igualmente bastante discutido pelos concorrencialistas brasileiros, especialmente no que tange à sua comparação com o julgado Kolynos (3.1.1.3).

3.1.1.1 Caso Kolynos

A aquisição da empresa Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company foi julgada pelo CADE em 1996²³⁵. Havia uma grande expectativa sobre a decisão por dois motivos. Primeiro porque a Kolynos era uma marca extremamente presente no cotidiano do brasileiro, o que se refletia na detenção de 27% de participação de mercado, que somadas às frações da Colgate-Palmolive, chegaria a 57% do mercado de saúde bucal, após a operação. Segundo porque foi a primeira decisão versando sobre aquisições após o conturbado caso da Gerdau, no qual o então Ministro da Justiça Nelson Jobim recebeu recurso administrativo da decisão do CADE pelo desfazimento da operação, contrariando a legislação pátria²³⁶. Diante desse contexto, recaía uma enorme pressão política sob a nova composição do órgão, que havia tomado posse em 15 de maio de 1996.

Importa frisar que a Colgate assumiu imediatamente a fábrica da Kolynos, impondo à autarquia um desafio difícil a ser superado no que diz respeito à reversibilidade da operação.

²³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto da relatora Lucia Helena Salgado no ato de concentração n. 27/1995, *K e S Aquisições Ltda; e Kolynos do Brasil S.A.* Brasília, 19 de setembro de 1996.

²³⁶ Ver BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 137 e s.

Isso foi possível porque a legislação da época permitia a submissão do ato de concentração ao CADE em até 15 dias após o negócio ser firmado. Essa situação foi agravada pela inexperiência do órgão, na época em questão, na utilização de instrumentos jurídicos que impedissem a consumação da operação até a análise do CADE sobre os desdobramentos do negócio²³⁷.

Assim, quatro mercados relevantes no território nacional foram definidos: creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal. Entre esses, o CADE entendeu que apenas os mercados de creme dental e de escova seriam impactados com a operação. A reputação da marca Kolynos, líder no mercado brasileiro, decorria notadamente dos altos investimentos em propaganda (tratados como custos enterrados ou *sunk costs*) e somava-se ao grau de concentração nesses dois mercados. Existia a possibilidade de a Colgate utilizar a marca Kolynos para expandir ainda mais suas frações de mercado dada a pouca diferenciação dos produtos. O CADE também identificou a insignificância das importações para a substituíbilidade do produto no mercado brasileiro, a despeito da abertura comercial dos anos 1990. O contexto descrito aumentava o poder de mercado da empresa decorrente da operação²³⁸.

O plenário do CADE decidiu acompanhar a decisão da relatora Lúcia Helena Salgado, no sentido de aprovar a fusão com restrições. Para tanto, as empresas deveriam optar por uma das três possibilidades: suspender a marca Kolynos por 4 (quatro) anos, alienar a marca Kolynos ou licenciar a marca para um participante com menos de 20% do mercado ou para um novo entrante. Elas optaram por suspender a marca Kolynos pelo período fixado pelo CADE. Esse prazo de quatro anos decorreu das informações dos próprios concorrentes, que sustentavam ser esse o prazo necessário para a entrada de novos concorrentes. O CADE objetivava acelerar a entrada de novas marcas, fortalecer as marcas de menor expressão já instaladas no mercado e, com isso, evitar a eliminação da concorrência, dado o poder de mercado decorrente da aquisição.

Não obstante, foi utilizada uma brecha da decisão, fruto de uma certa imaturidade institucional do CADE. A marca Sorriso manteve as mesmas cores, o mesmo grafismo das embalagens e publicidade, da marca Kolynos. A ideia foi de vincular a nova marca à antiga

²³⁷ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coords.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília, 2013, p. 76. Vale destacar que parte dessa espécie de problema foi solucionada pela lei de 2011, na medida em que foi extinta a possibilidade de submissão *a posteriori* da operação ao CADE, ver seção 2.1.2.

²³⁸ SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (org.). *A revolução antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 33 e s.

que gozava de grande fama e credibilidade no mercado brasileiro. Essa falha da decisão foi corrigida pelo CADE assim que percebeu o artifício utilizado pela empresa, ordenando que a decisão deveria alcançar também esses outros elementos ligados à marca e determinando a interrupção da prática²³⁹. Ainda assim, houve uma vinculação entre as duas marcas.

Apesar dessa falha, quatro anos após a aprovação da operação, foi possível verificar maior concorrência no setor. Constatou-se a diminuição do preço real do creme dental, a redução do poder de mercado, o aumento do consumo, o crescimento da participação de outras empresas como Gessy Lever, Glaxo-SmithKline e outras empresas que vendem produtos de menor preço.

Essa decisão trouxe contribuições de diversas naturezas à atuação do CADE. Inicialmente, pode-se afirmar que ela demarcou a utilização de teorias modernas do Direito da Concorrência, ancorando-se no estruturalismo de Havard e nas críticas da Escola de Chicago²⁴⁰. Ou seja, o CADE decidiu o caso articulando os conceitos de mercado relevante, estrutura de mercado, barreiras à entrada, diferenciação de produtos, entre outros. Portanto, o referido julgado deflagrou a utilização de um novo conteúdo econômico e jurídico na sua intervenção²⁴¹.

Outra contribuição dessa decisão diz respeito à utilização da consensualidade no processo administrativo, notadamente para o desinvestimento em direitos de propriedade intelectual como condição para aprovação de um ato de concentração. Por fim, a participação das empresas concorrentes em audiências, a utilização pedagógica dos argumentos econômicos e o acompanhamento da mídia nesse caso, dada sua repercussão na sociedade, reforçaram o reconhecimento da importância do CADE para a normatização da política econômica.

²³⁹ CAPUCIO, Camilla; MELO, Renato Dolabella, Remédios concorrenciais e propriedade intelectual. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 228.

²⁴⁰ SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (org.) *A revolução antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 63 e s.

²⁴¹ A incorporação das teorias de organização industrial contemporâneas para o fortalecimento da instituição, dada a desconfiança da sociedade brasileira com o CADE, foi de grande relevância. Entretanto, é essencial retomar que a utilização do termo “revolução antitruste”, para fazer referência a esses novos contornos teóricos que informaram a intervenção concorrencial, apresenta uma dimensão a qual perverte a própria história do Direito da Concorrência no Brasil. Isso porque esse argumento nega que outras teorias econômicas informaram as intervenções anteriormente, afirmando, por vezes, que as antigas teorias sequer possuíam cientificidade. Para uma exposição detalhada sobre essa discussão, ver seção 2.1.1.

3.1.1.2 Saga Ambev

A tratativa da fusão entre Antártica e a Brahma ocorreu após tentativas frustradas dessas empresas realizarem *joint-ventures* com a *Anheuser-Bush* e com a Miller do Brasil, respectivamente²⁴². Em 2 de setembro de 1999, as empresas Cia. Antártica Paulista e Cia. Cervejaria Brahma, controladas pela Fundação Antônio Helena Zerrenner e pelas empresas BRACO SA e Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – ECAP, submeteram à apreciação do CADE a associação denominada AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas²⁴³.

O CADE identificou seis mercados relevantes: cervejas, refrigerantes, águas minerais, chás, sucos e isotônicos. No entanto, apenas o mercado de cerveja apresentava um grau de concentração preocupante. Diante disso, a operação foi aprovada, mediante a celebração de um termo de compromisso de desempenho (TCD), que impôs várias condições. Entre os remédios estruturais e comportamentais, estava a venda da marca Bavária e cinco fábricas ligadas ao mesmo comprador. Além disso, a Ambev também deveria manter os níveis de investimento em marketing e publicidade, devendo se esforçar para manter os níveis de participação no mercado de outubro/novembro de 1999²⁴⁴.

A escolha da marca que foi vendida tornou-se um dos principais debates dessa decisão. A SDE havia recomendado a alienação de uma das três principais cervejarias das requerentes: Brahma, Skol ou Antártica, incluindo os ativos tangíveis e intangíveis necessários à viabilização do negócio. A SEAE, por sua vez, havia recomendado a alienação dos ativos tangíveis e intangíveis do negócio de cerveja da marca Skol, junto com suas plantas localizadas em Manaus e Cuiabá²⁴⁵. Em outras palavras, a polêmica girava em torno da intensidade da intervenção concorrencial, já que a Bavária era uma marca inexpressiva no mercado brasileiro e estava em declínio²⁴⁶.

²⁴² OLIVEIRA, Alice Ferreira de. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 149-150.

²⁴³ BRASIL. CADE. *Guia prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*, Coleção CIEE, 3ª ed., 2007, p. 45 e s.

²⁴⁴ Ver BRASIL. CADE. Termo de compromisso de conduta no ato de Concentração n. 08012.005846/1999-1, de relatoria da conselheira Hebe Romano. *Fundação Antônio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A*, 29 mar. 2000.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Alice Ferreira de. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 150-151.

²⁴⁶ Ver FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 265 e s.

O caso Ambev revelou que a técnica de desinvestimento de marcas, para aprovação de fusões, deve ter aplicação parcimoniosa. Ao escolher uma marca com pouco prestígio e parcela de mercado, o CADE contribuiu para consolidar ambiente menos competitivo. Além disso, o próprio órgão assumiu que se absteve em monitorar, de maneira adequada, o funcionamento da empresa após a fusão, mesmo tendo a consciência de que em outros lugares do mundo houve um processo de cartelização do setor²⁴⁷.

Os termos do TCD²⁴⁸ não foram suficientes para impedir outras práticas anticoncorrenciais. Esse entendimento decorre da análise de três casos envolvendo a Ambev: a condenação pela imposição do programa de fidelização “Tô contigo”; a denúncia de desrespeito do TCD por venda direta a supermercados por preço mais baixo; e a proibição da utilização de garrafas de 630 mls da Ambev.

Condenação pelo programa de fidelização “Tô contigo”

Em julho de 2009, o plenário do CADE condenou por unanimidade a referida empresa a pagar uma multa de R\$ 352.000.000,00 (trezentos e cinquenta e dois milhões)²⁴⁹. Entre as denúncias, havia a suposta utilização da Antártica como marca de combate, mas essa conduta não foi comprovada pelo CADE²⁵⁰. A outra denúncia era sobre os programas de fidelização “Festeja” e “Tô contigo”, que realmente fundamentaram a condenação, de acordo com o voto do relator. Em síntese, esses programas permitiam que os pontos de venda (PDV), em geral bares e restaurantes, acumulassem pontuação de acordo com a quantidade de caixas de cerveja de 600 ml compradas (§ 107 e s.). Esses pontos eram trocados por prêmios dos mais variados valores.

A princípio, a descrição dessa conduta não permitiria qualquer condenação da Ambev. Entretanto, após a instrução do CADE, que englobou inclusive investigação *in loco*, percebeu-se que esses programas de descontos eram instrumentalizados para garantir a exclusividade dos pontos de venda. Isso porque havia fiscalização da Ambev para garantir o

²⁴⁷ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.003.805/2004-10. *Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes x Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV*, 22 jul. 2009, § 1-7.

²⁴⁸ Com a lei de 2011, esse tipo de negociação é firmado nos acordos em controle de concentrações (ACC).

²⁴⁹ Devido a um erro na hora de calcular a multa, esse valor foi reduzido em julho de 2015 pelo plenário do CADE a R\$ 229,1 milhões. BASILE, Juliano; PUPO, Fábio. Ambev consegue redução de multa milionária com o Cade. *Valor Econômico*, 14 jul. 2015.

²⁵⁰ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.003.805/2004-10. *Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes x Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV*, 22 jul. 2009.

respeito às contrapartidas disfarçadas que eram embutidas, permitindo a fidelização dos PDVs. Essas contrapartidas não eram exigidas de forma sistemática, pois mudava, de acordo com a região. Elas também não constavam nos contratos, mas impunham exigência de exclusividade ou limites à compra de cerveja a terceiros *de facto* (§ 221). Atrelado a isso, foi constatado que a utilização de marcas concorrentes poderia ser usada pela Ambev para excluir o PDV do programa de descontos, reforçando o argumento da exigência de exclusividade.

No que tange à avaliação dos danos da exclusividade, o relator explora as contribuições de teorias pós-Chicago, especialmente nos autores Philippe Aghion e Patrick Bolton, para afirmar:

Tal estratégia funciona da seguinte maneira: a empresa e o comprador realizam um contrato que lhe permite extrair renda do entrante, pois este se torna obrigado a baixar o preço que oferece ao comprador, já que precisa cobrir as penalidades que o comprador pagará à empresa, caso se retire do programa de exclusividade. Obviamente, a empresa e os compradores podem acordar uma penalidade que torne o custo de saída do acordo de exclusividade elevado o suficiente para evitar um entrante no mercado (§ 234).

Os acordos de fidelização acabam por excluir outras marcas de cerveja no PDV, tendo como desdobramento a existência de bares e restaurantes com apenas um fornecedor (§ 241 e s.). Portanto, eles alteram o padrão concorrencial, deixando de ser “por unidade de caixa de cerveja” para ser “por ponto de venda”. Diante disso, o relator retoma debate teórico ao fundamentar a decisão com as contribuições da Economia Industrial contemporânea. Percebe-se que o CADE endossa as críticas mais recentes às conclusões da Escola de Chicago, especialmente nas teorias de Richard Posner e Robert Bork. Estes defendem a maior possibilidade de eficiências com os acordos de exclusividade e também afirmam que eles não se sustentariam se não houvesse ganhos para os distribuidores. Mas, existe um elemento na trajetória desse setor no Brasil que desconstrói a argumentação ortodoxa fundada nessa matriz teórica: o poder de mercado decorrente do portfólio de marcas fruto da fusão da Ambev.

A fusão da Ambev aumentou a sua quantidade de tipos de cerveja fornecida, assim, ela se tornou um agente intransponível no referido mercado brasileiro. Os PDV estariam bastante prejudicados caso não explorassem o portfólio de marcas de cerveja da Ambev. O desdobramento imediato seria a concentração ainda maior no mercado de cerveja. Pode-se concluir que a potencialidade de prejuízo à concorrência no mercado em questão está intimamente vinculada às condições impostas anteriormente pelo CADE para a criação da Ambev, que propiciou um intransponível portfólio de marcas de cervejas.

Denúncia de descumprimento do TCD

A Ambev foi denunciada por supostamente estar desrespeitando o TCD firmado com o CADE. A referida empresa estaria impondo condições que configurariam prejuízo à concorrência, aumentando arbitrariamente seus lucros e exercendo abusivamente sua posição dominante²⁵¹. Nota-se que as práticas seriam de redução de margem de lucro dos distribuidores, vendas diretas a supermercados a um preço inferior aos estabelecidos para as distribuidoras e a imposição de exclusividade no fornecimento.

Em outubro de 2009, o plenário do CADE unanimemente votou pelo arquivamento do processo administrativo, seguindo o voto do relator. De acordo com este, não houve um aumento das barreiras à entrada no mercado de fabricação de cerveja (§ 43) e não havia qualquer evidência de fixação de preços de revenda por parte da Ambev (§ 44). O relator também não constatou a criação de dificuldades ao estabelecimento no mercado da empresa Molson, a detentora da marca Bavária (§ 46). No que diz respeito à denúncia de preços excessivos, o conselheiro argumenta pela não intervenção do órgão de defesa de concorrência nesse tipo de prática, pois:

A alegação de preços excessivos, por meio da elevação dos preços dos produtos da AMBEV em níveis muito acima da inflação e atrelados ao dólar, não encontra qualquer respaldo fático ou jurídico e, por essa razão, adiro aos pareceres instrutórios. Entender de forma diferente atribuiria aos órgãos de defesa da concorrência uma competência inadequada, qual seja a de regular preços de um mercado potencialmente competitivo e sem falhas de mercado que demandem esse tipo de intervenção (regulação de preços). No mercado de cervejas, os preços são formados livremente (§ 48).

Outro ponto abordado pela decisão diz respeito à venda direta às grandes redes de supermercados e a adoção de preços inferiores àqueles oferecidos aos distribuidores. De acordo com o julgado, essa dinâmica seria própria do mercado em questão e não afetaria a concorrência porque as distribuidoras já sabiam dessa possibilidade antes de assinarem o contrato. Dessa forma, essa disputa não deveria se travar no âmbito do Direito da Concorrência (§ 49 e s.). Pelos motivos expostos, o processo administrativo foi arquivado, dando razão às defesas apresentadas pela Ambev.

²⁵¹ Ver BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Processo Administrativo 08012.004363/2000-89. *Companhia de Bebidas da América x CADE*, 28 out. 2009.

Proibição da venda de garrafas 630 ml da Ambev

Em novembro de 2010, a Ambev firmou um termo de cessação de conduta com o CADE no sentido de encerrar a venda de cervejas em garrafas retornáveis de 630 ml²⁵². Contudo, isso só foi possível depois dos debates no CADE no recurso voluntário que tramitava no CADE sobre as consequências da exploração desse desenho industrial no mercado de cerveja no Brasil²⁵³.

A questão concorrencial central era saber qual o desdobramento dessa estratégia sobre a representada no intercâmbio de garrafas de 600ml. Importa destacar que parte substancial do mercado brasileiro de cerveja utiliza garrafas retornáveis de 600ml, apesar da redução da importância das garrafas retornáveis em vários países no mundo. Por esse motivo, em 2008, a SDE decretou medida preventiva em desfavor da Ambev, na qual determinou o recolhimento do modelo de garrafas de 630 ml (§ 2).

O argumento da Ambev era que essa nova garrafa objetivava combater a onda de falsificações, diferenciar ainda mais o produto e garantir maior segurança ao consumidor. Importa destacar que, antes da inserção desse novo modelo, todas as cervejarias utilizavam a garrafa de 600 ml, de titularidade do Sindicato Nacional da Indústria de Cerveja (Sindicerv), e isso garantia o intercâmbio dos recipientes independentemente da marca da cerveja.

A Ambev possuía aproximadamente 70% do mercado de cervejas em garrafas retornáveis, o que a qualificava enquanto dominante no setor. A mudança no modelo da garrafa impôs um aumento substancial nos custos das concorrentes e acabou excluindo indiretamente o acesso das concorrentes à rede de operações necessárias ao negócio (§ 22). Por esse motivo, o relator afirmou que:

Se 70% da cerveja em garrafa retornável consumida no país for envasada na garrafa proprietária da AmBev, esta empresa estaria criando a sua própria rede de compartilhamento de garrafas que excluiria os demais concorrentes. Os pontos de venda, nesse caso, teriam fortes incentivos a trabalharem somente com as marcas AmBev, já que isto eliminaria o custo de separação de garrafas. A AmBev possui um vasto portfólio de produtos e o utilizaria para que os bares só oferecessem produtos AmBev. Neste cenário, como as concorrentes da AmBev não poderiam, em função dos direitos de propriedade intelectual, usar o estoque de garrafas retornáveis no ponto de venda, sendo excluídos da rede de troca de garrafas nos bares, haveria um

²⁵² RIBEIRO, Stênio. Cade proíbe Ambev de vender cerveja em garrafa de 630 ml. *Agência Brasil*, 3 nov. 2011.

²⁵³ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Recurso voluntário n. 08700.002874/2008-81. *Companhia de Bebida das Américas – Ambev x Secretaria de Direito Econômico*, 23 jul. 2008.

completo fechamento de mercado nos pontos de venda, o que eliminaria os concorrentes da AmBev (§ 38).

Como se pode apreender, o problema concorrencial a ser resolvido não é a manutenção ou não do mercado de garrafas retornáveis de cerveja. Na realidade, trata-se da instrumentalização, por parte de uma empresa em posição dominante, de seus direitos de propriedade intelectual para buscar fechar o mercado de maneira arbitrária, discriminatória ou predatória. Sendo assim, a ausência de uma justificativa econômico-mercadológica, que permita auferir os ganhos em eficiência, reforça o caráter anticoncorrencial dessa postura da Ambev. Por esse motivo, a própria empresa aceitou firmar um TCC, no qual ela ficou obrigada a retirar de comercialização a garrafa de 630 ml²⁵⁴.

3.1.1.3 Caso Brfoods

Em junho de 2011, o então relator conselheiro Carlos Ragazzo votou pela reprovação da fusão entre Sadia e Perdigão, duas empresas brasileiras no ramo de alimentos refrigerados. A complexidade do caso é percebida pelas análises econômicas realizadas pelo CADE. Elas permitiram constatar quinze mercados relevantes atingidos por efeitos anticompetitivos decorrentes da operação: oferta de carne *in natura* de peru; lasanhas e pratos prontos; pizzas congeladas; hambúrgueres; kibes e almondegas; empanados de frango; presunto, apresuntado e afiambado; mortadela; salame; frios saudáveis; salsicha; linguiça defumada e paio; margarinas; kit festas aves; e kit festas suínos.

Diante disso, o conselheiro relator impôs o retorno às condições prévias à operação, na qual as empresas eram separadas uma da outra, mantendo a integralidade e autonomia de seus ativos, tangíveis e intangíveis²⁵⁵. Foi constatado que as duas empresas juntas somavam 50% de participação nos principais mercados relevantes, podendo chegar a mais de 90%, em determinados produtos. Por sua vez, nenhum competidor chegava a mais de 10% de participação na maioria dos casos, mesmos os concorrentes mais reputados.

²⁵⁴ Denúncia similar a essa foi feita contra a Ambev, dessa vez pela utilização de garrafas de 1 litro na venda de cerveja. Entretanto, o CADE entendeu que a empresa nessa ocasião não estava adotando postura anticoncorrencial, pois esse novo desenho industrial permitiu que a empresa explorasse um novo nicho de mercado de pessoal com menor poder aquisitivo, demonstrando um ganho de eficiência, sem, todavia, impedir que outras empresas usufríssem desse novo modelo de garrafa de cerveja para disputar essa parcela do mercado. Ver RESENDE, Thiago. Cade inocenta Ambev por colocar marca em garrafa de cerveja “litirão”. *Valor Econômico*, 23 maio 2012.

²⁵⁵ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração n. 08012.004423/2009-18. *Perdigão S.A. e Sadia S.A.*, 08 jun. 2011.

De acordo com o relator:

A competitividade dos agentes depende do alcance de escalas elevadas e as firmas que queiram atuar na indústria devem montar uma estrutura produtiva concomitante em absolutamente todos os elos da cadeia, começando na criação de animais, no seu abate, processamento e posterior distribuição, por meio de uma rede logística de amplitude significativa. Ao final, essa firma também deve constituir uma marca e nela investir em um montante tamanho que a faça, o mais rapidamente possível, conquistar uma parcela larga dos milhares de consumidores brasileiros fidelizados a empresas do porte de Sadia e Perdigão, nesse quesito gigante, na medida em que detêm as duas marcas líderes absolutas e incontestes nesse mercado, conhecidas entre as principais marcas do Brasil, além das duas principais marcas de combate, entre outras. Trata-se da junção, em suma, das quatro principais opções de marcas dos consumidores, unidas sob um mesmo comando. A verdade, que foi demonstrada ao final deste voto de forma muito clara, é que, nos mercados em questão, apenas a Sadia oferece real concorrência à Perdigão, e apenas a Perdigão oferece real concorrência à Sadia. Essa concorrência teria fim com a efetivação do presente ato de concentração (§ 1135).

O referido conselheiro afirmou que a consequência da manutenção dessa operação seria um elevado acréscimo de preço, o que contribuiria para o aumento da inflação, reduzindo o poder de compra de consumidores, notadamente das classes mais pobres (§ 1136). Já o conselheiro Ricardo Ruiz pediu vistas do processo e negociou com as empresas um complexo termo de compromisso de desempenho para viabilizar a aprovação da operação. A intenção do referido conselheiro era viabilizar as eficiências decorrentes da fusão e, ao mesmo tempo, reestabelecer um duopólio virtuoso, basicamente com alienação de marcas e estrutura produtiva, transferindo a capacidade ociosa da Brfoods. Na visão dele, a realocação da capacidade ociosa permitiria um aumento da oferta de produtos no mercado interno e não apenas uma realocação da oferta existente²⁵⁶.

O TCD foi aprovado em julho de 2011, com o voto contrário apenas do conselheiro Carlos Ragazzo. Entre outras intervenções, ficou disposto nele que a Brfoods deveria vender as seguintes marcas e todos os demais direitos de propriedade intelectual a eles relacionados: (i) Rezende; e (ii) Wilson, Texas, Tekitos, Patitas, Escolha Saudável, Light Elegante, Fiesta, Freski, Confiança, Delicata, Doriana. Além disso, a Brfoods teve que alienar, em conjunto, todos os bens e direitos relacionados a determinadas unidades produtivas (incluindo funcionários, instalações e equipamentos), que compreendem: (i) 10 fábricas de alimentos

²⁵⁶ BRASIL. CADE. Voto-vista do conselheiro Ricardo Ruiz no ato de concentração n. 08012.004423/2009-18. *Perdigão S.A. e Sadia S.A.*, 13 jul. 2011, § 82 e s.

processados; (ii) 2 abatedouros de suínos; (iii) 2 abatedouros de aves; (iv) 4 fábricas de ração; (v) 12 granjas de matrizes de frango; e (vi) 2 incubatórios de aves.

Cumprе destacar que a marca Perdigão deveria ser suspensa por 3 anos, nos seguintes produtos: a) presunto suíno cozido, apresuntado e afiambrado; b) kit festas suínos (lombo suíno temperado, congelado, paleta suína, defumada, pernil com/sem osso temperado, presunto tender, tender suíno); c) linguiça curada e paio. A Brfoods ainda teve que suspender a marca Perdigão por 4 anos na marca de salames e 5 anos nas lasanhas, pizzas congeladas, kibes e almondegas e frios saudáveis. A marca Batavo também teve que ficar suspensa por 4 anos em determinados mercados como margarina, peru *in natura*, mortadela, kit festa aves, hambúrguer, empanados e salsicha.

Essa alienação e suspensão temporária das marcas tinham como objetivo garantir o reposicionamento das marcas alienadas ou até mesmo a emergência de uma nova. Além desses aspectos, ficou estabelecido que a Brfoods deveria se abster, durante o prazo de vigência do TCD, de firmar acordos de qualquer espécie que impliquem exclusividade com qualquer ponto de venda.

O caso Kolynos foi resgatado ao analisar a decisão Brfoods no intuito de demarcar uma continuidade nos parâmetros dessa natureza de intervenção concorrencial. Além disso, a decisão de 1996 é relembraда para demonstrar que o CADE amadureceu no momento de impor a venda de uma marca, na medida em que esse conceito deve incluir “*todas as suas formas: simples ou composta, figurativa, nominativa ou mista, ou outras denominações dela derivadas, independentemente do registro*”²⁵⁷. A intenção foi de evitar que a nova marca se ancorasse no prestígio da anterior, tal qual ocorreu com a marca de pasta de dente Sorriso, criada para substituir a Kolynos.

A comparação entre os dois casos foi bastante criticada por Rafael Morais e Lucia Helena Salgado, que foi a conselheira relatora do caso Kolynos. De acordo com artigo publicado pelos autores, a negociação do TCD no caso Ambev abriu margem para uma série de problemas, decorrentes inclusive do pouco tempo de debate sobre esse assunto. Entre as críticas, o primeiro ponto é que a definição dos prazos de suspensão das marcas ocorreu de caso a caso, sem qualquer amparo teórico, enquanto, na decisão Kolynos, havia amparo na literatura de organização industrial e teve como base dados coletados em audiências públicas com os concorrentes. O segundo ponto levantado pelos autores é que a suspensão da marca Perdigão deslocaria a demanda para a sua maior competidora, a Sadia, que é da Brfoods, e

²⁵⁷ BRASIL. CADE. Voto-vista do conselheiro Ricardo Ruiz no ato de concentração n. 08012.004423/2009-18. *Perdigão S.A. e Sadia S.A.*, 13 jul. 2011, § 96.

não para as marcas que foram alienadas ou entrantes. O terceiro ponto é que a empresa teria um poder de mercado que permitiria a imposição de suas condições a todos os fornecedores, com a possibilidade de elevar preços, impor restrições, bloquear a entrada de concorrentes, entre outros abusos do seu poder econômico²⁵⁸.

Os três julgados fazem parte de um consistente percurso da autoridade concorrencial brasileira de desinvestimentos em direitos de propriedade intelectual para permitir fusões ou aquisições. Apesar das críticas apresentadas, esses julgados contribuem para reforçar possibilidade de regulação de direitos de propriedade intelectual, por intermédio da consensualidade no processo administrativo. A recente decisão no *Caso Dow e Dupont* se insere nessa tradição. Foi firmado acordo de controle de concentração, no qual as empresas se obrigaram a realizar desinvestimentos em ativos que envolvem direitos de propriedade intelectual nos mercados de herbicidas e de sementes de milho²⁵⁹.

Essas decisões também são importantes porque ilustram a recepção das teorias da organização industrial contemporâneas nos debates do CADE, o que permite entender melhor o poder de influência de uma marca na estrutura competitiva. A segunda dimensão de controle de estruturas, envolvendo direitos de propriedade intelectual diz respeito aos arranjos entre empresas para projetos de inovação. Essa dimensão, por sua vez, merece maior atenção, uma vez que o CADE ainda não acumula experiência suficiente sobre o assunto, o que se contrapõe à realidade de outros países.

3.1.2 Acordos sobre direitos de propriedade intelectual com efeitos anticompetitivos

A definição dos critérios para análise do caráter pró-competitivo de acordos, envolvendo direitos de propriedade intelectual, é fundamental para a promoção da inovação em uma economia. Um dos desdobramentos do processo de proliferação de direitos de propriedade intelectual, já mencionado anteriormente, foi a dispersão de titulares de patentes e a sobreposição destas. Os efeitos dessas constatações é o aumento dos custos de produção das inovações e da difusão tecnológica²⁶⁰.

²⁵⁸ SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. O porquê de Sadia-Perdigão e Colgate-Kolynos não serem decisões sequer comparáveis. *Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC*, Ano 2, Número 6. 2011, p. 8 e s.

²⁵⁹ BRASIL. CADE. Relatório do conselheiro Paulo Burnier da Silveira no ato de concentração n. 08700.005937/2016-61, 20 set. 2017.

²⁶⁰ Para análise dos impactos do TRIPS-Plus na proteção dos direitos de propriedade intelectual, retomar a seção 1.2.1. Ver também REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009, p. 1134 e s.

Os acordos sobre direitos de propriedade intelectual são importante instrumento para a superação dessas características do sistema contemporâneo de propriedade intelectual, sobretudo em países com forte dependência tecnológica. Entretanto, faz-se necessária a aplicação eficaz da legislação concorrencial, sob pena deles poderem ser instrumentalizados para finalidades anticompetitivas.

A experiência de outros ordenamentos e algumas decisões do CADE se ancoram na premissa de que acordos de licenciamento de propriedade intelectual podem ser usados para colocar em prática estratégias anticompetitivas. O mercado de sementes transgênicas e a estes relacionados foram alvo de importantes decisões sobre o assunto. Inicialmente, devido à existência de acordos de exclusividade disfarçados (3.1.2.1) e, em seguida, pelos acordos de licença de propriedade intelectual serem instrumentalizados para influenciar as estratégias comerciais de outras empresas (3.1.2.2). Outro mercado que o CADE analisou foi o de eletroeletrônicos, com o caso do pool de patentes para Blu-ray (3.1.2.3).

3.1.2.1 Caso Monsanto/Syngenta

A Monsanto do Brasil Ltda., sociedade brasileira, pertencente ao Grupo Monsanto de origem norte-americana e Syngenta Seeds Ltda., sociedade brasileira, pertencente a um grupo de origem suíça, firmaram um acordo para exploração comercial de soja transgênica, desenvolvida para tolerar o princípio ativo de herbicidas à base de glifosato²⁶¹. O ato foi submetido ao CADE, em consonância ao art. 54, da Lei n. 8.884/94, por se configurar como ato de concentração e por uma das empresas ter faturamento bruto acima de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) no território nacional²⁶².

O problema concorrencial desse caso decorreu dos possíveis danos à concorrência de cláusulas de exclusividade no contrato de licenciamento da patente da Monsanto. Duas cláusulas foram identificadas pelo relator como problemáticas²⁶³. A primeira é a “cláusula 2.4” que impedia a Syngenta de “*introduzir, nas cultivares RR desenvolvidas com a*

²⁶¹ O glifosato apresenta elevada eficiência na eliminação de ervas daninhas. Entre as empresas que o comercializam está a própria Monsanto, com a marca comercial Roundup (RR). Apesar de não ser objeto do presente trabalho, é importante ressaltar que existem pesquisas relacionando a utilização dessas substâncias com danos à saúde e ao meio ambiente. Ver ANIFANDIS, George et al. The in vitro impact of the herbicide Roundup on human sperm motility and sperm mitochondria, *Toxic*, 6, 2, 2018, p. 1-9. Ver também CARNEIRO, Fernando Ferreira et al. (org.). Um Alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde, *Dossiê ABRASCO*, Rio de Janeiro, São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Expressão Popular, 2015.

²⁶² Cumpre destacar que esses critérios mudaram com a nova lei, conforme se analisou no Capítulo 2.

²⁶³ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Luís Fernando Schuartz no ato de concentração n. 08012.000311/2007-26. *Monsanto e Syngenta*, 9 maio 2007.

tecnologia Monsanto, qualquer outra característica de modificação genética, por meio de tecnologia de DNA recombinante, sem que haja prévia concordância por escrito da MOBRAS” (§ 24). A segunda é a “cláusula 3, item III”, que vedava a utilização de multiplicadores²⁶⁴ que produzam ou comercializem sementes de soja com tolerância ao glifosato que não contenham a tecnologia Monsanto (§ 15 e s.). Apesar disso, o voto do relator foi no sentido de aprovar o ato de concentração com duas restrições: (i) exclusão do item III da cláusula 3; e (ii) alterar a cláusula 2.4 no sentido de acrescentar o texto: “*a vedação definida neste item não impedirá a Syngenta firmar acordos comerciais similares ao presente com terceiros*” (§ 32)²⁶⁵.

Em contraposição à opinião do relator, o conselheiro Abraham Sicsú apresentou voto-vogal que acabou sendo acatado pela maioria do CADE. Três aspectos dessa decisão merecem destaque. Em primeiro lugar, importa dizer que a única intervenção no contrato foram as alterações na cláusula 2.4, seguindo a opinião do relator, ficando estabelecido que não podia haver cláusula de exclusividade no licenciamento da tecnologia da Monsanto. Em outras palavras, a licenciada não pode ser impedida de produzir ou comercializar sementes, utilizando tecnologias alternativas²⁶⁶. Em segundo lugar, o CADE decidiu não intervir no item III da cláusula 3 por critérios técnicos, entre os quais, o perigo de polinização não controlada das sementes ou os impactos ecológicos não planejados (§ 23), alterando o voto do relator. Em terceiro lugar, houve uma mudança na fundamentação no que diz respeito à definição do mercado relevante.

O conselheiro Abraham Sicsú ancorou-se na experiência internacional e na Economia Industrial contemporânea para discordar do voto do relator, notadamente, no que diz respeito a esse terceiro aspecto. De acordo com o conselheiro, o mercado relevante é de inovação, e não de produto. Isso porque a discussão gira em torno do desenvolvimento de tecnologia para a produção de sementes de soja resistentes ao glifosato e não da semente em si. De acordo com o referido voto:

²⁶⁴ “Multiplicadores” de semente são fazendeiros contratados pelas licenciadas para multiplicar em larga escala as variedades de sementes de soja desenvolvidas por estas mediante a introdução da tecnologia Monsanto.

²⁶⁵ O relator tomou, como base, decisões precedentes envolvendo a Monsanto que firmaram o entendimento do CADE pela: (i) exclusão de proibições de pesquisar, desenvolver ou explorar comercialmente outras variedades de soja tolerantes ao glifosato que não aquelas obtidas mediante a Tecnologia Monsanto; (ii) exclusão de proibições de testar, nas variedades desenvolvidas com a tecnologia Monsanto, outros herbicidas à base de glifosato que não Monsanto; e (iii) exclusão de disposições que permitam à Monsanto impedir ou rescindir o licenciamento a terceiros, caso estes produzissem ou comercializassem sementes de soja com tolerância ao glifosato que não com a tecnologia Monsanto. Ver BRASIL. CADE. Voto do relator Ricardo Villas Bôas Cueva no ato de concentração n. 08012.003997/2003-83, 15 mar. 2006.

²⁶⁶ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 279.

11. [...] A discussão antitruste se desloca da capacidade de as empresas manipularem preço para o incentivo do monopolista hipotético de retratar o andamento de pesquisa e desenvolvimento e assim deixar de difundir o avanço tecnológico.

12. A existência de firmas que ofereçam produtos “genéricos” não dá nenhuma informação sobre a capacidade dessas firmas de lançar novos produtos no mercado. A existência de comportamentos agressivos e redução de preços não faz incidir luz sobre a possível emergência de nova tecnologia de manipulação genética.

13. No contexto do caso concreto, não há operação voltada diretamente à venda de sementes apresentada pelas requerentes e mostrada nas tabelas constantes no voto do relator. O mercado não é venda de sementes, mas sim o fornecimento de tecnologia para as empresas que vão desenvolver o produto final.

Essa alteração na fundamentação não se restringe a uma questão teórico-acadêmica sem aplicação prática. Na realidade, esse argumento se alinha a um debate atual e pertinente sobre a modernização da intervenção concorrencial nos mercados de inovação. A concorrência no mercado de produto acabado costuma se estabelecer na definição nas etapas de produção e distribuição. No mercado de P&D, por sua vez, a concorrência é caracterizada pela capacidade de desenvolver um novo produto no menor tempo e na forma que melhor atenda o comprador (§ 5). Com base nisso, a vinculação de exclusividade, tal qual analisada pelo CADE no caso em comento, cria ou reforça a dependência a apenas um produtor de tecnologia. Com isso, essa estratégia fecha o mercado para outras empresas instaladas no Brasil que podem se mostrar mais eficientes com o tempo (§ 16 e 17).

Portanto, o julgado em análise contribui para avançar na definição de mercado relevante de inovação, informando suas características e elucidando os desafios da intervenção concorrencial nesses casos²⁶⁷. Além disso, a decisão ofereceu um parâmetro de intervenção do CADE em acordos entre empresas sobre direitos de propriedade intelectual: a existência de cláusulas de exclusividade. Caso não houvesse as ditas cláusulas, o CADE aprovava os acordos ou sequer os conhecia²⁶⁸. Todavia, esse entendimento foi alterado com o advento da nova lei e em outro caso envolvendo a Monsanto.

²⁶⁷ Ver também BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Abraham Sicsú no ato de concentração n. 08012.003296/2007-78, *Monsanto e Brasmax*, 12 dez. 2007.

²⁶⁸ Vários acordos envolvendo licença de direitos de propriedade intelectual foram aprovados pelo CADE, quando não havia cláusulas de exclusividade. Entre eles, alguns sequer foram conhecidos, como é o caso do acordo entre BASF e Cheminova (ato de concentração n. 08012.000101/2012-03) e entre a Monsanto e FTS (ato de concentração n. 08012.000344/2010-71).

3.1.2.2 Caso Monsanto Intacta RR2 POTM

Quatro acordos de concentração, envolvendo a Monsanto, foram compreendidos como prejudiciais à concorrência pelo CADE. Os contratos versavam sobre a concessão pela dita empresa de licença para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PROT²⁶⁹. Salienta-se que não havia nenhuma cláusula de exclusividade, o que era considerado pelas decisões mais recentes do CADE um critério necessário para a condenação nesse tipo de situação.

Essa decisão representou uma mudança significativa no julgamento de casos, envolvendo licenciamento de direitos de propriedade intelectual, pois condenou a Monsanto por ela ter interferido na gestão estratégica das licenciadas, inclusive na expansão destas²⁷⁰. Essa decisão foi tomada depois de grande debate entre os conselheiros. Em síntese, a discussão girou em torno de dois aspectos: o conhecimento dos atos de concentração e a existência de danos à concorrência em contratos de licenciamento sem cláusulas de exclusividade. Apesar da autonomia desses dois atos, na própria avaliação do conhecimento do processo, foi realizada uma análise prévia da sua ilicitude. Pode-se dizer que isso decorre da constatação de que os critérios utilizados até então pelo CADE (existência ou não de exclusividade) não são suficientes para perceber os contornos da antijuridicidade dos contratos em questão.

Apesar de o relator ter votado pelo conhecimento e pela aprovação do ato de concentração sem restrições, a conselheira Ana Frazão votou pelo não conhecimento da operação. O argumento dela foi que um contrato de licenciamento sem cláusulas de exclusividades não seriam atos de concentração, logo não precisam ser notificados previamente ao CADE. Assim, caberia ao órgão apenas o eventual controle de condutas²⁷¹.

Entretanto, o plenário do CADE acatou o voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual, que apresentou três critérios alternativos para o conhecimento de contratos de licenciamento de cultivares: (i) a existência de cláusulas de exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa licenciada; (ii) a constatação de restrições ou desincentivos na escolha da contratação

²⁶⁹ BRASIL. CADE. Voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro nos atos de concentração n. 08012.002870/2012-38, n. 08012.006706/2012-08, n. 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01. *Monsanto et al*, 28 ago. 2013.

²⁷⁰ O caso Monsanto Intacta RR2 POTM foi julgado pela legislação anterior, ou seja, aplicando-se o art. 54, da Lei n. 8.884/94.

²⁷¹ Ver LIMA, Pollyana Pacheco. Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROTTM, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 2, n. 1, maio 2014, p. 79 e s.

de outros licenciadores; ou (iii) a observância de restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos do bem desenvolvido a partir do insumo ou evento licenciado (§ 50).

É importante ressaltar que os contratos em análise envolviam o registro e desenvolvimento de novas variedades a partir de contratos de P&D realizados; multiplicação de pagamentos de *royalties*; uso por parte da licenciante e licenciada das informações das variedades desenvolvidas pela obtentora; comercialização e regramentos sobre licenciamentos a terceiros multiplicadores por parte da licenciada, além de uso de marcas de propriedade da Monsanto (§ 53). Entre as cláusulas com efeitos anticoncorrenciais, foi constatado um sistema de incentivos de remuneração que variava de acordo com a porcentagem de utilização do portfólio de marcas da licenciada. A remuneração mudava também se a licenciada utilizava marcas de concorrentes, mesmo se não houvesse alteração na produção do produto da Monsanto. Essas cláusulas contratuais não representavam uma exclusividade, mas significava uma elevação das barreiras à entrada em um mercado de empresas de semente com cultivares próprios que já possui barreiras elevadas.

O CADE entendeu que o poder de influência da Monsanto, percebido nessas cláusulas e em outras, estabelecia restrições à atuação concorrencial independente das licenciadas, além de reforçar artificialmente a sua posição dominante no mercado de sementes de soja. Cumpre destacar que essa orientação é importante também para a aplicação da atual lei de concorrência. Ou seja, o CADE entendeu que essas cláusulas colocavam esses contratos próximos a um “contrato associativo”, critério que seria utilizado no caso da aplicação do art. 90, da Lei n. 12.529/2011.

No que diz respeito aos danos concorrenciais, frisa-se que a Monsanto criou um mecanismo que segue lógica bastante similar às cláusulas de exclusividade, pois apontam uma série de barreiras à entrada no mercado de inovação de soja transgênica. De acordo com o relator:

Cláusulas como a de share atestam um compromisso crível por parte da licenciada que envidará os maiores esforços para o sucesso da nova geração de sementes, a Intacta, substituindo o mais rapidamente possível aquelas sementes cuja patente irá expirar (RR1), ou sementes de concorrentes. Estamos mais uma vez diante de uma situação que pode ser interessante do ponto de vista das empresas envolvidas, mas que gera graves prejuízos à concorrência ao erguer claras barreiras à entrada. Mesmo que os agricultores não queiram, hipoteticamente, utilizar outras tecnologias no momento, o desenvolvimento do mercado de inovação de sementes e o acesso a obtentores e melhoristas no mercado de sementes deve ser o mais equitativo possível, para garantir que a concorrência seja preservada com seus benefícios (§ 82).

Diante desses argumentos, após o voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual, os relatores Alessandro Octaviani e Ana Frazão reformularam os seus votos pela aprovação com restrições, formando a maioria do plenário. Ficou determinado que a Monsanto deveria alterar todas as cláusulas que permitiam o seu controle sob as decisões comerciais das licenciadas que não estavam relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto.

A decisão tem importância central na avaliação dos efeitos anticompetitivos de arranjos contratuais e demonstra maturidade do CADE na análise dos efeitos de cláusulas consideradas lícitas *à priori*. No entanto, essa decisão reforça a insegurança jurídica nos casos de arranjos entre empresas para projetos de inovação²⁷².

O último caso da Monsanto reforça a necessidade de se criar um guia específico que estabeleça critérios claros para a avaliação desses acordos contratuais. Faz-se necessário também que ele estabeleça critérios objetivos para excluir determinados acordos do controle prévio de estruturas, ou seja, a definição de espaço de admissibilidade automática (*safe harbor*). Essas constatações são igualmente importantes para estimular a formação de *pools* de patentes pró-competitivos, visto que poucos casos sobre esse assunto foram julgados pelo CADE.

3.1.2.3 Caso Blu-ray

A Sony, Philips, Panasonic, Hitachi, Samsung e Cyberlink constituíram um *pool* de patentes para a fabricação de produtos Blu-ray Disc com padrões compatíveis. O objeto é o nome de um formato de disco óptico desenvolvido conjuntamente pela *Blu-ray Disc Association* e um grupo de fabricantes de produtos eletrônicos, computadores e mídia. Essa tecnologia permite a gravação, leitura e reprodução em alta definição de vídeo e armazenamento de dados²⁷³.

O objetivo das requerentes foi de permitir a reprodução de discos Blu-ray, bem como dos formatos DVD e CD nos mesmos aparelhos. A sua justificativa econômica foi a

²⁷² De 2002 a 2010, apenas 150 atos de concentração tratavam de *joint-ventures*, dos 4.929 decididos, conforme pesquisa feita sobre o assunto. O reduzido número destoa da importância dessa técnica, mas é fruto dos critérios imprecisos da lei e das decisões do CADE. A avaliação qualitativa da pesquisa identificou que a análise dos desdobramentos concorrenciais, pela autarquia, não apresentou rigor substancial. Os autores concluem pela necessidade de estabelecer um padrão de avaliação sobre a natureza do acordo, a exclusividade, a troca de informações, cláusula de não concorrência e duração do acordo. AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULA, Germano Mendes de. *Joint Ventures* e a política antitruste brasileira. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 16, n. 3, set/dez., 2012, p. 482 e s.

²⁷³ BRASIL. CADE. Votodo relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração n. 08012.008810/2009-23. *Sony et al.*, 29 jun. 2011.

existência de muitos detentores de patentes essenciais, o que encareceria a produção se o licenciamento ocorrer de maneira individual. Além dessa redução de custos, o *pool* permitiria a integração de tecnologias complementares, redução de custos de transação, eliminação de barreiras e evita altos custos de processos judiciais (§ 15).

O CADE constatou que nenhuma das empresas teria o poder de vetar decisões estratégicas sobre o negócio. Além disso, a criação do *pool* aumentaria o acesso às patentes essenciais, já que não poderia haver discriminação no momento de licenciá-las. A estrutura do arranjo contratual, por sua vez, impossibilita que as requerentes tenham acesso a informações concorrenciais sensíveis dos demais integrantes (§ 28). No que diz respeito aos possíveis danos do referido *pool*, o relator retoma as diretrizes estadunidenses e constata que ele respeita as suas recomendações:

É o caso da presente operação, que observa todas essas recomendações do Guia americano. Como visto, o pool (i) não gera sobreposição horizontal, já que receberá apenas patentes válidas e essenciais, ou seja, complementares, (ii) não afeta a inovação, já que engloba apenas patentes essenciais, ou seja, sem substitutos, considerando ainda que as licenciadoras terão acesso a tecnologias concorrentes, produtos concorrentes em desenvolvimento, inclusive podendo participar desse desenvolvimento, (iii) não diminui a concorrência nos mercados finais, haja vista que promove o acesso às patentes essenciais, ao invés de limitá-lo, impõe o licenciamento não discriminatório e impede o acesso e a troca de informações concorrenciais sensíveis e (iv) exige baixos investimentos na presente operação e (v) impede que qualquer dos sócios do pool influencie nas suas decisões mercadológicas (§ 35).

O conselheiro afirma que o caráter pró-concorrencial do *pool* se confirma, respeitando, inclusive, as recomendações do guia norte-americano. Cumpre destacar que a argumentação do relator confirma a necessidade de um guia brasileiro específico sobre o tema. A comparação com o guia americano é pertinente, contudo ela não pode ser utilizada como critério para a definição da licitude da operação. Faz-se necessário um guia que responda às necessidades de política de inovação brasileiras e que ele esteja em consonância com a cultura jurídica do país.

É possível concluir, em consonância a outras pesquisas realizadas sobre o assunto²⁷⁴, que a técnica do guia específico para a avaliação de acordos entre empresas para projetos de inovação permitirá maior segurança jurídica às empresas. Esse arranjo contratual é

²⁷⁴ Ver CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014 e AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULA, Germano Mendes de. *Joint ventures* e a política antitruste brasileira. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 16, n. 3, set/dez., 2012.

fundamental para a promoção e difusão tecnológica, mas pode ser instrumentalizado para fins anticoncorrenciais. Diante dessas constatações, um guia do CADE pode fixar critérios para presunção de licitude (*safe harbor*) e indicar efeitos ou gênero de cláusulas que desestimulem a promoção da concorrência e da inovação.

A pequena quantidade de casos de controle de estruturas, envolvendo direitos de propriedade intelectual, notadamente de casos sobre arranjos entre empresas em projetos de inovação, também se repete no controle de condutas sobre o assunto. Conforme se elucidou anteriormente, trata-se de reflexo de política concorrencial voltada ao combate a cartéis que marcou os últimos anos de atuação do CADE.

3.2 Controle de condutas referentes aos direitos de propriedade intelectual

É comum, entre os concorrencialistas brasileiros, questionar a necessidade de controle de condutas, envolvendo direitos de propriedade intelectual pelo CADE. Quando se aceita essa possibilidade, costuma-se restringir o seu campo de atuação significativamente. Essa concepção decorre de uma confluência de narrativas distintas, das quais três são destacadas. A primeira é a que sustenta que o combate aos cartéis deve ser o foco principal, senão o único, do órgão. A segunda é que os direitos de propriedade intelectual são a principal, ou praticamente a única, técnica de estímulo à inovação. A terceira é que o CADE não teria competência para intervir em direitos de propriedade intelectual, pois entraria em conflito com as atribuições do INPI. No entanto, nenhuma dessas três interpretações deve prosperar.

Inicialmente, frisa-se o necessário fortalecimento do combate aos cartéis, especialmente devido à concentração econômica que caracteriza a economia brasileira. Todavia, isso não exclui a promoção de outras vertentes de atuação do CADE²⁷⁵. Experiências estrangeiras comprovaram que condutas anticompetitivas, envolvendo direitos de propriedade intelectual, ou mesmo outras técnicas de comerciais ou contratuais, podem ser maléficas à promoção da inovação e, portanto, ao bem-estar. Sobre o assunto, a aplicação do Direito da União Europeia pode indicar alguns parâmetros importantes ao Direito Brasileiro da Concorrência, conforme se verá oportunamente²⁷⁶.

²⁷⁵ Aspecto relevante no combate aos cartéis é a possibilidade e necessidade de maior articulação do CADE e Ministério Público. A ampliação e regionalização dessa dimensão da política concorrencial devem ocorrer a partir da sinergia entre esses dois órgãos, notadamente por se tratar de um crime, por conseguinte, igualmente punível a esfera penal.

²⁷⁶ Para uma análise da proteção da inovação pela aplicação das normas de Direito da Concorrência da União Europeia, ver Capítulos 4, 5 e 6 do presente trabalho.

É possível afirmar que os direitos de propriedade intelectual têm sido utilizados para bloquear pesquisas e suas aplicações à jusante e têm possibilitado estratégias de *hold-up*. Eles também têm sido utilizados com objetivo de retardar a entrada de novos concorrentes e produtos, especialmente por meio do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais²⁷⁷.

A constatação da existência dessas estratégias anticompetitivas desloca o debate do plano de “existência” dos direitos de propriedade intelectual para a “utilização” da exclusividade decorrente dessas normas. Em outros termos, a complexidade das estratégias decorrentes da instrumentalização dos ditos direitos põe em questão os métodos clássicos do Direito da Propriedade Intelectual para a solução dos problemas indicados. Emerge desse contexto uma importância renovada do Direito da Concorrência e de suas técnicas contemporâneas para descortinar e punir esse tipo de conduta. No plano institucional, faz-se necessário ressignificar a relação entre o CADE e o INPI, na medida em que este órgão não é apto a solucionar esses conflitos da maneira que são apresentados contemporaneamente.

A despeito dessas observações, a experiência do CADE sobre o assunto é bastante restrita, mas tem apresentado importantes avanços nos últimos anos. Os casos julgados pelo órgão dizem respeito à instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual, envolvendo tipos diferentes de práticas, com algumas condenações importantes (3.2.1). Outro grupo de decisões diz respeito à utilização abusiva do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, que tem apresentado uma significativa evolução recentemente (3.2.2).

3.2.1 Instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual

A instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual para finalidades anticompetitivas ilustra a necessidade de repensar os ditos direitos, notadamente a partir de seu enquadramento em uma ordem pública conducente à inovação. O Direito da Concorrência e suas técnicas contemporâneas, sobretudo influenciado pela Economia Industrial, têm contribuído para o questionamento acerca da utilização desses direitos para a efetiva promoção da inovação.

Os avanços teóricos nessa área e a sua aplicação em experiências estrangeiras, como a europeia, contrastam com a pouca quantidade de casos julgados pelo CADE. Essa constatação reforça a necessidade de reavaliar a aplicação das normas concorrenciais nesse campo,

²⁷⁷ REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009, p. 1134 e s.

especialmente devido à superdominância de multinacionais detentoras de direitos de propriedade intelectual, mas também devido à dependência tecnológica que caracteriza a economia brasileira.

O debate estabelecido entre os conselheiros no caso White Martins é importante para a definição dos conflitos teóricos sobre a aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência em casos envolvendo direitos de propriedade intelectual (3.2.1.1). Já o caso Phillips-DVD revela que os *pools* de patentes podem ser julgados também pela técnica do controle de condutas, apesar das empresas não terem sido condenadas (3.2.1.2). O caso Anfape, por sua vez, guarda polêmica sobre a relação entre CADE e INPI (3.2.1.3).

3.2.1.1 Caso White Martins

A White Martins e a AGA, empresas no ramo gases industriais, foram denunciadas pelo Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e Material Elétrico de Ipatinga/MG (SINDIMIVA) por prática de preço abusivo nos preços do oxigênio líquido em algumas regiões do estado de Minas Gerais. Em agosto de 2000, a decisão final do CADE foi de acompanhar o voto do conselheiro relator pelo arquivamento da denúncia²⁷⁸. Dois argumentos foram utilizados, a falta de provas para confirmar que os preços eram excessivos e a tramitação de investigação sobre cartel no mercado em questão²⁷⁹.

A decisão em si não colaborou muito para o avanço na efetiva aplicação do Direito da Concorrência em casos de utilização abusiva do direito de propriedade intelectual. Entretanto, o debate entre os conselheiros permitiu constatar dois debates teóricos com importância indireta ao assunto: (i) a possibilidade de julgamento de preços excessivos como infrações autônomas e (ii) a definição dos limites da atuação do CADE em direitos de propriedade intelectual.

²⁷⁸ BRASIL. CADE. Averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-9. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*, 20 ago. 2010.

²⁷⁹ O CADE condenou as empresas Linde Gases Ltda. (sucessora da AGA S/A), Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda., além de sete pessoas ligadas às empresas, a multas que somam R\$ 2,9 bilhões. Todavia, a multa de R\$ 1,76 bilhões contra a White Martins foi anulada pela Justiça do Distrito Federal, pois considerou ilícitas as interceptações telefônicas e os documentos coletados a partir dessas conversas, de acordo com a jurisprudência do STJ na operação castelo de areia. CARVALHO, Mário César. Justiça manda anular maior multa da história do CADE. *Folha de São Paulo*. 16 set. 2015. Ver também MIGALHAS. *CADE aplica maior multa da história por formação de cartel*. 2 set. 2010.

Autonomia da prática de preços excessivos

A prática de preços abusivos é considerada como uma das mais clássicas na literatura do Direito da Concorrência²⁸⁰. Entretanto, a dificuldade de o órgão de defesa da concorrência ter acesso à análise na estrutura de custos e no processo de formação de preços dos produtos, acaba desestimulando a condenação por essa prática. No julgamento em questão, dois grupos se formaram: os que defendem que o CADE não deve intervir nos preços para não se tornar um controlador de preços como o CIP e a SUNAB; e os que defendem que o CADE é um órgão regulador de preços, só que de forma indireta, estrutural e a longo prazo.

Defensor da primeira perspectiva, o conselheiro relator Carlos Ragazzo argumentou que não há condenação na história do CADE por preço abusivo o que reforçaria a ineficácia do art. 21, XXIV da antiga Lei n. 8.884/94²⁸¹. O relator pontuou três motivos para o órgão não intervir nesses casos: “(i) dificuldades na mensuração do preço competitivo e, em contrapartida, na identificação do preço excessivo; (ii) risco de desincentivo à inovação; e (iii) crença na autocorreção do preço excessivo”²⁸².

O referido conselheiro reiterou a incorporação da teoria norte-americana dos erros de tipo I e II, ao afirmar que o perigo do Estado intervir quando não deveria (tipo I) é maior que o perigo de ele não intervir quando deveria fazê-lo (tipo II). O relator destaca ainda que existe uma posição intermediária que defende os preços abusivos como indícios de outras práticas, ou seja, esses valores excessivos não seriam uma conduta autônoma.

O outro grupo de conselheiros entendia que os preços abusivos são infrações autônomas, uma vez que seriam resultado de uma estrutura e de condutas persistentes no tempo, não sendo uma situação meramente circunstancial. Nesse sentido, o CADE é um regulador de preços ancorado na eventual fragilidade dos mecanismos concorrenciais, que não conseguem mantê-los em patamares adequados ou justos. Portanto, não se trata de motivações

²⁸⁰ Ver CASTRO, Bruno Braz de. *Preços exploratórios: mera ficção ou desafio real ao direito da concorrência brasileiro?* 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

²⁸¹ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

²⁸² BRASIL. CADE. Voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. SINDIMIVA x White Martins e Aga., 16 dez. 2009, p. 11.

de política anti-inflacionária, como as extintas SUNAB e CIP. Sobre a discricionariedade do CADE na definição da abusividade do preço, o conselheiro Ricardo Ruiz afirma:

Entendo, assim, que o preço abusivo é um resultado da avaliação de um agente público. Buscar nos preços privados um indicador de preços abusivos é, portanto, um exercício que avalio infrutífero. Ao mimetizar o cálculo privado na definição do preço abusivo (ou justo) podemos ter somente uma redundância analítica e/ou descaracterização do sujeito da autoridade antitruste. Na avaliação dos preços abusivos deve-se aceitar e buscar outros critérios e cabe aqui dar discricionariedade à autoridade antitruste²⁸³.

Outro argumento do primeiro grupo de conselheiros que deve ser rebatido é sobre a desconsideração da existência da prática por ausência de condenação por preço abusivo. É importante salientar que variadas políticas concorrenciais podem se adequar à legislação sobre a matéria. Em determinado momento histórico, o CADE pode privilegiar o julgamento de determinadas práticas, o que não impede que isso altere em outro contexto político e econômico do país. Dessa forma, a inexistência de condenação por preço abusivo no Brasil não pode ser considerada como critério para argumentar a sua inexistência enquanto infração autônoma.

Esse debate entre os dois grupos de conselheiros provavelmente influenciou a mudança legislativa de 2011. Conforme visto anteriormente, a nova lei repetiu a essência da anterior no que diz respeito às infrações à ordem econômica, com algumas mudanças específicas. Entre elas, está a exclusão do inciso XXIV, do então art. 21, que tratava dos preços abusivos. Isso representa, de certa forma, uma vitória dos que advogam pela ausência da autonomia da conduta preços abusivos. No entanto, é importante frisar que os incisos são exemplificativos, portanto, não seria ilegal uma condenação por preços abusivos na legislação atual²⁸⁴. Também se torna imprescindível comentar que uma importante decorrência desse primeiro debate foram as reflexões em torno das possibilidades e dos limites do CADE para intervir em direitos de propriedade intelectual.

²⁸³ BRASIL. CADE. Voto do conselheiro Ricardo Ruiz na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga.*, 7 abr. 2010, p. 225

²⁸⁴ Para análise mais detida sobre as mudanças trazidas pela reforma legislativa de 2011, ver seção 2.1.2 da presente tese.

Limites do CADE na intervenção em direitos de propriedade intelectual

O então membro do CADE Ricardo Ruiz discorreu sobre os perigos que o aumento da quantidade de patentes em todo o mundo a partir de 1994 podem gerar nas estruturas de mercado. Segundo Ricardo Ruiz, entre os desdobramentos provenientes dessa situação, está uma necessária atenção das autoridades antitruste com práticas envolvendo esses direitos, entre as quais estariam os preços abusivos (p. 231). Além disso, o conselheiro ressalta a relevância da licença compulsória, ao discorrer sobre as possíveis modalidades de intervenção concorrencial nos direitos de propriedade intelectual utilizados de forma abusiva.

Trata-se de outro tema polêmico na aplicação da legislação concorrencial no Brasil. Tanto na legislação anterior, quanto na atual, existe previsão legal para o CADE recomendar o licenciamento compulsório ao INPI. No debate sobre o caso White Martins, alguns conselheiros defenderam que o órgão de defesa da concorrência só poderia fazê-lo nos casos de cultivares. Trata-se de interpretação restritiva do art. 23, IV, da Lei n. 8.884/94, a partir do art. 33, da Lei n. 9.456/97, o qual dispõe: *“Da decisão do CADE que conceder licença requerida não caberá recurso no âmbito da Administração nem medida liminar judicial, salvo, quanto à última, ofensa ao devido processo legal”*.

A partir dessa interpretação proposta pelo conselheiro Carlos Ragazzo, o CADE só poderia propor o licenciamento compulsório nos casos de cultivares. Essa limitação põe em risco a efetividade do CADE em intervenções estruturais nos casos envolvendo propriedade intelectual. Entretanto, essa visão não deve prosperar, especialmente com a alteração legislativa de 2011 que ampliou expressamente a possibilidade de licenciamento compulsório para direitos de propriedade intelectual e não apenas as patentes, como dispunha a lei anterior²⁸⁵. A preocupação com os remédios concorrenciais disponíveis ao CADE para a intervenção em direitos de propriedade intelectual, sobretudo nos casos envolvendo mercados de alta tecnologia, é presente desde os debates legislativos para a reforma de 2011²⁸⁶.

Conforme elucidado, não houve condenação no caso em espécie, porém a disputa entre os conselheiros permitiu constatar a forte influência de certos fundamentos da Escola de Chicago no julgamento. O alcance teórico dessa concepção do Direito da Concorrência entra

²⁸⁵ Para análise da ampliação das possibilidades de licença compulsória na nova lei, ver a seção 2.1.2. Ver também SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. A nova Lei de Defesa da Concorrência: principais ressalvas às alterações realizadas no Senado. *Radar IPEA*, n. 13: *Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 2011, p. 33-40.

²⁸⁶ A sistematização, ou mesmo formulação, de uma função reguladora da inovação pelo CADE, exige uma reinterpretação da sua relação com o INPI. Esse tópico tem relevância especial ao tratar dos remédios concorrenciais, notadamente da licença compulsória. Essa dimensão propositiva percorre todo o texto da tese, mas no Capítulo 9 será melhor apresentada.

em conflito não só com as características do próprio regime de propriedade intelectual no Brasil, mas também com as consequências da superdominância de empresas multinacionais titulares dos ditos direitos. Vale lembrar que não se pretende questionar a decisão em si, mas os seus fundamentos, por isso se faz necessário estabelecer critérios coerentes com a realidade jurídica e econômica do país, sob pena de prejudicar a própria efetividade e segurança jurídica da atuação do CADE.

3.2.1.2 Caso Phillips-DVD

Em maio de 2009, o plenário do CADE votou pelo arquivamento do processo no qual se investigava suposta prática de imposição abusiva de direitos de propriedade intelectual. O voto do relator foi aprovado por unanimidade pelo plenário, mas contém determinados argumentos que merecem análise mais detida, pois vão na contramão de outras decisões envolvendo propriedade intelectual no Brasil²⁸⁷.

De acordo com a Gradiente e Cemaz, a Phillips estava incluindo patentes não essenciais no pacote de licenças ofertado pelo *pool* de patentes de DVD, abusando no valor da cobrança de *royalties*, exigidos pelos titulares das patentes, ameaçando clientes, fornecedores, distribuidores e revendedores de aparelhos de DVD. Esse contexto aumentou os custos dos rivais a ponto de inviabilizar a concorrência efetiva. No que diz respeito à inclusão de patentes não essenciais, o relator afirma que as representantes sequer informaram quais seriam de fato necessárias ou não. Diante disso, o CADE não poderia condenar dada a ausência de informação suficiente para a configuração da ilicitude (p. 14).

A possível abusividade dos preços dos royalties é a maior polêmica do caso. O voto do relator afirmou que os titulares de direito de propriedade intelectual gozam da prerrogativa de fixar o preço que eles desejam, podendo inclusive recusar-se a vender. Ainda de acordo com o relator:

Em termos prosaicos, o titular de direitos de propriedade intelectual cobra o quanto quiser de terceiros que pretendem utilizá-los em sua própria atividade, a não ser que se trate de uma situação muito específica, em que o acesso a este conhecimento ou este insumo se revele indispensável para o funcionamento de toda cadeia de produção. Trata-se da polêmica teoria das “*essential facilities*”, cuja delimitação, de acordo com precedentes desse Conselho, assenta-se em quatro premissas: 1) a existência de um insumo essencial detido por um monopolista; 2) inviabilidade econômica ou jurídica

²⁸⁷ BRASIL. CADE. *Voto do relator conselheiro Olavo Zago Chinaglia na averiguação preliminar n. 08012.001315/2007-21. Gradiente e Cemaz x Philips*, 13 maio. 2009.

de sua suplicação ou a inexistência de meios alternativos de provimento deste insumo; 3) a recusa de acesso ao insumo a um competidor no mercado alvo; e 4) se o provimento desse insumo para um novo competidor comprometeria a qualidade do acesso para empresas que já têm tal acesso (p. 15).

Acontece que a delimitação do abuso, na fixação dos royalties no licenciamento de direitos de propriedade intelectual, não pode estar restrita à aplicação da teoria das infraestruturas essenciais (*essential facilities*). Na realidade, os casos envolvendo direito de propriedade intelectual no Brasil não precisam ser resolvidos a partir dessa teoria. Ao discorrer sobre a possibilidade de licenças compulsórias, o relator afirma:

Seja como for, a licença compulsória seria, *em qualquer hipótese*, medida extrema, a ser sopesada com os próprios princípios que justificam a tutela da propriedade intelectual. Se a Constituição Federal e a lei conferem o direito temporário de uso exclusivo de determinada tecnologia ao seu inventor, como forma de incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico; e se, como acima demonstrado, tal proteção exerce uma função social de estímulo à competição via diferenciação, real ou percebida, *a intervenção da autoridade antitruste no sentido de limitar esse direito seria, no mínimo, bastante questionável* (p. 15, grifos acrescentados).

Nos dois excertos do voto do relator, há o reforço de uma concepção privatista do direito de propriedade intelectual, na medida em que se restringe demasiadamente a obrigação do detentor desses direitos a se adequar à ordem pública. Esses fundamentos destoam de várias outras decisões analisadas no presente trabalho e diverge das preocupações com determinadas heranças do subdesenvolvimento presentes no regime de direito de propriedade intelectual brasileiro.

No que tange à denúncia feita pelas requerentes, sobre as supostas ameaças a clientes, fornecedores, distribuidores e revendedores de aparelhos de DVD, o CADE entendeu que se trata apenas do exercício lícito do direito de propriedade intelectual no Brasil. Portanto, “*o fato é que os contatos feitos pela Philips estão dentro do rol de direitos de que dispõe os titulares de direitos de propriedade intelectual para resguardá-los estes mesmos direitos*” (p. 11).

A partir do exposto no voto, pode-se concluir que o CADE, no julgamento desse caso, assumiu uma postura ortodoxa no que diz respeito à proteção dos direitos de propriedade intelectual. Essa constatação o aproxima novamente de uma perspectiva estadunidense, sobretudo a partir da influência da Escola de Chicago, de controle de conduta, envolvendo direitos de propriedade intelectual. Por mais que a conclusão sobre as condutas investigadas

fosse a mesma, a experiência nacional e internacional no Direito da Concorrência impede a defesa da utilização irrestrita dos direitos de propriedade intelectual. Ou seja, os argumentos do CADE devem conter obrigatoriamente uma profunda contextualização da trajetória do setor e da estrutura do mercado, de maneira que se leve em consideração a superdominância das empresas multinacionais detentoras desses direitos.

3.2.1.3 Caso ANFAPE

A conduta analisada pelo CADE são as medidas judiciais e extrajudiciais das montadoras com o suposto objetivo de inibir a fabricação e comercialização de autopeças protegidas por desenho industrial. As demandas das empresas eram que os fabricantes independentes de autopeças parassem de produzir “peças visíveis” e que os distribuidores deixassem de estocar e comercializar esses produtos. Destaca-se que a maioria das decisões no Judiciário foi favorável às montadoras, apesar do constrangimento identificado por alguns juízes com as questões concorrenciais que o caso envolve.

Em junho de 2016, a Superintendência Geral do CADE deu parecer no sentido de condenar as empresas Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda., pela imposição abusiva de seus desenhos industriais em face dos fabricantes independentes de autopeças (FIAPs)²⁸⁸. Além da multa, o órgão também recomendou que as montadoras não impusessem mais esses direitos de propriedade intelectual aos FIAPs. Entretanto, no início de 2018, o entendimento do órgão foi em sentido contrário, arquivando o referido processo.

Parecer da Superintendência Geral do CADE

O parecer da Superintendencia Geral do CADE, de 2016, seguiu a lógica do voto do então conselheiro do CADE Carlos Ragazzo, para a instauração do processo administrativo em 2010²⁸⁹. Importa destacar de antemão que não existe qualquer debate no CADE em torno da titularidade dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que não há vício no procedimento de registro dos desenhos industriais. Assim, o parecer da superintendência

²⁸⁸ BRASIL. CADE. Parecer da Superintendência-Geral do CADE no processo administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda.*, 15 jun. 2016.

²⁸⁹ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda.* 15 dez. 2010.

busca revelar o conteúdo jurídico e econômico dos desenhos industriais, a partir das contribuições do Direito da Concorrência, de modo que essa análise permite identificar algumas contribuições pertinentes do referido parecer.

A primeira contribuição da análise concorrencial é a definição dos dois mercados, o primário (*foremarket*), que é o de carros novos, e o secundário (*aftermarket*), que é o de peças de reposição. Logo, percebe-se que a proteção dos desenhos industriais no mercado primário define a concorrência entre as montadoras. Já no mercado secundário, ela serve para excluir produtores de versões genéricas dessas peças (FIAPs) da concorrência. No caso em questão, a análise concorrencial restringe-se apenas ao mercado secundário.

A segunda contribuição da análise concorrencial desenvolvida pela Superintendência-geral do CADE é a compreensão do efeito de “aprisionamento” (*lock-in*), no qual apenas as montadoras impõem as opções, os preços e as condições das peças de reposição aos consumidores. Atrelado a isso, foi constatado que as montadoras não estão fornecendo a quantidade adequada de peças de substituição em ritmo e quantidade adequados. Nesse sentido, o CADE retomou também algumas conclusões do relatório de outubro de 2013 da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Assembleia Legislativa do estado de São Paulo sobre as denúncias de cartelização do mercado de autopeças de reposição, que constatou:

Após realizações dos trabalhos da referida CPI, uma constatação assombrosa emergiu, qual seja, a de que há um espírito emulativo das montadoras para que haja a falta de autopeças no mercado, com o intuito de levar o consumidor a adquirir novos veículos como uma obsolescência programada. Os veículos parados em oficinas aguardando autopeças são inúmeros, e muitos por longos períodos²⁹⁰.

O desabastecimento foi considerado pela Superintendência-Geral do CADE como parte de conduta mais complexa e serve como argumento para a flexibilização dos direitos de propriedade intelectual como remédio concorrencial. Apesar disso, o açambarcamento de propriedade intelectual, por si só, ou a dificuldade indevida no estabelecimento de concorrentes que queiram prestar este serviço essencial são infrações autônomas, previstas no art. 36, § 3, IV e XIV, da Lei n. 12.529/11.

Além dos danos diretos aos consumidores, a superintendência explorou a consequência da estratégia das montadoras nos pequenos negociantes independentes, afirmando que uma simples busca e apreensão judicial pode ter o condão de levá-los à

²⁹⁰ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pelo Ato n. 03, de 2013, com a finalidade de investigar a eventual cartelização do mercado de autopeças de reposição*. São Paulo, 7 out. 2013.

falência, causando grande desemprego (§ 381). Todavia, a proposta de condenação também coloca a possibilidade de abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais (*sham litigation*) dentro de uma conduta mais complexa.

A terceira contribuição relevante da análise em questão diz respeito ao questionamento do argumento ortodoxo de que os direitos de propriedade devem ser protegidos de forma absoluta. A superintendência mostrou-se alinhada a vários teóricos da economia industrial e da economia da inovação para identificar que a flexibilização de direitos de propriedade intelectual não significa desincentivo à inovação. De acordo com superintendência:

Desse modo, apesar de não se fazer aqui qualquer tipo de juízo de valor acerca do quantum de lucro seria devido às montadoras Representadas, observa-se que os gastos de P&D dessas montadoras, relativamente às autopeças em questão, já são recuperados no momento da venda do automóvel (*foremarket*), e que, portanto, todos ou boa parte dos lucros obtidos com a venda de peças no mercado secundário de reposição não guardam qualquer relação com a necessidade de reaver investimentos de pesquisa e desenvolvimento, tratando-se apenas de um lucro extra auferido pelas montadoras – lucro esse, aliás, obtido em um regime de monopólio, às custas do consumidor e sob uma justificativa que parece não se sustentar (§ 565).

A análise dos desdobramentos econômicos do exercício da propriedade intelectual das montadoras no mercado secundário possibilita perceber que a utilização dos desenhos industriais das empresas não está de acordo com o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, conforme exige o art. 5, XXIX, da Constituição Federal. A superintendência entendeu que essa prática se mostrou abusiva, com base na Constituição da República, na legislação concorrencial e no Código de Defesa do Consumidor.

Alguns outros argumentos foram elaborados pela defesa das montadoras, apresentados em parecer de Gilberto Bercovici. Frisa-se que existe convergência com parte deles, mas não se concorda com a interpretação dada ao conteúdo do TRIPS, nem com a seu entendimento sobre a importância do INPI na formulação da política de inovação. De acordo com o autor:

Com a ratificação e incorporação do TRIPS ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto n. 1.355, de 31 de dezembro de 1994, todas as formas de propriedade ganharam um reforço à sua proteção no país. O Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI) não é mais o órgão que se limita a registrar os direitos sobre a propriedade intelectual, mas ganhou funções de um verdadeiro instrumento de política econômica, inclusive no

tocante à repressão ao abuso do poder econômico exercido por meio da propriedade intelectual²⁹¹.

O contexto do TRIPS-Plus, conforme elucidado anteriormente, viabilizou uma interpretação mais protetiva aos direitos de propriedade intelectual do que as formuladas inicialmente pelo próprio TRIPS. Um dos desdobramentos políticos foi o fortalecimento da importância das autoridades responsáveis por registrar direitos de propriedade intelectual, sobretudo em países com heranças do subdesenvolvimento. Essa perspectiva contribuiu ao processo de privatização da gestão da política de inovação, fundamentada em benefícios às empresas multinacionais detentoras dos ditos direitos. Conferir a importância sugerida no parecer ao INPI não está em conformidade com o próprio sentido inicial do TRIPS, mas, sobretudo, com a própria ideologia constitucionalmente adotada²⁹².

Os teóricos que propõem o retorno ao sentido original do TRIPS costumam se ancorar na valorização da aplicação do Direito da Concorrência para revelar as disfunções geradas pela superproteção de alguns direitos de propriedade intelectual²⁹³. O resgate dessas contribuições permite entender uma necessária importância renovada à atuação do CADE na proteção da inovação, visto que o INPI não tem aptidão para resolver determinadas questões contemporâneas sobre direitos de propriedade intelectual na fronteira tecnológica atual²⁹⁴.

O parecer da Superintendência Geral do CADE contribui para reforçar o entendimento de que o órgão tem progressivamente compreendido a sua relevância para o estímulo à inovação. Além disso, a condenação no caso em análise significaria a utilização do processo administrativo sancionador para uma regulação da utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual. Apesar dos argumentos suscitados, o CADE entendeu que o caso deveria ser arquivado.

²⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. Defesa da Concorrência e Proteção à Propriedade Intelectual – Compatibilização entre a política Concorrencial e as Demais Políticas Públicas – Limites e Possibilidades da Política de Defesa da Concorrência sob a Constituição de 1988. *Parecer para FIAT no processo n. 08012.002673/2007-51 no CADE*. São Paulo, 16 abr. 2013, p. 32.

²⁹² Para uma análise mais detida sobre os desdobramentos do TRIPS-Plus no direito interno brasileiro, ver seção 1.2.1 do presente trabalho.

²⁹³ Ver: OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intellectual property relations: revisiting twenty-one years of the TRIPS Agreement. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 36:1, 2015. GERVAIS, Daniel. Of clusters and assumptions: innovation as part of a full TRIPS implementation. *Fordham Law Review*, v. 77, 2009, p. 2356-2360. REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009, p. 1134 e s.

²⁹⁴ A relação entre CADE e INPI será melhor abordada no capítulo 9.

Decisão do CADE

No início de 2018, o CADE concluiu que não foi comprovada nenhuma conduta anticoncorrencial capaz de configurar abuso de direito da propriedade industrial. O entendimento do órgão foi no sentido de reconhecer a prática como exercício regular de um direito legalmente garantido. Portanto, entendeu-se que a imposição de direitos de exclusividade perante todo o mercado não caracterizou abusividade do direito de propriedade industrial. Além disso, a autoridade compreendeu que o exercício de direito de propriedade perante terceiros não violaria a sua função social e, por fim, que não houve má-fé no exercício das prerrogativas inerentes ao registro²⁹⁵.

A decisão foi no sentido de afirmar que a mudança do “microssistema de propriedade intelectual” seria de responsabilidade do legislador, no caso desse ramo do direito ter desdobramentos negativos na esfera concorrencial. Como desdobramento dessa interpretação, não caberia ao CADE romper com o suposto equilíbrio entre os órgãos da República, visto que isso poderia colocar em risco a harmonia entre os “microssistemas jurídicos” (§ 81 e 82).

Na sua decisão, o CADE também sustentou que a distinção entre mercado primário e secundário, para fins do direito de propriedade industrial, deveria ter sido explicitada pela própria legislação. Essa previsão permitiria que o INPI avaliasse a expedição do registro de maneira clara e explícita (§145). Entendeu-se que a ausência desses pressupostos na legislação específica permitiria concluir que o desenho industrial cumpriria a sua função social quando seu uso está de acordo com a sua finalidade (§ 192).

Dois aspectos sobre a decisão final do CADE merecem ser destacados: (i) a interpretação restritiva da competência do CADE para avaliar os desdobramentos concorrenciais envolvendo exercício de direitos de propriedade intelectual; e (ii) a interpretação ampliativa da relevância do INPI na regulação dos direitos de propriedade intelectual.

Importa frisar que a análise dos impactos negativos no mercado automobilístico secundário, em termos concorrenciais, é convergente com a experiência de outros países²⁹⁶. Entretanto, há importante polêmica acerca do remédio concorrencial sugerido pela

²⁹⁵ BRASIL. CADE. Voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Industria de Veículos Automotivos Ltda. et al.* 14 fev. 2018, § 261 e 262

²⁹⁶ Para uma análise do debate sobre os efeitos de *lock in* nos mercados automobilísticos secundários, por força dos desenhos industriais, nos EUA, Europa e Austrália, ver: MARTINS, Diogo Lucas, SILVA, Leandro Novais e. O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional. *Revista de Direito da Concorrência*. v. 5, n.1, mai. 2017, p. 119 e s.

superintendência, a qual indicou que o CADE deveria suspender a proteção dos desenhos industriais no mercado secundário automobilístico. Duas interpretações são possíveis: 1ª) o órgão haveria questionado as formalidades necessárias para a proteção; ou 2ª) o órgão sugere que seja concedida uma espécie de “licença compulsória”, sem retornos financeiros ao titular do direito de propriedade intelectual.

Nenhuma das duas hipóteses poderia ser sustentada juridicamente, já que a primeira é de esfera exclusiva do INPI, sendo passível de controle de legalidade, porém jamais de intervenção concorrencial pelo CADE. A segunda, por sua vez, não encontra respaldo na lei de 1994, visto que a licença compulsória era prevista apenas nos casos de patentes. Torna-se essencial ressaltar que a legislação de 2011 alterou o texto nesse quesito e ampliou as possibilidades de recomendação de licença compulsória a todos os direitos de propriedade intelectual. Portanto, essa polêmica seria superada se o julgamento ocorresse com base na legislação atual. Em síntese, concorda-se com a análise das consequências concorrenciais das condutas praticadas, em conformidade ao parecer da superintendência e dos votos vencidos dos conselheiros do CADE. No entanto, os remédios concorrenciais propostos na ocasião não encontravam respaldo na legislação de 1994.

O outro grupo de decisões do CADE em controle de condutas sobre direitos de propriedade intelectual que merece atenção é o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Existe um significativo avanço nesse tipo de prática, com condenações recentes que reforçam a importância da atuação do órgão na repressão dessa prática.

3.2.2 Abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais

Um dos desdobramentos da proliferação da proteção dos direitos de propriedade intelectual é a sua utilização, de maneira abusiva, para impedir artificialmente a competição. Empresas multinacionais estão recorrendo sistematicamente a processos, judiciais ou administrativos, para questionar a utilização legítima de determinadas tecnologias.

Os efeitos dessa estratégia são de afastar novos competidores, impedir a difusão tecnológica e até mesmo reduzir possíveis melhorias dos produtos. Para o consumidor constata-se a redução das possibilidades de escolha e, conseqüentemente, a manutenção dos preços elevados, devido à ausência de concorrência.

As últimas decisões do CADE indicam a evolução progressiva do órgão na punição do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais (*sham litigation*). Três decisões ganham especial relevância. O primeiro, o caso dos tacógrafos inaugurou o debate sobre a

possibilidade de incorporação da teoria norte-americana do *sham litigation* (3.2.2.1). O segundo, Box 3 (3.2.2.2), e o terceiro, Eli Lilly (3.2.2.3), houve a caracterização da conduta e devida condenação a pagamento de multa.

3.2.2.1 Caso dos tacógrafos

O mercado relevante do caso em análise é o de fornecimento de tacógrafos no território brasileiro. Eles são registradores instantâneos de velocidade e tempo, que permitem a reconstituição da viagem do veículo, assim como são empregados para o controle de frotas e para realização de estudos e laudos periciais sobre acidentes.

Na ocasião, a Seva, que era detentora de 2% do mercado, lançou tacógrafos eletrônicos no mercado, e a Siemens, detentora de 85% do mercado relevante, pôs em prática uma estratégia para impedir ou retardar que a Seva usufruísse de sua inovação. Para tanto, a Siemens questionou judicialmente e administrativamente a homologação dos tacógrafos modelo SV2001 e SVT-3000 (eletrônicos) pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN). Após conseguir decisão preliminar favorável, a Siemens sugeriu, em 2005, solucionar as disputas por intermédio de ação conjunta das duas empresas e pela revisão da atuação e posicionamento da SEVA no mercado²⁹⁷.

O relator propôs, no seu primeiro voto, que a empresa fosse condenada pela utilização abusiva do seu direito de peticionar com efeitos anticoncorrenciais. Entretanto, essa tese não prosperou entre os demais conselheiros, porque havia conflito normativo entre as instituições regulatórias (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, Conselho Nacional de Trânsito – CONATRAN e Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN). Por esse motivo, em julho de 2010, o relator fez um aditamento do voto, propondo a condenação pela tentativa de cartelizar, quando ele recebeu apoio dos demais conselheiros suficientes para garantir a maioria²⁹⁸.

Conforme entendeu o então conselheiro Ricardo Ruiz, a Siemens se preocupava com a Seva por esta romper com o padrão de produto que era ofertado pela primeira. O que a Siemens queria era aumentar, de maneira artificial, o ciclo de vida de seu produto. O objetivo era de postergar a entrada de um produto substituto com tecnologia distinta. Para tanto, ela explorou o conflito normativo e regulatório para constranger a atuação da SEVA. A má-fé da

²⁹⁷ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x Seva*, 9 dez. 2009, p. 32.

²⁹⁸ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x Seva*, 7 jul. 2010.

Siemes era reforçada pelo fato de determinados produtos seus incorrerem no mesmo suposto erro dos produtos da concorrente²⁹⁹. Sendo assim, as demandas administrativas e judiciais da representada fizeram parte de uma estratégia para bloquear a entrada de novos concorrentes com produtos diferenciados, apesar de não haver condenação por utilização abusiva do direito de petição.

O caso dos tacógrafos registrou a primeira vez o fato de o CADE se debruçar, de maneira consistente, sobre a possibilidade de condenação de uma empresa por abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais³⁰⁰. A relevância dessa decisão é o início do debate sobre a necessidade da incorporação da teoria norte-americana do *sham litigation* no ordenamento jurídico brasileiro³⁰¹.

3.2.2.2 Caso Box 3 (Shop time)

Em dezembro de 2010, a Box 3 Vídeo e Publicidade e a Léo Produções e Publicidade foram condenadas a pagar multa no valor de R\$ 1.774.312,66 (um milhão, setecentos e setenta e quatro mil, trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos) por abuso no direito de peticionar com efeitos anticoncorrenciais. As representadas requeriam judicialmente que o registro na Biblioteca Nacional de um “roteiro” do Shop Tour servisse como um título aquisitivo de direito, com validade igual ao certificado de marca emitido pelo INPI, com efeitos *erga omnes*. Todavia, esse roteiro sequer tinha os requisitos mínimos para a proteção autoral³⁰². Sobre essa questão, o relator posicionou-se da seguinte maneira:

²⁹⁹ BRASIL. CADE. Voto vogal do conselheiro Ricardo Ruiz no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x Seva*, 7 jul. 2010, p. 24 e s.

³⁰⁰ Constatou-se que, no caso das Baterias Moura (Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-71), houve debate entre os conselheiros sobre a utilização abusiva dos direitos de petição com efeitos anticoncorrenciais. Na ocasião, uma das partes requereu à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a avaliação da certificação de baterias das concorrentes, que estariam comercializando a preços menores devido às irregularidades nesse processo. O CADE entendeu que a conduta anticoncorrencial não havia sido caracterizada.

³⁰¹ A avaliação do direito de petição com efeitos concorrenciais, nos EUA, decorre da teoria *Noerr-Pennington*. Ela foi formulada na segunda metade do século XX, a partir da conjugação de dois precedentes: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* e *United Mine Workers v. Pennington*. Em ambos os casos, a Suprema Corte entendeu que o exercício do direito de petição não gerou efeitos anticoncorrenciais. As exceções à teoria *Noerr-Pennington* (*sham litigation*) foram formuladas a partir das decisões *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*; *Otter Tail Power Co. v. United States*; e *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* Em síntese, para se configurar a *sham litigation* nos EUA, faz-se necessário identificar a ausência de objetivo razoável da petição e a intenção de prejudicar a concorrência. RENZETTI, Bruno Polônio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, maio 2017, p. 147 e s.

³⁰² Ver LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 288 e s.

Ora, cometer um erro tão grande, tão grosseiro, repetidas vezes, e insistir no erro, buscando induzir a erro o julgamento dos magistrados, com base em uma prova pré-constituída (registro público), em uma situação na qual há elevados custos de transação para reverter liminares ou decisões de primeira instância, que retiram concorrentes do mercado, é sem sombra de dúvidas uma atitude extremamente arriscada do ponto de vista concorrencial³⁰³.

O conselheiro listou nove ações, muitas delas com objeto repetido, contra o texto expresso em lei e com o mesmo argumento. Por vezes, houve solicitações cautelares com pretensões precárias, dadas as diversas manifestações do judiciário em sentido contrário. Foi constatado inclusive que todas as decisões as quais eventualmente foram favoráveis às representadas foram revertidas no judiciário, reforçando a sua má-fé.

No referido registro, constava apenas que os apresentadores promovem televentas, esclarecendo as características de uma série de produtos, as formas de pagamento com uma linguagem e ambiente informal. Dessa forma, verificou-se que o registro do “roteiro” na Biblioteca Nacional foi utilizado, de maneira ilícita, com a finalidade de impedir que concorrentes utilizassem essa forma de se comunicar e vender seus produtos na televisão.

Essa condenação reforçou a atuação do CADE para punir a utilização abusiva de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Esse julgado desencadeou uma série de outras decisões, como no caso Eli Lilly, que apresenta uma articulação com diversos ramos do Direito brasileiro.

3.2.2.3 Caso Eli Lilly

A Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company foram condenadas pelo CADE a pagar multa de R\$ 36.600.000,00 (trinta e seis milhões e seiscientos mil reais), em junho de 2016, por utilização abusiva do direito de petição com efeitos lesivos à concorrência. O processo administrativo, que findou com a referida condenação, foi instaurado pela SDE, em 12 de janeiro de 2011. Nele, foi investigado o ajuizamento de diversas ações contra INPI e ANVISA, em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção indevida da exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, que é utilizado no tratamento de câncer.

³⁰³ BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no processo administrativo n. 08012.004283/2000-40. *Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados x Box 3 Vídeo e Léo Produções e Publicidade*, 15 dez. 2010, p. 1901.

Importa destacar que nem todas as ações ajuizadas pelas empresas incidiram na prática abusiva, conforme destacado pela relatora³⁰⁴. Devido à complexidade do caso, utiliza-se o voto da referida conselheira para retomar sucintamente o histórico dos processos judiciais. O intuito é de delinear com precisão quais comportamentos das empresas são antijurídicos concorrenciais.

Aplicação do acordo TRIPS no tempo

Em 21 de junho de 1993, a Eli Lilly depositou a patente referente ao “processo para preparar um nucleosídeo enriquecido com beta-anômero” no INPI (PI 9302434-7). Em 6 de fevereiro de 1996, a empresa requereu o exame da patente, mas o INPI negou o pedido sob o argumento de que a Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não protegia esse tipo de patente. Além disso, o INPI afirmou que o acordo TRIPS não se aplicava de maneira irrestrita e automática na época. Para a sua inaplicabilidade, o INPI sustentou dois fatores: (i) o acordo TRIPS só obrigaria os países-membros um ano após entrada em vigor, ou seja, 1º de janeiro de 1996; e (ii) em consonância ao seu art. 65.2, o Brasil tinha o direito de aguardar 4 (quatro) anos para aplicar as disposições do referido acordo, ou seja, até 1º de janeiro de 2000.

Com a promulgação da nova Lei de Propriedade Industrial, Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, foi estabelecido procedimento específico para patentear determinados produtos e processos não abrangidos pela legislação anterior: as polêmicas “patentes de revalidação” (pipelines protection)³⁰⁵. Entretanto, para usufruir dessa proteção inaugurada com essa norma, seria necessário protocolar pedido específico no INPI, no prazo de um ano, e isso não foi feito pela Eli Lilly (§ 11 e s.).

A Eli Lilly não aceitou a decisão administrativa e ajuizou ação na Justiça Federal do Rio de Janeiro, requerendo a sua anulação. Na primeira instância, o juiz negou o provimento, contudo, o TRF da 2ª região decidiu pela nulidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de patente PI 9302434-7, sendo necessária nova análise por parte do INPI. O relator do caso sustentou que: (i) o prazo a ser analisado é o do pedido de exame (fevereiro de 1996); (ii) o acordo TRIPS entrou em vigor (a partir de 1º de janeiro de 1995), dada a aprovação do

³⁰⁴ BRASIL. CADE. Voto da conselheira relatora Ana Frazão no processo n. 08012.011508/200791. *Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos x Eli Lilly*, 24 jun. 2016.

³⁰⁵ Para maiores detalhes sobre as patentes de revalidação no Brasil, ver seção 1.2.1 do presente trabalho.

Decreto Legislativo n. 30/94 e da promulgação do Decreto 1.355/94; e (iii) o acordo TRIPs prevê a proteção patentária do referido invento³⁰⁶.

Apenas com o julgamento de ação rescisória em 30 de junho de 2011 que o TRF da 2ª região decidiu pela inexistência de direito adquirido da Eli Lilly, acolhendo a posição do INPI. Três argumentos foram acatados pelo tribunal: (i) ausência de preenchimento dos requisitos dispostos nos artigos 229, 230 e 231 da Lei n. 9.279/96 (patentes de revalidação); (ii) aplicação da legislação de 1971, pois o prazo a ser analisado no pedido de patente é a data do depósito; e (iii) inexistência de norma no ordenamento jurídico que regule a aplicação irrestrita do acordo TRIPs fora do prazo de 4 (quatro) anos³⁰⁷.

Ao retomar a controvérsia em torno da aplicação do Acordo TRIPs no tempo, a conselheira relatora do processo no CADE pontuou corretamente que, em nenhum desses processos, pode-se identificar a utilização do direito de petição de forma abusiva com efeitos anticoncorrenciais. Assim, tratou-se de dúvida legítima sobre a aplicação do Acordo TRIPs, mesmo com o julgamento da ação rescisória em favor ao INPI. É importante frisar esse aspecto porque a delimitação precisa do conteúdo ilícito reforça a consistência do controle de legalidade dos atos do CADE, o que contribui ao fortalecimento institucional do órgão.

Mudança ilícita no conteúdo do pedido de proteção patentária

O primeiro processo contra o INPI foi julgado em 2004 em desfavor da autarquia, anulando a sua primeira decisão. A autarquia avaliou novamente o pedido de patente da Eli Lilly, no dia 17 de fevereiro de 2005. Na ocasião, o INPI se valeu da ausência de atividade inventiva para negar o pedido pela segunda vez. Dessa feita, ele não seguiu a linha de argumentação da controvérsia sobre a aplicação do acordo TRIPs no tempo. Em resposta à negativa, em 6 de junho de 2006, a Eli Lilly apresentou novo quadro reivindicatório, no entanto, o INPI negou pela terceira vez o pedido formulado pela empresa.

Nessa ocasião, a empresa apresentou dois novos quadros reivindicatórios, alterando o conteúdo do pedido de patente, que era do “processo para preparar um nucleosídeo

³⁰⁶ BRASIL. TRF 2ª região. 4ª turma. *Apelação*. Processo n. 0531698-61.2001.4.02.5101 (TRF 2 2001.51.01.531698-3). Relator: desembargador federal Rogério Carvalho, 3 mar. 2004.

³⁰⁷ BRASIL. TRF 2ª região. *Ação rescisória*. Processo n. 0009600-09.2007.4.02.0000 (TRF 2 2007.02.01.009600-2). Relator desembargador federal Messoud Azulay Neto, 30 jun. 2011.

enriquecido com beta-anômero” e passou a tratar de “processo para preparar um nucleosídeo enriquecido com beta-anômero *e composto*” (patente de processo e de produto)³⁰⁸.

Antes mesmo de o INPI decidir sobre esses novos quadros reivindicatórios, o processo administrativo foi suspenso por força de ação ajuizada em 4 de agosto de 2005. A Eli Lilly requereu a anulação da decisão do INPI, que argumentava a falta de inventividade. Salienta-se que a empresa tentou aditar a petição inicial desse novo processo judicial para incorporar o novo quadro reivindicatório que alterava o conteúdo da proteção patentária. A pretensão era estender a proteção também ao produto decorrente do processo. Assim, a estratégia da empresa foi usar esse artifício para excluir ilegalmente os medicamentos genéricos do mercado.

A relatora do processo no CADE afirmou que a empresa buscava suspender ilegalmente a jurisdição administrativa, o que já configura o início da prática anticoncorrencial (§ 52). Entretanto, em 26 de novembro de 2006, a Justiça do Rio de Janeiro não acolheu os argumentos aditados à petição inicial, porque o INPI sequer havia se manifestado sobre o novo quadro reivindicatório. A decisão foi reiterada pelo TRF da 2ª região, em 28 de agosto de 2007. Essa parte da estratégia da empresa foi frustrada uma vez que a Justiça do Rio de Janeiro não aceitou o aditamento da petição e sequer discutiu a possibilidade de conferir proteção patentária ao produto.

Efeitos da proteção fictícia da patente por produto

Nova ação foi ajuizada pela Eli Lilly, dessa vez contra a ANVISA, que tramitou na Justiça Federal do Distrito Federal. A ação versava sobre pedido de declaração de direito de exclusividade na comercialização (*Exclusive Marketing Rights* - EMR) do cloridrato de gencitabina nos termos do art. 70.9 do TRIPS³⁰⁹. De acordo a empresa, o pedido de proteção patentária é de produto e não de processo. Portanto, ela não informou ao juiz que alterou o seu pedido no INPI, após decisões, negando o seu pleito, e que a possibilidade de análise das últimas duas reivindicações havia sido negada pela justiça no Rio de Janeiro.

Devido a essas omissões, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou que a ANVISA deveria abster-se de autorizar produtos similares ao Gemzar, de titularidade da Eli Lilly, até o trânsito em julgado da ação. Essa decisão foi tomada no dia 19 de junho de 2007 e

³⁰⁸ BRASIL. CADE. Voto da conselheira relatora Ana Frazão no Processo n. 08012.011508/200791. *Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos x Eli Lilly*, 24 jun. 2016, p. 41 e s.

³⁰⁹ Para análise mais detida sobre o direito de exclusividade na comercialização (EMR), ver seção 1.2.1.2 da presente tese.

perdurou até o dia 7 de março de 2008, quando foi suspensa pelo STJ. Esta decisão se fundamentou no reconhecimento dos efeitos monopolísticos da liminar e na potencialidade de dano ao mercado, dado que impedia que o consumidor tivesse acesso às versões genéricas do remédio.

Ainda no escopo de prolongar ilegalmente o seu monopólio, a Eli Lilly divulgou informações caluniosas sobre os produtos da Sandoz, afirmando que o seu registro do medicamento GEMCIT havia sido cancelado. Assim, a Eli Lilly propôs reconvenção, requerendo que fora julgada favorável ao seu pleito, impedindo que a Sandoz comercializasse o seu produto. Essa decisão liminar durou do dia 28 de setembro de 2007 ao dia 21 de dezembro de 2007, quando o TJSP aceitou a possibilidade da Sandoz vender o medicamento para outros tipos de câncer que não o de mama. Nesse período de três meses, a Sandoz não pôde vender seu medicamento, teve sua imagem denegrida e foi impedida de atender às licitações que havia vencido.

Em decorrência disso, a Eli Lilly usufruiu de um monopólio indevido que distorceu os preços, causando danos ao erário público. De acordo com a PróGenéricos, isso pôde ser percebido nos pregões presenciais realizados pela Secretaria de Saúde de São Paulo, quando foi constatado que a gencitabina (1g, injetável) foi negociada por R\$ 530,00 (quinhentos e trinta reais) por unidade. Já nos pregões realizados, após a decisão judicial que cassou as liminares que concediam o monopólio à Eli Lilly, a proposta vencedora foi de R\$ 189,00 (cento e oitenta e nove reais) por unidade (§ 108)³¹⁰.

Diante desse contexto, a relatora do processo no CADE retomou as decisões do órgão para definir que, nos julgamentos do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, devem ser analisados: plausibilidade das ações, veracidade das informações fornecidas e proporcionalidade dos meios utilizados (§ 214). Conforme elucidada a conselheira:

Assim, a inclusão das reivindicações 15 e 16, na verdade, não visava a definir, de forma mais precisa, o objeto da patente, mas fazia parte de um comportamento estratégico da representada que, antevendo a impossibilidade de obtenção da patente, pretendia alterar seu escopo para, posteriormente, obter a concessão do direito de comercialização exclusivo por meio do EMR. De fato, como se verá adiante, essa alteração era essencial para que a representada pudesse fazer uso do referido instituto, na medida em que o TRIPS só admite a concessão de EMR para patentes de produto e não de processo (§ 280).

³¹⁰ Nos dois pregões realizados pela Secretaria de Saúde de São Paulo, foram adquiridas 6000 caixas, e a vencedora na segunda situação foi a Sandoz.

Portanto, a ilicitude da conduta da Eli Lilly teve início, conforme dito, na tentativa de alteração do escopo da patente no INPI. A empresa deu sequência à sua estratégia ilícita, quando ocultou dolosamente informações sobre o sobrestamento do processo administrativo, induzindo o magistrado a erro, pois o fez acreditar que o INPI iria se manifestar positivamente ao seu pleito. Por último, os efeitos do comportamento ilícitos foram percebidos com o exercício do monopólio alcançado ilicitamente pela Eli Lilly³¹¹.

A condenação do CADE também levou em consideração o processo ajuizado pela Eli Lilly contra o INPI, na Justiça Federal do Distrito Federal, com o mesmo conteúdo do processo que tramitava no TRF da 2ª região. Nesse caso, a decisão já havia sido contrária a seus interesses. Desse modo, a tentativa de escolher o tribunal mais favorável (*fórum shopping*) foi mais uma dimensão da instrumentalização do direito de petição para finalidades anticoncorrenciais (§ 364).

Por fim, resta elucidar uma diferença essencial sobre a perspectiva brasileira adotada pelo CADE da teoria norte-americana do *sham litigation*. Com base no ordenamento jurídico pátrio, pode haver condenação pela modalidade culposa. Ou seja, o critério de inexistência de enganiosidade também é preenchido pela omissão de informações, que induzam o magistrado ao erro. Portanto, conforme se apreende do art. 187 do Código Civil e da legislação de defesa da concorrência não se exige culpa subjetiva para a configuração do ilícito antitruste.

A empresa violou o dever de cuidado e da boa-fé objetiva na medida em que deixou de informar a situação real do objeto da sua demanda, visando a garantir prestação a seu favor. Isso configura o desvio de finalidade do direito e, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, não se exige a necessidade de identificação do elemento subjetivo da conduta. Nesse contexto, a aplicação da teoria da *sham litigation* sequer seria necessária para a punição. A própria tradição do direito brasileiro, notadamente no que diz respeito ao abuso de direito de petição, já oferece os fundamentos jurídicos para punir esse tipo de comportamento³¹².

³¹¹ Sobre as novas reivindicações apresentadas por Eli Lilly, cumpre destacar que havia parecer do INPI indicando que elas extrapolavam o depósito do pedido, o que não está de acordo com a legislação do país (§ 339).

³¹² A punição pelo abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais também foi aplicada na análise de práticas da empresa Ediouro. Ela ajuizou ações cautelares e ordinárias em desfavor de editoras concorrentes, com fundamentos discutíveis e efeitos negativos à concorrência. A empresa firmou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no qual se comprometeu a cessar as práticas investigadas, adotando medidas para que ela não volte a acontecer e a contribuir com 1,7 milhão ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). CADE. Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, *Ediouro*, 27 jul. 2016.

A análise das decisões do CADE envolvendo direitos de propriedade intelectual permite identificar que o tema tem sido pouco abordado pela autoridade concorrencial. Essa característica destoa das necessidades decorrentes das peculiaridades da dependência tecnológica, da economia da informação e do próprio regime de proteção de direitos de propriedade intelectual. É possível perceber, todavia, que existe consistência considerável nas decisões, relacionadas à venda de ativos para permitir fusões e aquisições. As técnicas de consensualidade administrativa têm sido utilizadas para exercer uma regulação dos direitos de propriedade intelectual no controle de estruturas. Apesar de eventuais erros, significa que o CADE tem levado em consideração os efeitos negativos de operações que concentrem sobremaneira patentes ou marcas.

A autarquia demonstrou inclinação mais recente na punição por abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Esses casos demonstram que existe uma convergência com experiências de outros países, o que decorre em certa medida da constatação dos malefícios da tendência expansionista dos direitos de propriedade intelectual. Além disso, comprovam que algumas práticas abusivas contemporâneas são dificilmente percebidas pelo Judiciário ou INPI, reforçando a importância do CADE.

A influência da Escola de Chicago e das narrativas que justificam a superproteção dos direitos de propriedade intelectual contribuem para a negligência da política concorrencial no controle de condutas detentoras dos ditos direitos. A superdominância de multinacionais, que decorre em parte das próprias leis adotadas no país, não tem sido devidamente regulada pelo CADE. Esse contexto tem como principal desdobramento a redução dos incentivos à inovação na economia brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PRIMEIRA PARTE

A superdominância de empresas multinacionais titulares de propriedade intelectual é uma realidade que não se restringe ao Brasil, uma vez que decorre não só da trajetória das indústrias de alta tecnologia, da hegemonia do discurso expansionista da proteção dos ditos direitos, mas também de determinadas características da economia global contemporânea. Os principais afetados por esse contexto são os países dependentes tecnologicamente, que possuem dificuldades estruturais para promover o *catch-up* tecnológico.

O Brasil se insere nesse grupo de economias, com o agravante de ter uma política concorrencial fortemente influenciada pela Escola de Chicago. Em outros termos, existe uma convergência, entre boa parte dos concorrencialistas brasileiros, no sentido de que a aplicação do Direito da Concorrência deve focar apenas no combate a cartéis e em casos específicos de fusões e aquisições. Ou seja, descarta-se a necessidade do CADE se dedicar a outras práticas abusivas que desestimulam a inovação, por meio da instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual, ou mesmo de estratégias comerciais ou acordos contratuais.

A emergência de uma política concorrencial renovada é reforçada ao perceber que experiências estrangeiras têm identificado uma série de comportamentos abusivos de empresas consideradas inovadoras. Isto é, empresas que inovaram, em algum momento, utilizam instrumentos jurídicos lícitos, com uma frequência relevante, para manter sua posição no mercado de maneira artificial.

Esse comportamento abusivo tem sido revelado pela incorporação de fundamentos contemporâneos da Economia Industrial no Direito da Concorrência, que permitem uma descrição mais precisa da realidade econômica. A aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia tem fortalecido um modelo que se utiliza dessa teoria econômica, sem perder de vista a segurança jurídica. A experiência europeia tem contribuído para o fortalecimento da aplicação desse ramo do Direito para a proteção direta e estímulo da inovação.

Diante disso, a renovação da política concorrencial no Brasil deve partir de uma reformulação teórica, que se constrói a partir da concepção de uma ordem pública conducente à inovação. Essa perspectiva ancora-se na ideologia constitucionalmente adotada, na sistematização da experiência decisória do órgão e na incorporação das contribuições europeias que forem pertinentes à cultura jurídica e econômica do país.

SEGUNDA PARTE
PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

O modelo europeu de proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência coloca em questão o argumento segundo o qual os direitos de propriedade intelectual são sempre a técnica mais eficaz para estimular a inovação. A tradição europeia coloca igualmente em evidência as inúmeras possibilidades de instrumentalização de técnicas contratuais, relacionadas ou não a direitos de propriedade intelectual, para dificultar a inovação.

É importante salientar que não é objetivo de o Direito da Concorrência da União Europeia afastar os fundamentos clássicos da propriedade intelectual. Na realidade, ele propõe novas abordagens fundadas na proteção da inovação, o que permite renovar a concepção de complementaridade entre os citados ramos do Direito.

O modelo europeu decorre de um contexto complexo que agrupa, pelo menos, três movimentos políticos. O primeiro resulta da Estratégia de Lisboa de 2000, pois a inovação passou a ser considerada um valor estratégico para o desenvolvimento econômico da União Europeia, no contexto da Economia da Informação. Já o segundo resulta do aprofundamento da preocupação das autoridades europeias com a utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual, sobretudo nos mercados de alta tecnologia. Enquanto o terceiro resulta do processo de modernização do Direito da Concorrência, com a sistemática incorporação dos novos aportes da Economia Industrial.

Essa modernização é normalmente exposta em comunicações da Comissão Europeia, consideradas como textos de *soft law* (*droit mou*), visto que não vinculam os Estados-Membros. O seu conteúdo define detalhes da política europeia de concorrência, especialmente por meio dos quadros de análise (*grilles d'analyse*), e possuem o que os juristas europeus denominam de autoridade persuasiva (*autorité persuasive*). Tais comunicações pretendem conferir maior segurança jurídica aos competidores e consumidores, uma vez que promovem uma autovinculação da Comissão a esses textos. Arelado a isso, importa destacar também o profícuo diálogo interinstitucional com os tribunais europeus que controlam a legalidade da atuação da Comissão. Como desdobramento dessa dinâmica, a Comissão passou a argumentar, de maneira mais pedagógica, o conteúdo econômico de seus textos normativos para viabilizar maior convencimento dos órgãos jurisdicionais.

Dessa forma, é possível constatar que a proteção da inovação é um eixo central da política europeia de concorrência contemporânea. Essa abordagem se opõe a outros sistemas jurídicos, como a tradição estadunidense, principalmente nos casos julgados sob a influência da Escola de Chicago. No caso do Direito Brasileiro da Concorrência, a inovação é um valor

protegido, mas de maneira indireta. A despeito disso, constata-se considerável evolução nas decisões do CADE em matéria de propriedade intelectual nos últimos anos.

O Brasil é um país de profundas heranças do subdesenvolvimento, o que reforça a superdominância de empresas de alta tecnologia. Essa característica se soma a duas outras do domínio dos direitos de propriedade intelectual, que são elas: a primeira é o fenômeno mundial de expansão do dito direito, o que permite novas práticas anticoncorrenciais; e a segunda é uma característica brasileira de superproteção de direitos de propriedade intelectual em alguns setores nos quais há predominância de empresas multinacionais, em particular a indústria de medicamentos.

As características da Economia e do Direito brasileiro colocam em evidência a necessidade de reforçar o Direito da Concorrência como uma técnica de proteção da inovação. Assim, a experiência das autoridades europeia da concorrência permite compreender que uma proposição de reformulação da intervenção do CADE, notadamente no assunto em análise, deve dialogar com o modelo europeu no domínio dos acordos, como exposto no Capítulo 4: das práticas unilaterais típicas, em consonância ao desenvolvido no Capítulo 5; e nas práticas unilaterais atípicas, conforme sistematizado no Capítulo 6.

CAPÍTULO 4. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DOS ACORDOS

A modernização da intervenção do Direito da Concorrência da União Europeia é caracterizada pela consolidação da regra da razão estruturada. A regra da razão estruturada decorre do encontro entre a tradição europeia e a nova abordagem fundada nos efeitos. Em síntese, promoveu-se uma original convergência entre a tradição administrativista de origem dos países de tradição civilista, expressa por uma concepção aproximada às proibições *per se*, e a análise de caso a caso, típicas de países mais influenciados pela *Common Law*. O modelo europeu da regra da razão estruturada é ancorado igualmente na busca por técnicas mais realistas de análise econômica, notadamente no que diz respeito à incorporação dos novos aportes da Economia Industrial.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o diálogo entre os regulamentos de isenção e os documentos de *soft law* é uma outra característica importante nesse domínio do Direito da Concorrência da União Europeia, garantindo a segurança jurídica dos contratos e dos consumidores. Além disso, o conteúdo desses documentos europeus reforça a importância da inovação para a avaliação das restrições horizontais e verticais. Na realidade, a aplicação do Direito da Concorrência no domínio dos acordos permitiu um novo olhar sobre os instrumentos normalmente vistos como positivos à inovação, sobretudo no que diz respeito aos acordos sobre direitos de propriedade intelectual.

Assim, determinadas características do modelo europeu, especificamente no que diz respeito à proteção da inovação no domínio dos acordos, permitem repensar certos elementos da tradição brasileira. Conforme visto anteriormente, o Guia de análise dos atos de concentração horizontais não CADE aborda diretamente os casos envolvendo a cooperação para inovação. Ademais, as decisões desse órgão sobre esse assunto revelam, por exemplo, uma ausência de coerência, bem como uma insuficiente avaliação das cláusulas de exclusividade, das cláusulas de não concorrência e da duração de acordo.

Logo, entende-se que esses elementos do Direito Brasileiro da Concorrência reforçam a relevância do diálogo com o modelo europeu, principalmente no que diz respeito ao enquadramento concorrencial dos acordos que versam sobre a cooperação para inovação. A experiência europeia deve ser compreendida em consonância à aplicação modernizada da metodologia geral dos acordos, decorrentes do art. 101, do TFUE (4.1). Além disso, faz-se necessário apresentar os aportes para proteção inovação no enquadramento dos acordos previstos em regulamento de isenção (4.2) e dos acordos de normalização (4.3).

4.1 Metodologia geral dos acordos

A modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, no tocante ao controle de acordos, culminou no Regulamento³¹³ n. 1/2003³¹⁴. Esta norma foi responsável por importantes alterações na política europeia de concorrência, na busca por adequar a defesa da concorrência ao fenômeno da intensificação da globalização e do aumento da quantidade de países membros da União Europeia.

A desconcentração da aplicação das normas de Direito da Concorrência é uma das principais mudanças, pois a sua implementação passou a ser de competência das autoridades nacionais da concorrência (ANC) e não apenas da Comissão. Essa alteração permitiu o fortalecimento da cooperação entre os membros da rede de autoridades da concorrência (REC), composta pelas ANC e Comissão Europeia³¹⁵. Outra alteração trazida pelo Regulamento n. 1/2003 foi a implementação da desnecessidade de notificação prévia dos acordos (art. 1º, do parágrafo 2º).

A Comissão Europeia elaborou, em 2004, as orientações sobre a aplicação do art. 81 (atual art. 101), parágrafo 3º, e deu sequência à modernização da aplicação das regras concorrenciais em matéria de acordos. A primeira contribuição dessas orientações foi organizar claramente a jurisprudência sobre o assunto, o que permitiu a formulação de um quadro geral de análise e conceitos. A segunda contribuição foi elucidar a aproximação fundada nos efeitos, com base na incorporação das evoluções teóricas da Nova Economia Industrial. Ou seja, a Comissão sistematizou o que se entende por ganhos de eficiência, tanto na qualificação de restrição de concorrência, quanto na ponderação dos efeitos positivos das operações.

A metodologia geral está disposta no art. 101, do TFUE e nas Orientações da Comissão concernentes à aplicação do art. 101. Essa técnica se divide em dois momentos: a qualificação de acordo (4.1.1) e a ponderação no sentido do art. 101, parágrafo 3º (4.1.2).

³¹³ É importante frisar uma diferença entre duas fontes de Direito Europeu: as orientações da Comissão Europeia e os regulamentos europeus. As primeiras são consideradas normas de *soft law* (*droit mou*), cujo objetivo é vincular a atuação da própria Comissão Europeia para garantir maior previsibilidade jurídica. Essas orientações não vinculam a interpretação das jurisdições nem das autoridades dos Estados membros. Já os regulamentos, de acordo com o art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, têm caráter geral e são diretamente aplicáveis e obrigatórios em todos os Estados-Membros. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. 26 out. 2012. Sobre os atos de Direito da União Europeia Derivado, ver JACQUÉ, Jean Paul. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 8ª ed. Paris: Dalloz, 2015, p. 572 e s.

³¹⁴ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado.*

³¹⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*. 27 abr. 2004.

Assim, a compreensão dessa metodologia permite entender os pormenores das originalidades do modelo europeu (4.1.3).

4.1.1 *Qualificação de acordo*

A qualificação de acordo é a primeira etapa da metodologia geral da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia nesse eixo de atuação. O art. 101, do parágrafo 1º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) dispõe:

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Esse texto pode ser dividido em duas partes. A primeira faz a identificação de que tipo de ato pode incidir a aplicação desse artigo, podendo implicar “acordos entre empresas”, “decisões de associações de empresas” e “todas as práticas concertadas”. Esses três conceitos têm em comum a noção de colusão, que precisa ser caracterizada para a incidência do art. 101 (4.1.1.1). O conceito de colusão, por vezes, é tratado como sinônimo de restrição de concorrência. Apesar disso, a jurisprudência europeia compreende que são dois elementos independentes e necessários para a qualificação da nocividade do acordo.

Já a segunda parte do texto do art. 101, do parágrafo 1º, é destinada a adjetivar essa prática, uma vez que esta deve “afetar o comércio entre os Estados-Membros”, cujo “objetivo ou efeito” possa “impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”. Em outras palavras, deve-se constatar a restrição da concorrência (4.1.1.2).

4.1.1.1 Colusão

A colusão é o antônimo da autonomia de comportamento, um dos fundamentos teóricos da economia de mercado, visto que a coordenação de comportamentos não só impede a formação de um preço ideal, mas também atenta à diversidade na oferta e à inovação³¹⁶. A sua constatação tem como escopo distinguir a aplicação do art. 102, do TFUE, destinado aos comportamentos unilaterais, do art. 101, do TFUE, que visa aos acordos entre as empresas.

³¹⁶ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 434.

São duas aplicações distintas e com regras próprias, conforme será visto no capítulo seguinte, destinado aos abusos de posição dominante.

As Orientações da Comissão relativas à aplicação do art. 101 estabeleceram que o tipo de coordenação dos comportamentos ou de colusão no qual incide o referido artigo:

[...] é aquele em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida, a incerteza quanto à sua conduta no mercado³¹⁷.

Esse conceito trazido pela Comissão remonta o acórdão *Imperial Chemical Industrie*, de 1972. Ele foi responsável por iniciar um corpo jurisprudencial no Direito da União Europeia que declara ilegal a cooperação de um produtor com seus concorrentes para determinar estratégias coordenadas no mercado³¹⁸.

Conforme visto anteriormente, o art. 101 do TFUE estabelece três formas de coordenação: acordos entre empresas, decisão de associação de empresas e práticas concertadas. Logo, as jurisdições da União Europeia entendem que as três categorias são noções autônomas e têm peculiaridades que devem ser explicadas³¹⁹.

Assim, percebe-se que a decisão de associação se manifesta sob as formas institucionalizadas de cooperação, segundo as quais os operadores econômicos agem por intermédio de uma estrutura coletiva ou de um órgão comum³²⁰. Faz-se necessária a constatação da comunidade de interesses ou de um interesse comum para caracterizar a existência de uma associação³²¹, já que a construção jurisprudencial sustenta a importância de compreender essa noção em função de sua finalidade e em um sentido mais abrangente. Portanto, verifica-se que não se deve dar grande importância ao regime jurídico da decisão de associação, pois a sua qualificação depende apenas de seu objeto. Isso quer dizer que a

³¹⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 15.

³¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 48-69. *Imperial Chemical Industrie x Comissão*, 14 jul. 1972, § 118.

³¹⁹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 14.

³²⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. T-11/08, *MasterCard x Comissão Europeia*, 24 maio 2012, § 243 e 251. A condenação da MasterCard se ancorou na caracterização do interesse comum dos bancos pelo sistema de fixação de comissões interbancárias supletivas. Ficou constatado que essa estratégia permitia a definição de um preço mínimo da prestação do serviço, que acabava por repercutir sobre os comerciantes.

³²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 45/85. *Verband des Sachversicherer c/ Comissão*, 27 jan. 1987, § 29.

associação pode-se manifestar sob a forma de uma associação sem fins lucrativos³²², de uma associação de fato³²³, de uma federação, de um agrupamento de interesses econômico e de toda a forma de agrupamento público ou privado de empresas com objetivos de captar uma clientela, de promover uma categoria de produto ou de vender.

O acordo, no sentido do art. 101, do TFUE, é a expressão da vontade comum das empresas de se comportar sob o mercado de maneira determinada³²⁴. Esse conceito é inserido em uma lógica de Direito Econômico, na medida em que não se vincula ao conceito de contrato do Direito Civil. Nesse sentido, essa noção de acordo se aplica também aos casos em que o contrato é nulo ou ineficaz, desde que a cláusula controvertida exprima a vontade das partes³²⁵. Portanto, a discussão sobre os vícios de consentimento não é empregada nesse caso. Além disso, os efeitos do acordo podem se prologar após a cessação formal do fim do contrato³²⁶.

A prática concertada, por sua vez, é o comportamento decorrente de uma coordenação entre as empresas com uma relação de causa e efeito sob o mercado. As diferenças entre o acordo, em face da prática concertação, são a intensidade e as formas de manifestação do concurso de vontade³²⁷, uma vez que a prática concertada não reúne todos os elementos de um acordo.

Segundo o Tribunal de Justiça, o objetivo dessa distinção é de ser capaz de enquadrar a coordenação entre empresas que podem provocar os riscos à concorrência, mesmo sem ter realizado uma convenção propriamente dita³²⁸. Uma vez constatada a colusão em uma dessas três categorias, o próximo passo é definir a restrição de concorrência.

³²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 209 a 215/78. *Van Landenwyck x Comissão*, 29 out. 1980, § 86.

³²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-125/07, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank et al./Comissão*. 24 set. 2009. Nesse caso, houve a condenação de bancos austríacos que fixavam as taxas de juros das operações passivas e ativas sob a organização do “Clube Lombard”.

³²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-194/99. *Thyssen Stahl x Comissão*, 2 out. 2003, § 130.

³²⁵ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-277/87. *Sandoz Prodotti Farmaceuti x Comissão*, 11 jan. 1990.

³²⁶ TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. T-370/09. *GDF Suez x Comissão*, 29 jun. 2012, § 181 s. A Comissão considerou que o acordo firmado no mercado alemão e francês de gás natural (MEGAL) era utilizado para repartir os mercados nacionais, o que se configurava como uma infração concorrencial. O Tribunal manteve os principais pontos da primeira decisão, especialmente no que diz respeito à ausência de declaração expressa das “notas de acompanhamento” assinadas desde 1975 e destinadas a esclarecer aspectos técnicos, financeiros e operacionais da gestão do gasoduto MEGAL.

³²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-49/92 P. *Anic x Comissão*, 9 jul. 1999, § 118, 124 e 131; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-8/08. *T-Mobile Netherlands x Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 jun. 2009, § 32.

³²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 48/69. *ICI x Comissão*, 14 jul. 1972, § 64. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-49/92 P. *Anic x*

4.1.1.2 Restrição de concorrência

A identificação da restrição de concorrência é uma etapa central da análise das autoridades responsáveis pela concorrência, notadamente após a incorporação de uma abordagem mais econômica. A Comissão se ancorou na jurisprudência do Tribunal de Justiça e procurou apresentar uma exposição metodológica para caracterizar a restrição de concorrência. Seu objetivo é de vincular a sua própria prática, para respeitar o princípio da previsibilidade jurídica, mas sem evidentemente vincular a interpretação das jurisdições e das autoridades dos Estados-Membros³²⁹. É igualmente importante frisar que o diálogo entre a Comissão e o Tribunal de Justiça promoveu uma convergência entre as exigências de cada instituição, o que é essencial para entender o fortalecimento da política europeia de concorrência.

As orientações retomam o texto do art. 101, do TFUE, que estabelece duas maneiras de caracterizar a restrição de concorrência, por objeto ou por efeitos. Existe uma sutil distinção entre esses dois conceitos. Em síntese, o Direito da Concorrência da União Europeia descarta a necessidade de comprovação dos efeitos anticoncorrenciais concretos do ato no caso se a restrição por objeto for devidamente comprovada (§ 20). Apenas no caso de a restrição por objeto não ser qualificada é que se faz obrigatória a análise da restrição por efeitos. Assim, a autonomia da restrição por objeto é uma importante construção europeia que facilita a aplicação do art. 101, do parágrafo 1º.

Qualificação por objeto

É comum afirmar que o Direito da Concorrência da União Europeia é aplicado de maneira muito rígida e excessivamente formal. Por essa razão, o desafio dos juristas europeus foi de modernizar esse ramo do Direito sem perder de vista a sua tradição legalista-administrativista. Em outras palavras, buscou-se promover uma interpretação mais realista do mercado, sem deixar de lado o caráter jurídico e formal da atuação dos órgãos europeus.

Comissão 9 jul. 1999, § 112. Ver também nesse sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 40/73, *Suiker Unie x Comissão*, 16 dez. 1975, § 26; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85. *Ahlstrom et al. x Comissão*. 31 mar. 1993, § 63.

³²⁹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 4 e 7.

A análise *in concreto* é um ponto em comum essencial e comum às duas categorias de qualificação. Essa análise remonta à decisão *Société Technique Minière*, de 1966³³⁰, e continua a ser, ainda hoje, um eixo importante na metodologia geral. Desta forma, a estrutura de mercado, o conteúdo do acordo, seus objetivos e a natureza dos bens e serviços são elementos presentes na apreciação da restrição da concorrência de maneira indiferenciada, o que pode dificultar a percepção dicotômica da caracterização pelo objeto e pelo efeito.

É fundamental retomar o texto do art. 101, do parágrafo 1º, do TFUE, para dar início à conceituação da restrição por objeto. Esse dispositivo legal dispõe que os acordos não serão compatíveis com o mercado comum quando eles visam a:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

A Comissão estabeleceu que os acordos têm por objeto a restrição do jogo da concorrência quando eles são muito suscetíveis a ter efeitos negativos, de maneira a prejudicar os princípios do Direito da Concorrência. Os exemplos utilizados nas comunicações são a partilha do mercado e a fixação dos preços, já que reduzem a produção e aumentam os preços. De acordo com a Comissão, essas circunstâncias diminuem o bem-estar dos consumidores devido à má alocação dos recursos³³¹. A jurisprudência do Tribunal de Justiça permite acrescentar certos outros casos de nocividade, como o fechamento dos mercados nacionais e o entrave ao comércio paralelo, a repartição dos mercados e a troca de informações constitutivas de práticas concertadas.

³³⁰ O caso da *Société Technique Minière* teve como objeto a formulação de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a interpretação do direito exclusivo de venda e a abrangência da nulidade prevista no então art. 85 n. 2 do Tratado de Roma. Importa destacar que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, já em 1966, afirmou: “A proibição do acordo depende apenas da questão de saber se, ponderadas as circunstâncias do caso concreto, tal acordo reúne objectivamente os elementos constitutivos da referida proibição, tal como vêm enunciados no n.º 1 do artigo 85º”. Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 56/65. *Société Technique Minière (LTM) x Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 30 jun. 1966.

³³¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 21.

Assim, o Tribunal de Justiça estabeleceu um quadro de análise para avaliar a restrição por objeto. De acordo com a referida autoridade europeia, faz-se necessário analisar os objetivos do acordo, seu contexto econômico e jurídico, a natureza dos bens e serviços, as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado.

Já no que diz respeito à nocividade dos acordos, é importante ressaltar que a Comissão indica nas Orientações que as restrições caracterizadas, dispostas nos regulamentos de isenção, são normalmente restrições por objeto (§ 23). A Comissão menciona também algumas situações, de maneira não exaustiva, que devem ser compreendidas como restrições pelo objeto.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça colocou em prática uma análise sobre a existência de restrição de concorrência diferente da Comissão, especificamente na decisão *Pierre Fabre*³³². De acordo com Laurence Idot:

No lugar de fazer uma economia do raciocínio, o Tribunal quis reconstituir a análise. Teria sido mais simples admitir desde o início que as restrições caracterizadas são restrições de concorrência pelo objeto, o que não exclui que elas sejam eventualmente justificadas em um segundo momento, na perspectiva do parágrafo 3.³³³

Logo, infere-se que a caracterização da restrição por objeto descarta a necessidade da utilização da técnica de restrição pelos efeitos. Entretanto, a qualificação pelos efeitos pode ser sustentada quando a qualificação pelo objeto não é possível. Ou seja, a técnica pelos efeitos é subsidiária e tem grande relevância no que diz respeito à nova aproximação fundada nos efeitos do Direito da Concorrência da União Europeia.

Qualificação pelo efeito

A qualificação pelo efeito é a técnica aplicada quando a restrição por objeto não é possível de ser caracterizada. Nessa hipótese, o órgão responsável pela concorrência deve explicitar os efeitos nocivos à concorrência da prática em análise. Ela deve respeitar a definição do poder de mercado, a verificação de uma restrição significativa e a comparação com a situação contrafactual.

³³² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-439/09. *Pierre Fabre x Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, 13 out. 2011,

³³³ IDOT, Laurence. L'état des lieux en droit des ententes. In : *Propriété intellectuelle et concurrence: pour une (ré) conciliation*. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, 2012, p. 18.

O poder de mercado é definido pela Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 81 como:

[...] a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo ou de manter a produção, em termos de quantidade, qualidade e variedade do produto ou inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo (§ 25).

Para mensurar o poder de mercado, é necessário definir o mercado relevante segundo a Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência de 1997. Avalia-se também a natureza dos produtos, a posição do mercado das partes, dos concorrentes e dos compradores, bem como a existência de concorrentes potenciais e do nível de barreiras à entrada (§ 27).

Para que a restrição pelo efeito seja caracterizada, o acordo deve afetar a concorrência real ou potencial, de maneira a identificar a probabilidade dos “efeitos negativos no mercado relevante no nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços” (§ 24). Essa possibilidade de analisar os desdobramentos potenciais recoloca em discussão a aplicação das práticas anticoncorrenciais no tempo. Isso altera a compreensão clássica de que o controle dessa dimensão do Direito da Concorrência é realizado *a posteriori*³³⁴.

A verificação do efeito sensível é essencial para a qualificação por efeito. A Comissão apresenta alguns critérios úteis sobre a questão na Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101, n. 1 (Comunicação de minimis), a qual estabelece que:

A Comissão considera que os acordos entre empresas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros e que podem ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101, n. 1, do Tratado: a) Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); ou b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for

³³⁴ No Brasil, costuma-se restringir a aplicação da legislação concorrencial em matéria de controle de infrações a atos cujo efeito já foi percebido, apesar da possibilidade jurídica de punir os efeitos potenciais da conduta. Portanto, a experiência europeia contribui na revisão dessa perspectiva brasileira.

concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes)³³⁵.

Esses limites de partes de mercado servem para constatar a ausência de efeito sensível da restrição da concorrência. Isto significa que não se aplica à análise de restrição por efeito nos casos cujas participações de mercado são inferiores às de 10%, no caso de concorrentes, e de 15%, quando não forem concorrentes.

Desta forma, constata-se que a análise da situação contrafactual (*counterfactual test*) tem papel importante na apreciação dos efeitos anticoncorrenciais, sobretudo no exame do contexto do acordo. A Comissão entende que “ao determinar se um acordo restringe a concorrência deve ter-se em conta o contexto em que a concorrência se processaria efectivamente na ausência do acordo com as suas alegadas restrições”³³⁶.

A expressão “comparação com a situação contrafactual” é a tradução de “*comparaison avec la situation contrefactuelle*”, que remete ao conceito “*contrafactual test*”, de origem anglo-saxônica. Na ótica de Catherine Prieto e David Bosco, a “apreciação de uma restrição da concorrência repousa então sob uma comparação entre a situação existente e a situação que poderia ter advindo”³³⁷.

Existe um impasse na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça o qual entende que a comparação com a situação contrafactual só é necessária na análise da restrição pelo efeito. Diante disso, a análise da estrutura de mercado na apreciação de uma restrição por efeito teria um grau maior de aprofundamento, com a avaliação dos efeitos anticoncorrenciais a partir da referida técnica.

Por fim, no que concerne aos limites de partes de mercado dispostos nos regulamentos de isenção, ressalta-se que o fato de um acordo não estar dentro da zona de segurança de um regulamento de isenção por categoria não afasta a aplicação do art. 101, no parágrafo 1º ou 3º, pois é necessário realizar uma apreciação dos efeitos de cada caso em espécie³³⁸.

Após qualificar o acordo e definir se este restringe a concorrência por objeto ou por efeitos, a outra etapa da metodologia está disposta no art. 101, no parágrafo 3º. Esse

³³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101º, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis), do dia 30 de ago. 2014, § 8.

³³⁶ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 17.

³³⁷ Tradução livre do original: “*contrafactual test*, d’origine anglo-saxonne et signifie que «l’appréciation de la restriction de concurrence repose donc sur une comparaison entre la situation existante et la situation qui aurait pu advenir”. PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 479.

³³⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 24.

dispositivo estabelece os critérios que afastam a ilicitude definida a partir da aplicação do parágrafo 1º do mesmo artigo.

4.1.2 Ponderação no sentido do art. 101, no parágrafo 3º

A ponderação no sentido do art. 101, no parágrafo 3º é uma das originalidades do Direito da Concorrência da União Europeia em face da tradição norte-americana. Essa perspectiva modernizada, denominada de “regra da razão estruturada” ou “regra dos efeitos estruturada”, acolheu as lições dos inconvenientes devido à proibição absoluta, sem perder de vista a importância de uma análise jurídico-formal. É importante constatar que as proibições dogmáticas dos acordos não eram coerentes com a dinâmica do mercado contemporânea. Essa percepção decorre de uma parte da experiência estadunidense da regra da razão (*rule of reason*), no entanto a técnica europeia não se confunde com ela³³⁹.

Duas técnicas diferentes podem ser utilizadas para afastar a aplicação do art. 101: a isenção por categoria (4.1.2.1) ou a isenção individual (4.1.2.2). Essas duas modalidades são uma derrogação da proibição do art. 101, garantindo uma apreciação formal, mas que continua ancorada numa aproximação menos dogmática.

4.1.2.1 Isenção por categoria

A jurisprudência europeia, a partir do caso *Grundig-Consten*, em 1966, afastou a possibilidade de aplicação da regra da razão do direito norte-americano no Direito Europeu. O caso em questão tratava da análise concorrencial de acordo que estabelecia proteção territorial absoluta na distribuição da marca *Grundig* a favor da empresa *Consten* na França. O Tribunal teve que se manifestar sobre recurso apresentado pelo governo alemão, pela *Grundig-Verkaufs-GmbH* e pelos *Établissements Consten SARL*, que versava sobre vários aspectos. Entre os pleitos, eles questionavam a forma a qual a metodologia foi adotada pela Comissão, para a aplicação das sanções, conforme dispunha o art. 85, do Tratado, que institui

³³⁹ A “*rule of reason*” estadunidense é a ponderação dos efeitos econômicos positivos e negativos da prática para estabelecer a licitude, ou não, de determinada prática. A regra da razão foi aplicada desde os primeiros anos da aplicação da Seção 1 do *Sherman Act*, notadamente com a técnica *ancillary restraints*. Mas, foi apenas com o caso *Standard Oil* em que as possibilidades desse tipo de ponderação foram aprofundadas. Conforme assinala Catherine Prieto e David Bosco, o *antitrust law*, ao longo do século XX, é marcado por diferentes temperamentos e alterações no conteúdo da aplicação da regra da razão (*rule of reason*). Esse conceito continua no centro das discussões sobre a modernização do direito norte-americano, que realiza grandes esforços para fixar seus parâmetros. PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 525.

a Comunidade Econômica Europeia – CEE³⁴⁰ (atual 101, do TFUE). O argumento era que a Comissão deveria realizar previamente uma análise das eficiências do contrato, inspirando-se no *rule of reason* do Direito norte-americano. Entretanto, de acordo com o Tribunal:

[...] para efeitos da aplicação do artigo 85º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência.

Portanto, a ausência, na decisão recorrida, de qualquer análise dos efeitos do acordo no plano da concorrência entre produtos similares de diferentes marcas não pode constituir, por si só, um vício da decisão³⁴¹.

A decisão *Grundig-Consten* inaugurou uma construção jurisprudencial que afasta a aplicação da *rule of law* norte-americano no Direito Europeu. Essa sentença permitiu a condenação de práticas consideradas graves, sem a análise de eventuais eficiências ao mercado, como é o caso da repartição de mercados nacionais por meio de contratos de exclusividade de distribuição. Decisões seguintes reiteraram o julgado mencionado, como é o caso *Montecatini*, de 1999³⁴², mas também da decisão *M6*, de 2001. Esta última refutou o argumento das partes que sustentavam a existência de um “*rule of reason*” no Direito Comunitário da Concorrência. O Tribunal reconheceu que algumas decisões europeias permitiram maior flexibilidade às vedações *ex ante* de diversas condutas. Entretanto, isso não consagrou a utilização da técnica norte-americana. De acordo com o julgado:

[...] estes acórdãos não podem ser interpretados como consagrando a existência de uma “*rule of reason*” em direito comunitário da concorrência. Inscrevem-se antes numa corrente jurisprudencial mais ampla, segundo a qual não há que considerar, de modo completamente abstracto e indistinto, que todo e qualquer acordo que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas cai necessariamente no âmbito da proibição fixada no artigo 85º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, é necessário, para efeitos de análise da aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro concreto em que produz os seus efeitos, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou

³⁴⁰ TRAITÉ DE ROME. *Traité instituant la Communauté Économique Européenne*, 25 mar. 1957.

³⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 56/64 e 58/64. *Établissements Consten SARL e Grundig-Verkaufs-GmbH x Comissão*, 13 jul. 1966.

³⁴² De acordo com o Tribunal: “[...] mesmo admitindo que a «*rule of reason*» tenha o seu lugar no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, não pode de forma alguma obstar à aplicação dessa disposição no caso de um acordo que implica para os produtores que detinham a quase totalidade do mercado comunitário e que respeita a objectivos de preços, a limitação da produção e a repartição do mercado. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao considerar que o carácter óbvio da infracção se opunha, de qualquer modo, à aplicação da «*rule of reason*»” TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-235/92 P, *Montecatini/Commission*. 8 jul. 1999, § 133.

serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado³⁴³.

Essas decisões permitem excluir qualquer possibilidade de interpretar as normas europeias com base na experiência norte-americana, apesar de a mesma ter influenciado na aproximação econômica fundada nos efeitos do Direito da Concorrência da União Europeia. Nesse momento, importa retomar o texto do TFUE para entender a próxima etapa da metodologia geral no domínio dos acordos. De acordo com o art. 101, do parágrafo 3º, serão declaradas inaplicadas as disposições do art. 101, do parágrafo 1º, a todos os acordos, decisões ou práticas

[...] que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Esses são os critérios dispostos no TFUE para que determinado acordo não seja considerado ilícito. Outra peculiaridade do Direito da Concorrência da União Europeia decorre do trecho “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico”. Em síntese, esse excerto do artigo instaura uma avaliação das eficiências geradas pelos acordos, que deve ser balizada pela técnica das isenções. A derrogação por categoria é então uma técnica central para as empresas no mercado europeu, uma vez que ela estabelece objetivamente esferas de segurança (*sphères de sécurité*).

As isenções são estabelecidas por regulamentos que instauram quadros de análise para avaliação dos acordos em questão. Elas são as responsáveis pela derrogação da proibição do art. 101, sem perder de vista o caráter formal que marca o Direito Europeu. Todavia, a referida modernização deixou essa ponderação menos dogmática na análise concorrencial dos acordos, conforme será visto a seguir.

Já a isenção por categoria é aplicada em consonância ao quadro de análise exposto nos regulamentos de isenção. Eles estabelecem presunções de ganhos de eficiência suficientes para compensar um eventual efeito anticoncorrencial. De acordo com Catherine Prieto e

³⁴³ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-112/99, *M6 et al. X TFI*, 18 set. 2001, § 73 a 77.

David Bosco, essa técnica teve uma grande influência sobre as empresas, apesar de haver um fraco contencioso sobre a matéria. Os autores afirmam que:

Os diretores das grandes empresas têm desde já uma base de trabalho para assegurar suas práticas contratuais. Em contrapartida, os diretores das pequenas e médias empresas deveriam se apropriar desses regulamentos para invocar em sua vantagem as restrições graves ou excluídas. A ordem pública concorrencial coincide recorrentemente com a denúncia de cláusulas de negociações contratuais marcadas por relações de força³⁴⁴.

Os autores franceses ressaltam uma relevante dimensão da aplicação desse ramo do Direito, visto que entendem a importância das regras de Direito da Concorrência como amparo normativo, às pequenas e médias empresas, contra as infrações cometidas por empresas maiores. Essa contribuição não se restringe à técnica das isenções, nem apenas à experiência europeia. A utilização das regras de concorrência para garantir o espaço das pequenas e médias empresas no mercado também é relevante para o Brasil, especialmente devido à significativa concentração do mercado.

Deste modo, a isenção por categoria é aplicada de acordo com os quadros de análise expostos nos regulamentos de isenção de cada categoria de acordo. Entretanto, o dito benefício é inicialmente subordinado à ausência de poder de mercado definido pelas partes de mercado. Esses limites podem variar de acordo com o objeto do contrato, de acordo com a fase final de comercialização ou da relação entre as partes, ou seja, se são concorrentes ou não.

Nesse sentido, o contexto da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia no domínio dos acordos permite entender com mais precisão os aportes do modelo europeu. A modernização colocou em questão a aproximação puramente formalista, que foi predominante nos anos 1970, dada a influência da tradição alemã. Conforme destacam Catherine Prieto e David Bosco, sob o pretexto de garantir a segurança jurídica dos operadores econômicos, os regulamentos de isenção eram catálogos de cláusulas brancas, cinzas e negras. Nessa época, pouco importava a influência das empresas sob a estrutura de mercado, ou seja, mesmo os operadores desprovidos de poder de mercado eram submetidos a

³⁴⁴ Tradução livre do original: “les conseils des grandes entreprises en font d’ores et déjà une base de travail pour sécuriser leurs pratiques contractuelles. En revanche, les conseils des PME devraient s’emparer de ces règlements pour invoquer à leur avantage des restrictions de concurrence caractérisées ou exclues. L’ordre public concurrentiel coïncide souvent avec la dénonciation de clauses résultant de négociations contractuelles marquées par des rapports de force”. PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 563.

um tratamento rígido. Isso foi duramente criticado, pois eram formulações pouco flexíveis para a dinâmica dos negócios.

A nova aproximação econômica inspirou os regulamentos de isenção de segunda geração. O objetivo passou a ser neutralizar o poder de mercado exercido individualmente, sem perder de vista uma aproximação formal, já que as restrições “graves” e “excluídas” são conceitos muito importantes. Destaca-se que o benefício de uma isenção por categoria é subordinado a uma presunção de ausência de poder de mercado e ausência de restrições graves³⁴⁵.

A Comissão se apoiou no critério das frações em partes de mercado para introduzir uma análise econômica substancial na concessão de isenções coletivas. Para apreender o objeto anticoncorrencial, deve-se recorrer à análise das cláusulas consideradas as “mais nocivas” ou “muito nocivas”. Assim, as muito nocivas são consideradas “restrições graves”, sendo elas um obstáculo à isenção por categoria. Enquanto as “restrições excluídas” são as menos nocivas e fazem referência às cláusulas contratuais incompatíveis com a isenção coletiva, sem incidir na integralidade do contrato, apenas no campo de aplicação do regulamento.

4.1.2.2 Isenção individual

A isenção individual é a última possibilidade de afastar a aplicação do art. 101, §1º, do TFUE. Essa derrogação é uma avaliação caso a caso por critérios cumulativos definidos no §3º do dito artigo. É importante frisar que a técnica em questão reforça a abordagem econômica colocada em prática no momento da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia.

O regime jurídico da isenção individual foi concebido por uma construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que estabeleceu os princípios diretores muito firmes na aplicação do parágrafo 3º do art. 101, do TFUE, os quais serão explicitados a seguir. O primeiro princípio é de respeitar a necessidade de qualificação da restrição de concorrência antes de conceder a isenção, que foi definido a partir da decisão *Metro* em 1977³⁴⁶.

O segundo princípio é a definição que o ônus da prova da violação do parágrafo 1º incumbe à Comissão; e a do parágrafo 3º, à empresa, de acordo com o art. 2, do Regulamento

³⁴⁵ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 555.

³⁴⁶ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-328/03. *O2 Germany x Commission*, 2 maio 2006, § 79.

(CE) n. 1/2003. Em outras palavras, pode-se asseverar que a Comissão tem a obrigação de provar a qualificação do acordo, informando a restrição por efeito ou por objeto. Então, a empresa acusada terá a possibilidade de argumentar pela existência de regulamento de isenção por categoria, o que exclui a aplicação do art. 101, do TFUE. No caso de inexistência de regulamento de isenção por categoria, a empresa terá de utilizar a técnica da isenção individual para tentar afastar a aplicação do art. 101, do TFUE. Cabe a esta apresentar provas convincentes, quando invocar o benefício da isenção individual. De outro modo, há uma inversão do ônus da prova no momento da ponderação das eficiências geradas (isenção individual), sendo responsabilidade de a Comissão responder aos argumentos de maneira convincente.

O terceiro princípio é a delimitação do controle jurisdicional no qual o Tribunal de primeira instância só pode verificar as regras de procedimento e motivação, na medida exata da materialidade dos fatos, a não ser nos casos de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder³⁴⁷.

O quarto princípio é a afirmação implícita da possibilidade de isentar as restrições por objeto. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde a decisão *Grundig*, condenou severamente os acordos que visavam ao fechamento dos mercados nacionais. No entanto, com a decisão *GlaxoSmithKline*, ela afirmou que essa qualificação não será subordinada ao fato de que os consumidores finais sejam privados de vantagens de uma concorrência eficaz em termos de fornecimento ou de preço.

O quinto princípio é a adoção de condições cumulativas do quadro de análise da isenção individual, ou seja, faz-se necessário³⁴⁸: (i) a contribuição ao progresso tecnológico e econômico; (ii) a divisão equânime com o consumidor; (iii) a verificação do caráter indispensável da restrição; e (iv) a ausência de eliminação radical de concorrência. O sexto princípio é a possibilidade de oposição da decisão de isenção, pois esta cria direitos às partes do acordo apreciado, as quais podem invocá-los contra terceiros³⁴⁹.

As orientações da Comissão recomendam uma ordem a seguir para a apreciação das condições gerais para isenção individual. De início, deve-se realizar o exame dos ganhos de eficiência, ou seja, a identificação de vantagens objetivas sensíveis de natureza a compensar

³⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-519/06. *GlaxoSmithKline x Comissão*, 6 out. 2009, § 146.

³⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-68/12. *Slovenska sporitel x Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*. 7 fev. 2013, § 34; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-1/12. *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas x Autoridade de Concorrência de Portugal*, 28 fev. 2013, § 102.

³⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 31/80. *NV l'Oréal/SA l'Oréal*, 11 dez. 1980, § 22.

os inconvenientes que resultam para a concorrência (§ 39). Além disso, a prova das vantagens deve ser positiva, portanto, a afirmação que o acordo em questão não é desfavorável aos consumidores não é suficiente (§ 163). De acordo com as orientações, os ganhos de eficiência são fatores criadores de valor (§ 33), podendo ser quantitativos ou qualitativos³⁵⁰.

A segunda condição geral de isenção individual é a divisão equânime com o consumidor. Isso pode ser compreendido como uma condição geral, pois o bem-estar do consumidor é a pedra angular da política europeia da concorrência, segundo a Comissão³⁵¹. O caso concreto pode revelar uma dificuldade para definir com precisão a repercussão sobre os consumidores (§ 94). Todavia, é importante frisar que, quanto maior for a incidência de uma restrição à concorrência, maior será a probabilidade de prejuízo aos consumidores a longo termo (§ 96), visto que a Comissão considera que a concorrência é muito importante para a inovação a longo termo (§ 92).

A terceira condição geral é o caráter necessário e proporcional da compensação do efeito negativo sob o consumidor (§ 85), então:

A Comissão não vai duvidar do juízo comercial das partes, e apenas intervirá quando for razoavelmente evidente que há alternativas realistas e atingíveis. Nesse caso, as partes devem apenas explicar e demonstrar as razões pelas quais eventuais alternativas aparentemente realistas e significativamente menos restritivas ao acordo seriam muito menos eficientes (§ 75).

A quarta condição geral é a ausência de erradicação total da concorrência, que serve para avaliar a possibilidade de impedir a concorrência a longo termo. O pretexto de ganhos de eficiência a curto termo por vezes é suscitado para permitir a substancial redução da concorrência, o que não é admitido pela política europeia de concorrência. Para analisar os desdobramentos sob a concorrência a longo termo, convém verificar as restrições de capacidade ou de custos de produção que pesarão sob os concorrentes e privilegiar a concorrência nos preços e na inovação (§ 109).

A análise das etapas da aplicação da regra da razão estruturada do Direito da Concorrência da União Europeia, especialmente após a modernização, permite de entender um modelo diferente da “*rule of reason*” do direito estadunidense. A originalidade do modelo

³⁵⁰ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 539 e s.

³⁵¹ De acordo com a Comissão, a noção de consumidor no direito da concorrência é mais larga que a do Direito do Consumidor, pois aquela engloba os utilizadores diretos ou indiretos dos produtos ou serviços abrangidos pelo acordo. São incluídos não apenas os consumidores finais, mas também empresas que adquirem produtos para a transformação, por exemplo. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004, § 84.

européu coloca em evidência certos aportes importantes para a avaliação dos acordos, especialmente no que diz respeito ao enquadramento dos acordos de cooperação para a inovação.

4.1.3 Aportes do modelo europeu

A definição das restrições excluídas e caracterizadas, bem como o diálogo entre as orientações da Comissão e os regulamentos são essenciais para compreender o papel regulador das autoridades europeias da concorrência. Além disso, a perspectiva modernizada da aplicação do Direito da União Europeia aos acordos permite uma promoção mais eficaz da inovação.

Dois aportes do modelo europeu são especialmente relevantes à experiência brasileira. O primeiro é a repartição do ônus da prova é um elemento central na dinâmica processual e contribui não só para a celeridade do processo, mas também para o reequilíbrio das assimetrias informacionais (4.1.3.1). O segundo é o enquadramento da cooperação das empresas inovadoras e seus parceiros, por intermédio de normas de Direito da Concorrência, sobretudo em acordos envolvendo direitos de propriedade intelectual (4.1.3.2).

4.1.3.1 Repartição do ônus da prova

A definição da repartição do ônus da prova é uma técnica que permite conciliar as assimetrias de informação das autoridades encarregadas da concorrência com a intervenção eficaz desse ramo do Direito. As ditas autoridades têm uma limitação, devido à própria dinâmica de uma economia de mercado, para apreender os detalhes do setor econômico analisado e as condições internas de uma empresa. Em síntese, é possível constatar uma tensão entre o desafio de uma intervenção eficaz, a qual requer maior quantidade de informação de um mercado, e o interesse das empresas de não divulgar suas informações, uma vez que pode ser prejudicial a seus interesses na dinâmica competitiva.

O modelo europeu de repartição de provas no domínio apresenta uma solução em duas etapas para resolver essa tensão descrita. A primeira é de definir a obrigação das autoridades da concorrência para provar a aplicação do art. 101, §1º, do TFUE. Enquanto a segunda é de impor às empresas o ônus da prova para aplicação das derrogações decorrentes do art. 101, §3º, do TFUE. Em outros termos, as autoridades têm a responsabilidade de demonstrar a restrição de concorrência pelo objeto ou pelo efeito e, em seguida, as empresas em questão

têm a responsabilidade de provar a existência das condições para a isenção por categoria ou individual.

Portanto, infere-se que o sentido da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia não ficou restrito à dinâmica repressiva, visto que a renovação no domínio dos acordos promoveu um novo enquadramento dos acordos de cooperação para a promoção e difusão da inovação.

4.1.3.2 Cooperação enquadrada

A descentralização da aplicação do direito dos acordos anticompetitivos, a nova abordagem fundada nos efeitos e a consolidação das repartições dos ônus da prova são características da modernização que constituem o enquadramento jurídico da cooperação. Com efeito, a cooperação em matéria de direitos de propriedade intelectual é um valor central para resolver os desafios da Economia da Informação e dos desvios anticompetitivos dos direitos de propriedade intelectual. Dessa maneira, é importante reconhecer a importância dos acordos de normalização, *pools* de patentes, acordos de transferência de tecnologia e acordos de pesquisa e desenvolvimento. Entretanto, essas técnicas jurídicas podem ser instrumentalizadas para colocar em prática estratégias anticoncorrenciais.

Desta forma, os regulamentos de isenção e os textos de *soft law* promovem o enquadramento da cooperação, especialmente para a promoção da inovação. Portanto, a perspectiva jurídica clássica é conjugada a algumas características da nova abordagem econômica, entre as quais duas ganham destaque. A primeira é a consequência da adoção da regra do efeito sob a lógica dos regulamentos, pois eles não tratam mais de um direito de propriedade intelectual específico, mas da finalidade do acordo. O segundo é a adoção da noção de poder de mercado como parâmetro de decisão, exposta principalmente pelo critério de partes de mercado.

Destaca-se também que o fim da notificação prévia dos acordos que não se beneficiam de um regulamento de isenção reforçou a importância da autoavaliação das empresas no que diz respeito à licitude de suas práticas. Assim, a desconfiança em termos de segurança jurídica é solucionada com a previsibilidade e a flexibilidade do diálogo entre os clássicos instrumentos de Direito e os textos de *soft law*³⁵², já que as características expostas permitem vislumbrar um reforço do caráter regulador do Direito da Concorrência. Torna-se

³⁵² LEBLOND, Lauren. *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Études en faveur de la promotion européenne de l'innovation. Bruxelas: Bruylant, 2014, p. 326-327.

imprescindível frisar que a perspectiva punitiva não pode ser excluída, sobretudo nas práticas unilaterais, no entanto é fundamental entender a importância dessa intervenção renovada no campo dos acordos.

4.2 Acordos previstos em regulamento de isenção por categoria

A intervenção no domínio dos acordos para a proteção da inovação na Europa tem um duplo objetivo. De um lado, pretende impedir a repartição dos mercados para o fechamento nacional e, de outro, evitar a confiscação da inovação. Logo, pode-se perceber que o primeiro é ligado aos problemas que decorrem essencialmente da utilização de marcas e contratos de concessão e distribuição exclusiva para reconstituir o fechamento territorial, o que impede um verdadeiro processo de integração de um grande mercado comum na Europa. Enquanto o segundo resulta da nocividade dos comportamentos, visando à captura da inovação por meio de concessão de licenças, retrocessão de licenças, licenças cruzadas e recusa de concessão de licenças, principalmente no domínio das patentes. O modelo europeu de proteção da inovação no domínio dos acordos é igualmente compreendido como uma resposta à multiplicação das possibilidades de acordos de exclusividade que caracteriza a sociedade de informação.

Constata-se uma função reguladora exercida pelas normas de Direito da Concorrência da União Europeia, as quais incidem em acordos comerciais normalmente vistos como desejáveis para o desenvolvimento econômico. Esse ramo do Direito permite verificar que esses contratos podem ser instrumentalizados de maneira a gerar efeitos nocivos à própria concorrência e, conseqüentemente, aos consumidores. Alguns deles são normatizados por regulamentos de isenção, como os acordos de pesquisa e desenvolvimento (4.2.1) e os de transferência de tecnologia (4.2.2). Além disso, destacam-se as Orientações da Comissão de 2014, as quais avançaram em assuntos pertinentes aos acordos de reagrupamento de tecnologias (*pools* de patente), por exemplo (4.2.3).

4.2.1 Acordos de pesquisa e desenvolvimento

A política europeia de concorrência parte do pressuposto de que a promoção da cooperação para a pesquisa é positiva para os consumidores. De acordo com a Comissão:

A cooperação em matéria de investigação e desenvolvimento e de exploração dos resultados tem mais probabilidades de contribuir para

promover o progresso técnico e económico se as partes puserem ao serviço da cooperação competências, activos ou actividades complementares. Neste contexto, estão também incluídos os casos em que uma parte se limita a financiar as actividades de investigação e desenvolvimento de outra³⁵³.

No entanto, essas técnicas contratuais podem reduzir ou frear a inovação de maneira a retardar a comercialização dos produtos em maior quantidade ou melhorados. Essa cooperação pode igualmente se configurar como uma organização de um acordo sob os preços ou ainda como uma técnica para impedir a entrada do mercado em benefício de outros contratantes. Os acordos de pesquisa e desenvolvimento podem “organizar a asfixia das pequenas e médias empresas pela monopolização dos resultados de seus esforços de inovação seja para explorá-los, seja para congelá-los a fim de prolongar sua situação vantajosa”³⁵⁴.

O Direito da Concorrência da União Europeia enquadra os acordos de pesquisa e desenvolvimento para que eles possam ser pró-concorrenciais. Dessa forma, essa experiência permite promover esse tipo de acordo ancorado em uma preocupação a longo termo com a concorrência no mercado em questão. Então, o regulamento n. 1217/2010 estabeleceu o campo de aplicação (4.2.1.1) e o regime de isenção desse tipo de acordo (4.2.1.2), de modo que as orientações da Comissão voltadas às restrições horizontais, a seu turno, servem não só para a interpretação do regulamento de isenção, como também para apresentar um quadro de análise das hipóteses nas quais a isenção por categoria não é permitida.

4.2.1.1 Campo de aplicação

A aplicação do regulamento da Comissão n. 1217/2010³⁵⁵, de 29 de novembro de 2000, distingue-se da aplicação do relativo aos acordos de especialização e do relativo aos acordos de transferência de tecnologia³⁵⁶. A Comissão entende que os acordos de

³⁵³ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, considerando 8.

³⁵⁴ Tradução livre do original: “organiser l’étouffement des PME par l’accaparement des résultats de leurs efforts d’innovation soit pour les exploiter, soit pour les geler afin de prolonger leur rente de situation”. PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 722.

³⁵⁵ O documento legal precedente ao regulamento de 2010 era o da COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Regulamento (CE) n. 2659/2000 da Comissão, de 29 de novembro de 2000, relativo à aplicação do n. 3, do artigo 81, do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento.

³⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento n. 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia*.

especialização podem ser de três tipos: especialização unilateral, especialização recíproca ou produção em comum. De acordo com o art. 1º do regulamento:

- b) “acordo de especialização unilateral”, o acordo de especialização entre duas partes que desenvolvem actividades no mesmo mercado do produto, por força do qual uma das partes consente em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster do fabrico de determinados produtos e em comprá-los à outra parte, que concorda em fabricar e fornecer esses produtos;
- c) “acordo de especialização recíproca”, o acordo de especialização entre duas ou mais partes que desenvolvem actividades no mesmo mercado do produto, por força do qual duas ou mais partes consentem numa base de reciprocidade em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster do fabrico de determinados produtos e em comprá-los às outras partes, que concordam em fabricar e fornecer esses produtos;
- d) “acordo de produção em conjunto”, o acordo por força do qual duas ou mais partes concordam em fabricar determinados produtos em conjunto³⁵⁷.

Os acordos de transferência de tecnologia, que serão mais bem analisados a seguir, envolvem a concessão de tecnologia já existente. Diante dessa semelhança entre as três formas de contrato, a definição do “centro de gravidade” do acordo em questão é a solução dessa aparente sobreposição entre normas. O regulamento sobre os acordos de pesquisa e desenvolvimento engloba os contratos cujo “centro de gravidade” se encontra mais à montante, integrando as extensões que decorrem dessa pesquisa³⁵⁸.

De acordo com o regulamento 1217/2010, em seu art. 1º, c), a pesquisa e o desenvolvimento (P&D) é

[...] a aquisição de saber-fazer no que respeita a produtos, tecnologias ou processos e a realização de análises teóricas, estudos sistemáticos ou experiências, incluindo a produção experimental, os ensaios técnicos de produtos ou processos, a criação dos equipamentos necessários e a obtenção de direitos de propriedade intelectual relativos aos resultados³⁵⁹.

Esses acordos podem tratar não só da pesquisa, do desenvolvimento e da comercialização de produtos totalmente novos, mas também do melhoramento em comum de tecnologias existentes. É importante salientar que a aplicação do regulamento n. 1217/2010 é conjunta à aplicação do regulamento relativo à transferência de tecnologia, quando as cessões

³⁵⁷ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento da Comissão n. 1218/2010, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização.

³⁵⁸ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 722.

³⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento.

de direitos de propriedade intelectual ou as licenças são requeridas para a realização de trabalhos visados em etapas precedentes da produção. A interação entre o regulamento n. 1217/2010 e o regulamento n. 1218/2010, sobre os acordos de especialização, existe quando as partes acordantes realizam as pesquisas muito “à montante”, prévias à produção ou à fabricação.

Assim, a presunção de ausência de poder de mercado, nos acordos de pesquisa e desenvolvimento, é deduzida do cruzamento de critérios: o limite de parcela de mercado e a qualificação dos concorrentes das partes do acordo. Por conseguinte, a isenção será aplicada durante toda a duração da pesquisa e do desenvolvimento, desde que as partes não sejam empresas concorrentes (art. 4 do regulamento 1217/2010).

Na hipótese de exploração em comum dos resultados, a isenção prolongar-se-á durante um período de sete anos a contar da data da primeira entrada no mercado³⁶⁰. No entanto, a isenção é subordinada a uma parte de mercado cumulada entre os contratantes inferior a 25%, para as empresas concorrentes (parágrafo 2, do art. 4 do regulamento n. 1217/2010). Para a concessão da isenção, faz-se necessário o preenchimento de algumas condições dispostas no regulamento que serão expostas a seguir.

4.2.1.2 Regime de isenção

O regulamento n. 1217/2010 apresenta dois grupos de condições para a isenção: as simples ou condições positivas (art. 3º) e as condições negativas, compostas pelas restrições graves ou excluídas (arts. 5º e 6º). As condições positivas são aquelas que devem estar presentes no acordo, o qual deve estipular o acesso ilimitado aos resultados finais da pesquisa a todas as partes, conforme determina o art. 3º, do parágrafo 2º. O objetivo dessa disposição é de preservar o bem-estar da União Europeia, garantindo a cadeia contínua de pesquisa e desenvolvimento contra a intenção de monopolização da inovação. Assim sendo, pode-se asseverar que o referido princípio e seus temperamentos servem como instrumento para buscar a neutralização do *hold-up*³⁶¹.

³⁶⁰ De acordo com as orientações, quando um produto cria uma demanda totalmente nova, o acordo deve ser considerado como realizado entre não concorrentes. Nesse caso, a isenção não depende da parte de mercado ao longo de um período correspondente à duração da pesquisa e desenvolvimento em conjunto e por um período adicional de sete anos a contar da data de introdução dos produtos no mercado. COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. 14 jan. 2011, § 126.

³⁶¹ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 727

Ademais, torna-se pertinente informar que o art. 3º, do parágrafo 2º, estabelece alguns temperamentos, os quais serão discriminados a seguir. A primeira hipótese é a possibilidade de se limitar o acesso aos resultados da especialização de cada parte na exploração. A segunda hipótese é de limitar a utilização dos resultados às finalidades de pesquisas complementares, quando houver partes que executam trabalhos de pesquisa e desenvolvimento sob uma base comercial sem normalmente participar da exploração dos resultados. A terceira hipótese é de indenizar o acesso consentido aos resultados nos casos de pesquisas complementares.

No que diz respeito às condições negativas, é importante retomar o fato de que as restrições graves levam à perda da isenção por categoria em todo o contrato, enquanto as restrições excluídas afastam o benefício da isenção apenas das obrigações individualizadas em cada cláusula. Portanto, o objetivo da Comissão é estabelecer regras as quais impeçam que as partes instrumentalizem esses acordos em desfavor da concorrência, na medida em que a finalidade dessas normas que regulam a liberdade de contratar as empresas é preservar a incitação à inovação.

Restrições graves

O art. 5º, do regulamento n. 1217/2010, discorre sobre as cláusulas que limitam as pesquisas futuras. A Comissão entende que acordos que impõem esse tipo de obrigação têm a pretensão de restringir esforços para inovar, de maneira a garantir a manutenção artificial de uma situação vantajosa das empresas detentoras da tecnologia.

A Comissão também trata cláusulas que limitem produção ou vendas como restrições graves. Entretanto, são estabelecidos critérios que flexibilizam a vedação desse tipo de acordo. Conforme o regulamento, esses acordos serão ilícitos à exceção:

- i) do estabelecimento de objectivos de produção, sempre que a exploração em conjunto dos resultados inclua a produção em conjunto dos produtos contratuais,
- ii) do estabelecimento de objectivos de vendas, sempre que a exploração em conjunto dos resultados inclua a distribuição em conjunto dos produtos contratuais ou a concessão em conjunto de licenças relativas às tecnologias contratuais, na acepção do artigo 1.º, n.º 1, alínea m), subalíneas i) ou ii),
- iii) de práticas que constituam uma especialização no contexto de exploração, e
- iv) da restrição da liberdade de as partes produzirem, venderem, cederem ou licenciarem produtos, tecnologias ou processos que concorram com os

produtos ou tecnologias contratuais durante o período em que as partes acordaram em explorar os resultados em conjunto³⁶².

Em seguida, o art. 5º, c), do regulamento, dispõe que a fixação de preço é uma restrição grave, mas estabelece uma exceção nos casos em que a exploração comum dos resultados se estende à distribuição conjunta das licenças relativas às tecnologias contratuais. Por fim, há as restrições territoriais, que também são percebidas em outros regulamentos de isenção como restrições graves³⁶³.

Restrições excluídas

As restrições excluídas têm o condão de considerar ilícito apenas as cláusulas específicas, sem incidir na totalidade do acordo. O art. 6, do regulamento n. 1217/2010, considera que a obrigação de não contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual após a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento é uma restrição excluída. O objetivo é de preservar a liberdade dos contratantes nos acordos de pesquisa e desenvolvimento e de denunciar os direitos infundados, uma vez que estes são os mais adequados para perceber as falhas na validade dos direitos de propriedade intelectual³⁶⁴.

A segunda restrição excluída é a obrigação de não conceder licenças a terceiros, a não ser que, segundo o art. 6º, b):

[...] o acordo previr a exploração, pelo menos por uma das partes, dos resultados da investigação e desenvolvimento em conjunto ou da investigação e desenvolvimento contra remuneração e se tal exploração ocorrer no mercado interno, relativamente a terceiros.

³⁶² COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, art. 5, b).

³⁶³ De acordo com o art. 5, do Regulamento n. 1217/2010: “c) A fixação de preços aquando da venda a terceiros dos produtos contratuais ou da concessão a terceiros de licenças relativas às tecnologias contratuais, com excepção da fixação de preços facturados aos clientes directos ou da fixação do valor cobrado pela concessão de licenças a licenciados directos, sempre que a exploração em conjunto dos resultados inclua a distribuição em conjunto dos produtos contratuais ou a concessão em conjunto de licenças relativas às tecnologias contratuais, na acepção do artigo 1.º, n.º 1, alínea m), subalíneas i) ou ii); d) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, as partes podem vender passivamente os produtos contratuais ou conceder licenças relativas às tecnologias contratuais, à excepção da obrigação de conceder à outra parte uma licença exclusiva dos resultados; e) A proibição de realizar vendas activas dos produtos ou tecnologias contratuais ou a sua limitação, nos territórios ou a clientes que não tenham sido atribuídos de forma exclusiva a uma das partes através da especialização no contexto da exploração; f) A obrigação de recusar satisfazer os pedidos dos clientes nos territórios respectivos das partes ou de clientes de outra forma repartidos entre as partes através da especialização no contexto da exploração, e que pretendam comercializar os produtos contratuais noutros territórios no interior do mercado interno”.

³⁶⁴ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 731.

Esse acordo visa a proteger a difusão da inovação que resulta dos acordos de pesquisa e desenvolvimento. As orientações estabelecem diferentes fatores a serem avaliados: as características e a estrutura do mercado e a amplitude dos ganhos de eficiência, a elasticidade de demanda e a amplitude da restrição de concorrência. Analisados os pormenores do regime de isenção dos acordos de pesquisa e desenvolvimento, cumpre discorrer sobre os acordos de transferência de tecnologia para dar sequência à delimitação da regulação da inovação no Direito da Concorrência da União Europeia.

4.2.2 Acordos de transferência de tecnologia

Os acordos de transferência de tecnologia são considerados como uma importante técnica para a promoção da inovação na Europa, já que reduzem a duplicação de investimentos na pesquisa e no desenvolvimento, mas incitam igualmente as empresas a fazerem pesquisas para a criação de novos produtos. Ademais, esse instituto não só encoraja a inovação incremental, mas também facilita a difusão das tecnologias e suscita a concorrência no mercado dos produtos³⁶⁵.

Os benefícios dos acordos de transferência de tecnologia sustentados pelos documentos de Direito da União Europeia se somam à necessidade de economias caracterizadas pela dependência tecnológica, como a brasileira, para acessar a inovação das empresas multinacionais de alta tecnologia. Os benefícios da difusão tecnológica não afastam os desafios concorrenciais dos acordos de transferência de tecnologia, especialmente por causa da posição dessas empresas no mercado brasileiro. Entretanto, as decisões do CADE sobre o assunto em questão não são suficientes, e o guia não indica os desafios de ordem concorrencial desses tipos de acordo. Com efeito, a experiência da autoridade brasileira é composta, sobretudo, pela avaliação das cláusulas de confidencialidade na transferência de *know-how*, cláusulas de não concorrência e cláusulas de exclusividade, principalmente nos mercados de tecnologia de sementes transgênicas.

Todavia, o modelo europeu apresenta importantes aportes ao Direito brasileiro, notadamente com a consagração da nova abordagem econômica disposta no Regulamento

³⁶⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento n. 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, considerando 4.

(UE) n. 316/2014, que substituiu o regulamento (CE) 772/2004³⁶⁶, mantendo a sua estrutura e seus objetivos³⁶⁷. Logo, o regulamento de 2014 foi acompanhado das Orientações da Comissão sobre os acordos de transferência de tecnologia³⁶⁸. As referidas orientações expõem a maneira, segundo a qual a Comissão entende o campo de aplicação do regulamento (4.2.2.1), bem como o regime de isenção (4.2.2.2). Essas duas normas também podem ser interpretadas como exposições das concepções da Comissão sobre as relações entre inovação tecnológica e concorrência.

4.2.2.1 Campo de aplicação

O acordo de transferência de tecnologia deve ser concluído entre duas empresas e portar sobre a licença de direitos sob tecnologia, com o objetivo de produzir os produtos contratuais pelo licenciado ou por seus subcontratados (art. 1º, c). O acordo pode ainda ser firmado por duas empresas, por uma cessão de direitos sob tecnologia, tendo por fim a produção de produtos contratuais, no qual o licenciante arca com uma parte dos riscos. O art. 1º, b, define que o direito sob tecnologia é:

[...] o saber-fazer e os direitos enumerados a seguir ou uma combinação dos mesmos, incluindo os pedidos ou pedidos de registo desses direitos: i) patentes, ii) modelos de utilidade, iii) direitos sobre desenhos e modelos, iv) topografias de produtos semicondutores, v) certificados de proteção suplementar para medicamentos ou outros produtos relativamente aos quais tais certificados de proteção suplementar podem ser obtidos, vi) certificados de obtentor vegetal, e vii) direitos de autor relativos a programas informáticos.

A Comissão estima que os acordos de concessão de licenças de direitos sob tecnologias contribuem para a eficiência econômica e favorecem a concorrência. Isso decorre do fato de esses contratos reduzirem investimentos duplicados na pesquisa e no desenvolvimento, bem como incitarem igualmente as empresas a fazerem pesquisas de novos

³⁶⁶ O Regulamento (CE) n. 772/2004 da Comissão substituiu o Regulamento (CE) n. 240/96 da Comissão e se insere no processo de modernização da política europeia de concorrência, pois ele consagra a nova aproximação econômica. Ver PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 744.

³⁶⁷ O novo regulamento não satisfaz a todos os juristas, sobretudo no que diz respeito ao critério dos limites de parte de mercado nos casos de mercado de tecnologia. Há críticas também sobre os seus critérios na qualificação dos concorrentes potenciais. Ver DIENY, Emmanuel. *Licences de technologies: premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées ?* *Revue Lamy de la concurrence*, n. 40, 2014.

³⁶⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia*, 28 mar. 2014.

produtos. Além de encorajar a inovação incremental, eles facilitam a difusão de tecnologias e suscitam a concorrência no mercado de produtos³⁶⁹.

Entretanto, os contratos de licença podem ser instrumentalizados a benefício das empresas inovadoras na estratégia de práticas anticoncorrenciais confiscatórias em detrimento do bem-estar coletivo³⁷⁰. É com o objetivo de favorecer a inovação tecnológica, contudo sem deixar de se preocupar com as consequências prejudiciais à concorrência desses acordos de transferência de tecnologia, que a Comissão estabelece esse regulamento de isenção.

4.2.2.2 Regime de isenção

A isenção prevista no art. 2º, do regulamento (UE) n. 316/2014, é aplicado sob duas condições: os limites de parte de mercado (art. 3º) e a inexistência de certas restrições (graves e excluídas), que são consideradas como riscos anticoncorrenciais. Nos casos nos quais os acordos são estabelecidos por empresas concorrentes, a parte de mercado acumulada detida pelos lados não pode exceder 20% do mercado relevante. Já no que diz respeito aos acordos firmados por empresas concorrentes, a isenção se aplica na condição de que a parte de mercado das empresas não exceda 30% do mercado relevante (art. 3º).

Restrições graves

O art. 4º, do parágrafo 1º, do regulamento, expõe as restrições graves nos acordos entre empresas concorrentes. Esses acordos de transferência de tecnologia não serão beneficiados de isenção, quando forem constatadas algumas condições como a determinação direta ou indireta de preços de venda a terceiros. Mas também quando houver a limitação da produção, ressalvados os casos nos quais os acordos não recíprocos ou os acordos em que as cláusulas impõem a apenas um licenciado em um acordo recíproco. Por fim, quando houver

³⁶⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento n. 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia

³⁷⁰ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 743.

repartição dos mercados ou de clientes³⁷¹ ou com a definição de limites impostos ao licenciado de explorar seus próprios direitos sob a tecnologia, ressalvado no caso de a restrição ser indispensável para impedir a divulgação do saber-fazer concedido.

O art. 4º, do parágrafo 2º do regulamento, estabelece uma análise mais flexível do que a anterior e determina algumas restrições que, quando constatadas, impedem a aplicação da isenção por categoria aos acordos de transferência de tecnologia entre não concorrentes. Entre elas, está a determinação do preço de venda a terceiros ou as restrições de vendas passíveis sob um território, bem como as restrições de vendas ativas ou passivas ao licenciante em uma rede de distribuição seletiva.

Restrições excluídas

O art. 5º do regulamento dispõe que as exceções não se aplicam a dois tipos de obrigações. O primeiro tipo é aquele que impõe ao licenciante a concessão de uma licença exclusiva ao licenciado ou a um terceiro designado ou de ceder a integralidade ou parte de direitos sob os melhoramentos ou novas aplicações.

O segundo tipo é aquele que impõe a uma parte a obrigação de não discutir a validade dos direitos de propriedade intelectual que a outra parte detém na União Europeia, sem prejuízo da possibilidade, no caso de uma licença exclusiva, de rescindir o acordo de transferência de tecnologia se o licenciante questiona a validade de um dos direitos sob tecnologia concedida.

4.2.3 Contribuições das Orientações da Comissão de 2014

As Orientações da Comissão sobre os acordos de transferência de tecnologia (Comunicação da Comissão 2014/C 89/03) constituem interpretações da Comissão sob o regulamento de isenção (UE) n. 316/2014. Esta inova, em comparação às antigas orientações,

³⁷¹ “c) A repartição de mercados ou de clientes, exceto: i) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com os direitos de tecnologia licenciados no território exclusivo reservado à outra parte e/ou de não vender, ativa e/ou passivamente, no território exclusivo ou ao grupo de clientes exclusivo reservado à outra parte; ii) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas ativas pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo de clientes exclusivo atribuído pelo licenciante a outro licenciado, desde que este último não fosse uma empresa concorrente do licenciante no momento da conclusão da sua própria licença; iii) a obrigação de o licenciado fabricar os produtos contratuais para sua utilização exclusiva, desde que o licenciado não tenha restrições de venda dos produtos contratuais, ativa e passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos; iv) a obrigação imposta ao licenciado, num acordo não recíproco, de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente”.

particularmente sobre dois aspectos: os acordos de reagrupamento de tecnologia (*pool de patentes*)³⁷² (4.2.3.1) e os acordos de solução de litígios (4.2.3.2).

4.2.3.1 Acordos de reagrupamento de tecnologias (pools de patentes)

Os acordos de reagrupamento de tecnologias (*pools de patentes*) são uma importante técnica para a difusão de tecnologias na sociedade de informação, especialmente por causa da fragmentação e da sobreposição da proteção das patentes³⁷³. Eles são acordos de transferência de tecnologia entre um número limitado de partes, entre as quais a organização de concessão de licenças relativas às tecnologias reagrupadas é confiada a uma entidade distinta, que é autorizada a fornecer licença única.

Importa salientar que o regulamento (CE) n. 771/2004 não fazia qualquer referência aos acordos de reagrupamento de patente, excluindo-os do seu campo de aplicação. É verdade que a Comissão manteve a sua exclusão do benefício de isenção por categoria, mas as orientações reformulam a zona de segurança dos acordos de reagrupamento de tecnologia, estabelecendo um quadro de análise mais complexo do que o disposto nas antigas orientações³⁷⁴.

De acordo com as orientações de 2014, os acordos de reagrupamento de tecnologia podem ser favoráveis à concorrência, pois eles reduzem os custos das operações e limitam os *royalties* cumulativos. Esses acordos permitem, em uma só operação, agrupar licenças de tecnologias do mesmo agrupamento. Portanto, as supracitadas técnicas contratuais podem ser consideradas pró-concorrenciais (§ 245).

Entretanto, os pools de patentes podem restringir a concorrência ao reduzir a inovação com a exclusão de outras tecnologias do mercado. Há ainda a possibilidade de fixação de preços ou a possibilidade de dificultar a entrada, no mercado, de tecnologias novas e melhoradas. A Comissão estabeleceu alguns elementos de análise na apreciação dos riscos à

³⁷² A Comissão define os acordos de transferência de tecnologia como: “Os agrupamentos de tecnologias são acordos através dos quais duas ou mais partes criam um pacote de tecnologias que é licenciado não só aos participantes no agrupamento, como também a terceiros. Em nível da sua estrutura, os agrupamentos de tecnologias podem assumir a forma de simples acordos entre um número limitado de partes ou de acordos organizativos complexos, em que a organização do licenciamento das tecnologias agrupadas é confiada a uma identidade distinta. Em ambos os casos, o agrupamento pode autorizar os licenciados a operarem no mercado com base numa licença única.” (§ 244)

³⁷³ GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l’information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 501.

³⁷⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento n. 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, p. 782 e s.

concorrência e os ganhos de eficiência possíveis: a transparência do processo de criação de um agrupamento; a seleção e a natureza das tecnologias reagrupadas; a seleção e função de experts independentes; e as medidas de proteção contra as trocas de informações sensíveis (§ 246).

Quatro conceitos são importantes para identificar com clareza o quadro de análise: as “tecnologias complementares” que se opõem às “tecnologias substitutivas”; e as “tecnologias essenciais” que se opõem às “tecnologias não essenciais”. De acordo com as orientações de 2014, essas duas tecnologias são complementares, quando são necessárias para fabricar o produto ou realizar o processo ao qual as tecnologias se aplicam. Logo, pode-se afirmar que as tecnologias são substitutas, quando cada uma permite aos licenciados fabricar o produto ou realizar o processo, ao qual as tecnologias se aplicam (§ 251). Também, pode-se asseverar que a tecnologia é essencial para fabricar um produto ou para realizar um processo, aos quais as tecnologias se aplicam, em conformidade ou não a uma norma. Nos casos nos quais não há norma, a tecnologia será essencial se não houver substituto viável e se a tecnologia é necessária para a produção ou para os processos aos quais o reagrupamento se aplique. Nos casos nos quais existe uma norma, a tecnologia essencial constitui uma parte necessária das tecnologias reagrupadas para respeitar a norma em questão (§ 252).

A Comissão define uma zona de segurança aos acordos de reagrupamento de tecnologia, ou seja, ela estabelece condições para que eles não caiam no campo de proibição dos acordos. Para tanto, os acordos devem respeitar sete princípios:

261. A criação e o funcionamento do agrupamento, incluindo o licenciamento, não são, regra geral, abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, independentemente da posição de mercado das partes se estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

- a) Abertura da participação no processo de criação do agrupamento a todos os titulares de direitos de tecnologia interessados;
- b) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que apenas tecnologias essenciais (por conseguinte, também necessariamente complementares) sejam agrupadas;
- c) Adoção de salvaguardas suficientes para garantir que o intercâmbio de informações sensíveis (tais como dados relativos à fixação de preços e à produção) é limitado ao necessário para a criação e funcionamento do agrupamento;
- d) Licenciamento de tecnologias agrupadas numa base não exclusiva;
- e) Licenciamento das tecnologias agrupadas a todos os licenciados potenciais em condições leais, razoáveis e não discriminatórias (condições FRAND);
- f) Faculdade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados contestarem a validade e o caráter essencial das tecnologias agrupadas, e

g) Possibilidade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados desenvolverem produtos e tecnologias concorrentes (§ 261).

Quando um acordo inclui patentes complementares significativas, mas não essenciais, ele entra no campo de proibição dos acordos. Para que esse tipo de acordo não traga riscos de exclusão de novas tecnologias, a Comissão estabelece quatro grupos de situações analisáveis. O primeiro é o respeito à motivação pró-concorrencial para a inclusão de tecnologias não essenciais no acordo. O segundo é o respeito à faculdade de licenciantes para conceder suas tecnologias de maneira independente. O terceiro é a concessão global, quando as tecnologias reagrupadas permitem aplicações diferentes, exceto quando as tecnologias não essenciais não são vinculadas às tecnologias essenciais, o que permite licenças separadas para aplicações distintas. O quarto é a possibilidade de licença global para aplicações distintas, exceto quando o licenciado pode pagar *royalties* correspondente à parte licenciada (§ 264).

Nesse sentido, a Comissão dispôs que os acordos de reagrupamento de tecnologias que restringem a concorrência podem gerar ganhos de eficiência favoráveis à concorrência, o que deve ser examinado sob a luz do parágrafo 3º, do art. 101, do TFUE. Três hipóteses são examinadas: o respeito aos outros critérios do art. 101, parágrafo 1º dos acordos de reagrupamento de tecnologias que incluem as patentes não essenciais; as motivações pró-concorrenciais de incluir patentes não essenciais no acordo; e a possibilidade de obter uma licença de uma parte das tecnologias com um *royalty* reduzido (§ 265).

Portanto, entende-se que as licenças de tecnologias a licenciados que não pertençam ao reagrupamento podem ser inseridas no campo de aplicação do art. 101, parágrafo 1º. De maneira geral, o regulamento de isenção por categoria não se aplica aos acordos de licença conclusos entre as partes em um acordo de reagrupamento de tecnologia e de terceiros licenciados. Tais formas de licença devem fazer objeto de apreciação individual, apreciando os princípios que seguem: 1º) quanto mais forte a posição das partes no acordo de reagrupamento, maior será o risco dos efeitos anticoncorrenciais; 2º) quanto maior a parte de mercado dos envolvidos nos acordos de reagrupamento, maior será a possibilidade da decisão de não licenciar as tecnologias a todos os licenciantes potenciais ou de licenciar a condições discriminatórias de infringir o art. 101; 3º) os acordos de reagrupamento não deveriam excluir indevidamente as tecnologias pertencentes a terceiros ou limitar a criação de outros reagrupamentos; e 4º) os acordos de transferência de tecnologia não deveriam conter qualquer restrição grave enumerada no art. 4º do regulamento de isenção por categoria.

4.2.3.2 Acordos de resolução de conflito

De acordo com as Orientações da Comissão, os acordos de resolução de conflito, envolvendo litígios tecnológicos, são considerados *a priori* como um meio legítimo em caso de litígio de boa-fé. A limitação da entrada e/ou da expansão sob o mercado de outra parte pode levar à incidência do art. 101, do parágrafo 1º, nos casos dos acordos de pagamento para adiamento (*pay for delay*) (§ 235). Então, esses acordos deveriam ser examinados sob a perspectiva do art. 4º, do parágrafo 1º, nos pontos “c” e “d” do regulamento de isenção por categoria, uma vez que os referidos acordos podem constituir restrições graves (§ 239).

A Comissão estabeleceu dois princípios sobre a possibilidade de licenças cruzadas. O primeiro é o de analisar a imposição de restrições sob a utilização de suas tecnologias, visto que essas restrições podem causar a incidência do art. 101, do parágrafo 1º, do TFUE. Essa precaução será maior nos casos em que as empresas possuem poder de mercado e quando houver imposições desproporcionais para resolver o litígio. O segundo princípio é o de avaliar os desdobramentos sob a capacidade de inovação das partes, quando os acordos de resolução de conflito envolverem restrições ao desenvolvimento de novas tecnologias. Isso decorreria da eliminação ou redução substancial da possibilidade de uma das partes obter vantagem competitiva das outras partes (§ 240 e 241).

A última contribuição das novas orientações de 2014 refere-se às cláusulas de não contestação nos acordos de resolução de conflitos, visto que a Comissão entende que estas são geralmente consideradas não abrangidas pelo art. 101, do parágrafo 1º, do TFUE. De acordo com a Comissão:

A análise de tais cláusulas pode também ser necessária se o licenciante, para além de licenciar os direitos da tecnologia, induzir, financeiramente ou de outro modo, o licenciado a acordar em não contestar a validade dos direitos da tecnologia ou se os direitos da tecnologia forem um *input* necessário para a produção do licenciado (§ 243).

Este artigo deverá ser aplicado apenas nos casos em que a contestação do direito de propriedade intelectual tenha alcançado êxito na sequência do fornecimento de informações incorretas ou enganosas.

4.3 Acordos de normalização

Os acordos de normalização não são abordados por um regulamento de isenção por categoria, diferente dos acordos anteriormente analisados. Entende-se que essa diferença decorre da dificuldade de estabelecer parâmetros claros e objetivos na definição dos mercados relevantes em situações, envolvendo essa técnica jurídica.

A adoção de uma norma permite a interoperabilidade, normalmente reforça a concorrência baseada no mérito entre as tecnologias de diferentes empresas e contribui para evitar o bloqueio por um fornecedor específico. Entretanto, os acordos de normalização podem ser instrumentalizados para finalidades anticoncorrenciais.

A Comissão utilizou o padrão das condições justas, razoáveis e não discriminatórias (condições *FRAND*) para guiar a solução dos conflitos que os acordos de normalização podem gerar (4.3.1). Em outros termos, a zona de segurança foi estabelecida a partir da observação dessas condições, não sendo elaborados critérios a partir das partes de mercado (4.3.2).

4.3.1 *Desafios de ordem concorrencial*

Os acordos de normalização são arranjos que promovem a interoperabilidade, a inovação sistêmica e incremental. No entanto, as limitações na formulação de novos produtos ou normas, a restrição do acesso à norma ou mesmo o fechamento da participação no processo de sua fixação são exemplos de sua instrumentalização para fins anticoncorrenciais.

De fato, o poder de mercado decorrente da titularidade das patentes essenciais também coloca em evidência a necessária delimitação das liberdades das empresas para que elas não atentem à concorrência, sobretudo no que diz respeito à divisão do mercado, às práticas discriminatórias e às estratégias para excluir concorrentes. As Orientações da Comissão sobre a aplicação do art. 101 nos acordos de cooperação horizontal definem precisamente os acordos de normalização (4.3.1.1) e expõem suas preocupações com a possibilidade de *patent hold-up* ou de *reverse patent hold-up* (4.3.1.2).

4.3.1.1 Definição dos acordos de normalização

As Orientações da Comissão sobre a aplicação do art. 101, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de 2011, aos acordos de cooperação horizontal³⁷⁵ dispõem que:

Os acordos de normalização têm por objectivo principal a definição de requisitos técnicos ou de qualidade que os produtos, processos ou métodos de produção actuais ou futuros podem satisfazer. Estes acordos podem ter diferentes objectivos, como a normalização de diferentes qualidades ou dimensões de um determinado produto ou especificações técnicas em mercados do produto ou de serviços em que a compatibilidade e a interoperabilidade com outros produtos ou sistemas são essenciais. As condições de acesso a uma marca de qualidade específica ou as condições de autorização por parte de um organismo regulador podem igualmente ser consideradas normas. Os acordos que fixam normas sobre os resultados ecológicos de certos produtos ou processos de produção enquadram-se igualmente no âmbito do presente capítulo (§ 257)³⁷⁶.

O processo de normalização é uma solução única para um problema de ordem técnica. A saga do eletrônico voltado aos consumidores permite distinguir três tipos diferentes de processo de normalização: o unilateral (videocassete), o *ad hoc* via consórcio de empresas (CD-Rom e o DVD) e a normalização no quadro de uma organização institucionalizada. Somente os dois últimos tipos são considerados como normalização por acordo.

Desta forma, o processo de normalização por acordo não só contribui para as três eficiências típicas que aparecem nos mercados submetidos à concorrência, como também diminui a variedade inútil (eficiência alocativa ou de preço). Ainda reduz numerosos custos (eficiência de custos), como as normas de interoperabilidade que permitem a realização de economia de escala de produção, ou então o fato de elas aumentarem o tamanho do mercado de cada produto, permitindo eventualmente repartir os custos fixos sob uma escala de produção mais vasta. Assim, essa normalização por acordo estimula também a concepção de inovações sistêmicas e inovações cumulativas pelos agentes que adotam a norma e

³⁷⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, aos acordos de cooperação horizontal, de 14 janeiro de 2011.

³⁷⁶ O Direito francês, no mesmo sentido que o europeu, define a normalização como “uma atividade de interesse geral que tem por objeto fornecer os documentos de referência elaborados de maneira consensual por todas as partes interessadas, portando sobre as regras, as características, as recomendações ou os exemplos de boas práticas, relativas aos produtos, aos serviços, aos métodos, aos processos ou às organizações”. Tradução livre do original: “une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, art. 1°.

acrescentam melhoramentos, funcionalidades, equipamentos, entre outros (eficácia dinâmica ou de produtos)³⁷⁷.

4.3.1.2 Riscos de patent hold-up ou reverse patent hold-up

A fixação de uma norma pode restringir a concorrência em alguns casos específicos. De acordo com as Orientações da Comissão sobre a aplicação do art. 101 em acordos horizontais:

[...] a fixação de normas pode, em determinadas circunstâncias, também dar origem a efeitos restritivos da concorrência, através de uma restrição potencial da concorrência a nível dos preços ou da limitação ou controlo da produção, dos mercados, da inovação ou do desenvolvimento tecnológico. Esta situação pode ocorrer através de três canais principais, ou seja, a redução da concorrência em matéria de preços, o encerramento de tecnologias inovadoras e a exclusão ou discriminação de certas empresas impedindo o acesso efectivo à norma (§ 264).

Cumprir destacar que patente essencial é um direito de propriedade intelectual sem o qual não é possível utilizar de equipamentos ou de métodos que são compreendidos em uma norma, sem infringir o referido direito³⁷⁸. Essa noção é fundamental para entender que as empresas participantes de um processo de normalização podem utilizar seus direitos de propriedade intelectual para prejudicar a concorrência, notadamente por intermédio da instrumentalização das patentes essenciais³⁷⁹.

Um dos principais desafios concorrenciais está ligado à possibilidade de *hold-up*, no caso em que os valores exigidos pelo detentor de patente essencial são excessivamente elevados ou de *reverse hold-up*, quando os preços são excessivamente baixos. De acordo com as orientações:

[...] devido ao facto de deter DPI essenciais para a aplicação de uma norma, uma empresa poderá, no contexto específico da fixação de normas, adquirir também o controlo da utilização da norma. Se a norma constituir uma barreira à entrada, a empresa poderá controlar o mercado do produto ou do

³⁷⁷ PETIT, Nicolas. Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence, *Propriété intellectuelle et concurrence*: pour une (ré)conciliation. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, Paris: LexisNexis, 2012, p. 37-39.

³⁷⁸ Essa definição é estabelecida pela European Telecommunication Standards Institute (ETSI). ETSI. *Rules of Procedure*, 18 nov. 2015, § 15.6

³⁷⁹ Ver DREXL, Joseph. Comment identifier des pools de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels, *Propriété intellectuelle et concurrence*: pour une (ré)conciliation. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 58 e s.

serviço a que a norma se refere. Por seu turno, esta situação poderá permitir que as empresas assumam comportamentos anticoncorrenciais, por exemplo, ao «bloquear» os utilizadores após a adopção da norma, quer recusando-se a licenciar os DPI necessários, quer obtendo rendas demasiado elevadas através de taxas de royalties excessivas, impedindo assim o acesso efectivo à norma. Contudo, mesmo que a fixação de uma norma possa criar ou reforçar o poder de mercado dos titulares de DPI essenciais para a norma, não existe uma presunção de que a detenção ou o exercício de DPI essenciais para a norma é equivalente à detenção ou exercício de poder de mercado. A questão do poder de mercado apenas pode ser apreciada numa base casuística (§ 269).

A prática de *hold-up* foi investigada pelas autoridades europeias. Entre os principais casos, está o *Qualcomm*, no qual os fabricantes dos equipamentos para o 3G foram investigados por estarem supostamente cobrando *royalties* excessivos pela tecnologia WCDMA. Todavia, após dois anos de investigações, a Comissão encerrou o inquérito por ausência de provas suficientes³⁸⁰.

No caso *IPCom*, também houve discussão sobre as licenças de propriedade intelectual em acordos de normalização. Na ocasião, uma empresa que adquiriu um portfólio de patentes tentou não se vincular às obrigações FRAND. Todavia, antes de uma condenação da Comissão, houve negociação na qual a empresa se dispôs a retomar as referidas obrigações³⁸¹.

Outro caso importante sobre o assunto é o abuso de posição dominante por preços excessivos. A Comissão Europeia imputou à empresa Rambus a formulação de preços excessivos, na definição dos *royalties* cobrados de patentes de semicondutores para memória RAM dinâmicas (DRAM). Nesse caso, também não houve condenação. No entanto, a empresa obrigou-se a respeitar três compromissos: não cobrar *royalties* em relação ao SDRAM e DDR; fixar uma taxa máxima de royalties de 1,5% para as últimas gerações de normas adotadas pelo JEDEC, sendo essa taxa inferior aos 3,5% que a Rambus aplicava aos DDR nos contratos existentes; e propor uma taxa máxima a todos os participantes, garantindo que não haja montante superior no mercado³⁸².

Diante desse histórico de investigações, mesmo sem haver condenações, percebeu-se que os acordos de normalização poderiam ser usados em desfavor dos consumidores. A Comissão estabeleceu a obrigatoriedade de acordar licenças a condições *FRAND* com

³⁸⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission closes formal proceedings against Qualcomm. MEMO/09/389. *Press release*, 24 nov. 2009.

³⁸¹ COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission welcomes IPCom's public FRAND déclaration. *Press release*, 10 dez. 2009.

³⁸² COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. COMP/38.636. Resumo da Decisão da Comissão de, 9 de dezembro de 2009, relativa a um processo nos termos do artigo 102, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia e do artigo 54 do acordo EEE. *Rambus*.

objetivo de excluir a possibilidade de *patent hold-up*³⁸³, assim como determinou uma zona de segurança em que se gozará de presunção de legalidade, caso esses acordos estejam inseridos nela.

4.3.2 Zona de segurança

As Orientações da Comissão dispõem que os acordos de normalização podem manifestar efeitos anticoncorrenciais em práticas unilaterais (§ 25 e s). Eles podem igualmente suscitar a aplicação do art. 101, por meio da formação de cartel de preços ou pela tentativa de impedir a entrada de uma tecnologia com maior performance, no intuito de prolongar uma situação de vantajosa (§ 263 e s).

A zona de segurança, nesse caso, não se caracteriza por um convite à autoavaliação, mas sim pela advertência de lealdade em respeito aos contratantes e ao interesse geral³⁸⁴. As Orientações da Comissão apresentam diversas restrições possíveis à concorrência, sistematizando-as em torno do objeto ou dos efeitos do acordo. Essas Orientações definem quais empresas podem estar envolvidas (4.3.2.1) e elaboram a zona de segurança em torno de critérios diferentes da técnica clássica fundada em partes de mercado (4.3.2.2).

4.3.2.1 Empresas envolvidas

As Orientações da Comissão sobre a aplicação do art. 101 nos acordos horizontais indicam que os acordos de normalização podem ter repercussões em quatro mercados distintos, a saber:

Em primeiro lugar, a fixação de normas pode ter efeitos no mercado ou mercados do produto ou dos serviços a que a norma ou normas dizem respeito. Em segundo lugar, quando a fixação de normas implica a selecção de tecnologia e quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, a norma pode ter efeitos no mercado da tecnologia relevante. Em terceiro lugar, o

³⁸³ Alguns autores questionam a eficácia das licenças FRAND para evitar os casos de “patente hold up”. Entre as críticas, é possível identificar o fato dos órgãos responsáveis pela normalização não verificarem a validade da patente, nem o seu caráter essencial. Dessa maneira, por uma simples declaração, o titular poderia impor ao alegado contrafator o ônus da prova de ausência de contrafação. TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, oct-dec 2015, p. 866. Ver também CARON, Christophe. L’efficacité des licences FRAND: entre droit de brevets, droit civil et normalisation, *La semaine juridique*, n. 21, 20 maio 2013.

³⁸⁴ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 736.

mercado da fixação de normas pode ser afectado se existirem organismos ou acordos de normalização diferentes. Em quarto lugar, quando existe, o mercado distinto dos ensaios e da certificação pode ser afectado pela fixação de normas (§ 261).

Três grupos de empresas são identificados nas Orientações da Comissão. Em primeiro lugar, estão as que operam exclusivamente à montante e que têm licenças concedidas sob as tecnologias desenvolvidas como fonte de rendimento. Em segundo lugar, estão as empresas que operam exclusivamente à jusante e que utilizam as tecnologias desenvolvidas por outras empresas. Para estas, os valores pagos a título de licenças são um custo que deve ser minimizado. Em terceiro lugar, estão as empresas integradas verticalmente, que têm interesses muito contrastados, uma vez que não só desenvolvem as tecnologias, mas também vendem os produtos ou serviços realizados a partir dessas tecnologias³⁸⁵.

4.3.2.2 Compromisso FRAND

A Comissão estabeleceu que a restrição à concorrência dos acordos de normalização está vinculada à inexistência de restrições, transparência na adoção da norma, ausência de imposição de obrigações de respeito e promoção de acesso em condições justas, razoáveis e não discriminatórias (§ 280).

A participação sem restrições dos concorrentes no mercado ou mercados afetados pela norma deve ser garantida pelos organismos de fixação de normas. Estes estabelecerão procedimentos objetivos e não discriminatórios para atribuição de direitos de voto e, se necessário, critérios para a seleção de tecnologia para inclusão na norma (§ 281).

O acesso efetivo a norma dependerá das condições de licenciamento dos direitos de propriedade intelectual envolvidos. De acordo com a Comissão:

A fim de garantir um acesso efectivo à norma, a política em matéria de DPI deve exigir que os membros participantes que desejem que os seus DPI sejam incluídos na norma se comprometam de forma irrevogável e por escrito a licenciar os seus DPI essenciais a qualquer terceiro em condições justas, razoáveis e não discriminatórias («compromisso FRAND»). Este compromisso deve ser assumido antes da adopção da norma. Simultaneamente, a política em matéria de DPI deve permitir que os titulares de DPI excluam determinadas tecnologias do processo de fixação da norma e, consequentemente, do compromisso no sentido concederem licenças, desde que tal exclusão seja efectuada numa fase inicial do desenvolvimento

³⁸⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, aos acordos de cooperação horizontal. 14 jan. 2011, § 267.

da norma. A fim de garantir a eficácia do compromisso FRAND, deve igualmente ser exigido a todos os titulares de DPI que assumem este compromisso, que adotem todas as medidas necessárias para assegurar que qualquer empresa para a qual o titular de DPI transfira a propriedade desses direitos (incluindo o direito de os licenciar) fica vinculada pelo compromisso, por exemplo, através de uma cláusula contratual entre o vendedor e o comprador (§ 285).

Além das condições FRAND, os participantes da norma deverão divulgar de boa-fé os direitos de propriedade intelectual susceptíveis de serem essenciais para aplicação da norma em questão. A obrigação de divulgação se justifica pela possibilidade de o setor poder escolher a tecnologia com maior conhecimento de causa (§ 286). A eventual disputa sobre os valores de acesso aos DPI deve ser resolvida a partir do seu valor econômico, que será estabelecido a partir da comparação entre as taxas de licenciamento cobradas, antes e depois da norma (§ 289). Frisa-se que a norma não pode impedir o desenvolvimento de normas ou produtos alternativos que não respeitem a norma do objeto de acordo (§ 293).

A Comissão utiliza uma via diferente dos outros acordos horizontais para presumir a ausência de poder de mercado. Em síntese, ela recomenda alguns princípios: a participação na elaboração da norma não pode ser objeto de qualquer restrição e o procedimento de adoção da mesma deve ser transparente; os acordos de normalização não devem fixar qualquer obrigação quanto ao respeito da norma; e os acordos devem permitir o acesso à norma a condições justas, razoáveis e não discriminatórias. Portanto, ela não estabelece a análise a partir de limites de participação de mercado.

A partir da exposição da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no domínio dos acordos, percebe-se que se trata de um domínio com muitas contribuições originais, notadamente no que concerne à promoção da inovação. Ancorado em uma perspectiva do Direito Econômico, sob um ponto de vista material, o Direito da Concorrência da União Europeia recoloca em questão conceitos tradicionais do Direito Civil e lança uma nova forma de ver a instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual para a repartição dos mercados ou confiscação da inovação.

De um ponto de vista institucional, o diálogo entre a Comissão e o Tribunal de Justiça, bem como a interação entre as comunicações e os regulamentos de isenção, contribuem para encontrar soluções para o impasse entre a segurança jurídica e a necessidade de haver um Direito da Concorrência apto a resolver, de uma maneira eficiente, os problemas econômicos de ordem concorrencial contemporâneos.

O tratamento dado pelo Direito da União Europeia aos acordos de cooperação para a promoção da inovação evidencia sua importância para o desenvolvimento técnico da economia. O enquadramento conferido pelo Direito da Concorrência, por sua vez, estabelece critérios para avaliação de licitude das ditas técnicas, com objetivo de impedir a instrumentalização para finalidades anticoncorrenciais.

A fixação de zonas de seguranças desloca a aplicação repressiva desse ramo do Direito em direção a uma abordagem preventiva, na qual as autoridades responsáveis indicam quais comportamentos não serão permitidos. Além disso, os critérios de aplicação baseados nas parcelas de mercado permitem às pequenas e médias empresas segurança jurídica para explorar esse tipo de arranjo contratual.

No Brasil, por sua vez, os principais casos julgados pelo CADE sobre o assunto em questão tratam de cláusulas de exclusividade ou de não concorrência, contudo é importante salientar que se trata de um *corpus* decisório muito limitado e, por vezes as decisões não são suficientemente coerentes entre si. Ademais, a ausência de uma análise mais precisa sobre os mercados de tecnologia demonstra uma fraqueza do guia brasileiro sobre acordos horizontais, sobretudo porque grande parte das técnicas contratuais, portando sobre inovação, são realizadas com empresas multinacionais superdominantes.

Desse modo, constata-se que esse contexto reforça a emergência de uma mudança de perspectiva do CADE, com o objetivo de integrar, de maneira mais consistente, a proteção à inovação na sua análise. Também, infere-se que o modelo europeu contribui para essa renovação da aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência, sobretudo no que diz respeito às suas normas que visam a promover a interoperabilidade e a difusão tecnológica.

CAPÍTULO 5. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DAS PRÁTICAS UNILATERAIS

A importância do domínio dos abusos de posição dominante, chamados atualmente de práticas unilaterais, é uma das principais características do Direito da Concorrência da União Europeia, principalmente se comparado à tradição estadunidense. Entretanto, esse eixo da política europeia de concorrência foi sempre muito criticado por causa da sua denotação formalista, considerada muitas vezes como uma simples aplicação do método de ilicitude *per se*.

A modernização do Direito da Concorrência da União Europeia colocou em prática a abordagem fundada nos efeitos, ancorada nos aportes contemporâneos da Economia Industrial. Logo, o movimento de modernização manteve as características formais da tradição europeia, mas permitiu a avaliação das eficiências das empresas para afastar a lógica da ilicitude *per se* e aplicar a regra da razão estruturada.

Ainda se aprofundou o realismo da análise econômica, o que pode enfraquecer a previsibilidade da intervenção das autoridades de concorrência europeias. A referida constatação é ainda mais importante nos casos que tratam dos institutos clássicos de proteção da inovação, como os direitos de propriedade intelectual. Todavia, a sólida jurisprudência europeia permite perceber que muitas empresas de alta tecnologia se utilizam de seu poder de mercado, com a instrumentalização de seus próprios direitos de propriedade intelectual ou de outras estratégias comerciais, para afastar de maneira abusiva outros competidores e outras tecnologias inovadoras.

De fato, pode-se asseverar que a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia, particularmente nos novos monopólios da sociedade da informação, é uma importante referência para a reformulação da prática brasileira, uma vez que a originalidade da tradição europeia reforça um modelo que se opõe à abstenção das autoridades da concorrência para a proteção e promoção da inovação. Com efeito, a experiência europeia permite lançar um novo olhar sob as limitações dos fundamentos ortodoxos difundidos pela Escola de Chicago, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade especial das empresas em posição dominante.

Portanto, os aportes do modelo europeu são apreendidos a partir da atualização dos quadros de análise das práticas clássicas, dispostas nas Orientações da Comissão. No que diz respeito à proteção da inovação no domínio das práticas unilaterais, destacam-se a recusa de contratar (5.1), a extensão da posição dominante a um mercado conexo (5.2) e os descontos de fidelização (5.3).

5.1 Recusa de contratação enquanto entrave à interoperabilidade

O caso Microsoft está no centro dessa nova abordagem modernizada do domínio das práticas unilaterais, na medida em que representa a aplicação de uma análise fundada sob os efeitos no domínio do abuso de posição dominante, que é elemento central da reforma de 2009. Além disso, essa decisão pode ser interpretada como uma síntese da oposição entre a tradição estadunidense e a europeia, no que diz respeito à importância desse eixo do Direito da Concorrência nos mercados de alta tecnologia³⁸⁶.

A Comissão, após uma saga que remonta os anos 1990, puniu a empresa por recusa de contratar e por venda casada, no entanto esta última prática será analisada na seção seguinte. A recusa de contratar é uma estratégia comum na economia de mercado e não é ilícita em si, pois uma empresa tem um certo grau de liberdade para escolher seus parceiros comerciais. Entretanto, o caso em questão revela especial complexidade que decorre da relação entre os efeitos de rede, a existência de direitos de propriedade intelectual e o segredo do código-fonte. Essas três características aumentam as barreiras de entrada no mercado de programas de computador e redimensionam certos critérios, consagrados no Direito da Concorrência, para avaliar a concorrência intertecnológica e intratecnológica.

A metodologia geral de aplicação do art. 102, do TFUE, moldou-se às necessidades decorrentes das novas características da economia (5.1.1). Assim, foi possível compreender que a definição do grau de interoperabilidade de uma empresa em posição dominante, como a Microsoft, pode-se inserir em uma estratégia de encerramento do mercado capaz de prejudicar a concorrência pelos méritos e os consumidores (5.1.2).

5.1.1 Metodologia geral do art. 102, do TFUE

O percurso do processo de modernização do Direito da Concorrência da União Europeia nesse domínio é marcado por uma tentativa de acomodar novas estratégias de mercado das empresas a antigos e consolidados tipos de abuso de posição dominante. Esse esforço das autoridades europeias, especialmente da Comissão, propõe-se a atualizar os quadros de análise para deixá-los de acordo com os fenômenos contemporâneos da economia.

A punição das práticas unilaterais abusivas, pelo Direito da Concorrência da União Europeia, deve respeitar a metodologia geral de aplicação do art. 102, do TFUE e deve ser

³⁸⁶ Ver PRIETO, Catherine. Notion d'abus: Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft. *Concurrences*, n. 1, 2004, p. 57-59.

apresentada a partir dos novos contornos desse domínio, conferidos após a modernização de 2009 (5.1.1.1). Portanto, dois elementos são essenciais: a existência do poder de mercado e a sua utilização abusiva (5.1.1.2).

5.1.1.1 Contornos da modernização de 2009

A modernização no domínio dos acordos se consubstanciou com o regulamento n. 1/2003, no domínio dos abusos de posição dominante, por sua vez, ocorreu apenas em 2009. As orientações de 2009 da Comissão para aplicação do art. 82, do Tratado das Comunidades Europeias (atual art. 102, do TFUE), têm por objetivo tornar mais claro e previsível o quadro geral de análise, sem perder de vista a necessidade de uma intervenção mais eficaz. De acordo com as orientações:

A intervenção da Comissão no âmbito dos comportamentos de exclusão tem sobretudo em vista a salvaguarda da concorrência no mercado interno e a garantia de que as empresas que detêm uma posição dominante não excluam os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem. Neste contexto, a Comissão reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes. Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado³⁸⁷.

A normatização da ilicitude de comportamentos de empresas dominantes que pretendem excluir seus concorrentes é uma das mais importantes contribuições do Direito Europeu. A sua construção decorre principalmente da definição de uma responsabilidade da empresa em posição dominante com a própria dinâmica de mercado. Essa responsabilidade especial restringe a liberdade, na definição da estratégia comercial da referida empresa, inclusive na utilização de seus direitos de propriedade intelectual.

Constata-se também o interesse em afastar a aplicação de teorias de origens alheias à tradição europeia, notadamente de matriz norte-americana. Fato que ilustra essa informação é que as Orientações de 2009 só foram publicadas após o julgamento pelos tribunais europeus da *Microsoft*. Em outras palavras, a Comissão Europeia aguardou os recursos apresentados ao Tribunal Europeu consolidar a referida modernização.

³⁸⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. 24 fev. 2009, § 6.

Deste modo, a precaução da Comissão decorre da preocupação com a confirmação do Tribunal de sua decisão, que destoava completamente da norte-americana. Consagrou-se também a proteção do interesse do consumidor, por meio da definição do “encerramento do mercado com prejuízo para o consumidor”:

No presente documento a expressão «encerramento anticoncorrencial do mercado» é utilizada para designar as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores. A identificação de um prejuízo provável para o consumidor pode basear-se tanto em provas qualitativas como, sempre que possível e apropriado, em provas quantitativas. A Comissão irá também abordar este tipo de encerramento anticoncorrencial do mercado que cause (provável) prejuízo tanto a nível intermédio como dos consumidores finais, ou a ambos os níveis (§ 19).

O contexto descrito e a prevalência da proteção do interesse do consumidor ilustram o esforço de construir um conteúdo de origem europeia para as soluções jurídicas contemporâneas. A modernização de 2009 buscou atualizar a intervenção do Direito da Concorrência às novas necessidades da Economia, mantendo a sua própria tradição jurídica, política e cultural, formadoras da União Europeia.

5.1.1.2 Dominação do mercado e caracterização do abuso

Dois elementos são primordiais para a aplicação do art. 102 às condutas das empresas: a posição dominante e o seu exercício abusivo. Nesse sentido, a noção de posição dominante foi definida pela jurisprudência em torno do conceito de independência do comportamento de uma determinada empresa. As decisões *United Brands* (1978) e a *Hoffmann-La Roche* (1979) fundaram o entendimento segundo o qual a dominação do mercado é o poder de fazer obstáculo à manutenção de uma concorrência efetiva, garantindo à empresa comportamentos independentes, em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores. Portanto, a posição dominante faz com que a pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz, mantendo a estabilidade duradoura ao seu poder de mercado³⁸⁸.

³⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. 24 fev. 2009, § 10.

A Comissão Europeia reforça que uma empresa em posição dominante tem responsabilidade particular, cujo âmbito depende das circunstâncias concretas do caso (§ 9). As Orientações de 2009 também definem que:

A Comissão considera que uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo, não está sujeita a uma pressão concorrencial efectiva e suficiente e, como tal, pode ser considerada como estando em posição dominante. Na presente Comunicação, a expressão «aumentar os preços» inclui o poder de manter os preços acima do nível da concorrência e é utilizada para referir as diferentes formas de influenciar os parâmetros da concorrência — tais como, preços, produtividade, inovação, variedade ou qualidade dos bens e serviços — em benefício da empresa em posição dominante e em detrimento dos consumidores (§ 11).

Cumprе ressaltar que a avaliação da posição dominante levará em consideração a estrutura concorrencial. De outro modo, pode-se dizer que serão investigadas as pressões que resultam: dos concorrentes atuais e da sua posição no mercado; da possibilidade de expansão dos atuais competidores ou entrada de novos; do poder negocial dos compradores (§ 12).

A noção de caracterização de abuso, por sua vez, deve ser estabelecida a partir do texto do art. 102, do TFUE:

Art. 102 É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Os incisos do art. 102, do TFUE, são exemplificativos e, conforme se verá adiante, essa técnica possibilita a punição de novas estratégias abusivas, garantindo a atualização da intervenção concorrencial. Porém, a leitura do *caput* permite concluir que a posição dominante, em si, não é ilícita, o que não é permitido é que as empresas a explorem de maneira abusiva.

Importa frisar que existe um alinhamento metodológico entre a aplicação do art. 101 e 102, do TFUE. Essa constatação decorre do fato de que, em primeiro lugar, a autoridade da concorrência deve caracterizar o abuso, devendo provar a potencialidade do prejuízo da conduta. Em segundo lugar, caberá à empresa defender-se, alegando “necessidades objetivas” e provando que elementos externos forçaram o comportamento da empresa, ou demonstrar os “ganhos de eficiência” (efeitos pró-concorrenciais)³⁸⁹.

Em síntese, a aproximação fundada nos efeitos, fruto da modernização de 2009, ancora-se na avaliação dos prejuízos aos consumidores, dos obstáculos à competição normal e à manutenção do grau de concorrência existente ou ao seu desenvolvimento.

É possível concluir que a posição dominante é legítima se respeitar a concorrência pelos méritos, de maneira que os consumidores aproveitem seus benefícios. As Orientações estabelecem um rol de formas específicas de abuso, a partir da jurisprudência europeia consagrada, a saber: acordos exclusivos, vendas subordinadas e agrupadas, comportamento predatório, recusa de fornecimento e compressão de margens. Esses casos típicos são expostos por meio de quadros de análise, o que garante maior previsibilidade e segurança jurídica na intervenção concorrencial.

5.1.2 Caso Microsoft

A Comissão condenou a Microsoft por dois abusos de posição dominante: a recusa de fornecer informações para permitir a interoperabilidade e a venda casada de Windows com Windows Media Player (WMP)³⁹⁰. Todavia, a Microsoft não respeitou a decisão da Comissão, já que não forneceu a documentação útil à interoperabilidade dentro do prazo definido pela referida autoridade, assim como não viabilizou uma versão do Windows dissociada do WMP. Essa estratégia de inércia e de má-fé foi punida pela Comissão, e o Tribunal confirmou o conteúdo da primeira decisão.

No Direito da Concorrência da União Europeia, a possibilidade da interdição da venda casada decorre da existência de um grupo de condições que remonta a uma antiga jurisprudência do Tribunal de Justiça. Entre as decisões, estão algumas que colocam em causa a licitude do exercício do direito de exclusão de um direito de propriedade intelectual. É

³⁸⁹ Para uma análise mais precisa das possibilidades de defesa da empresa, ver PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 890 e s.

³⁹⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. COMP/C- 3/37.792. *Microsoft x Comissão*, 24 mar. 2004.

justamente a partir dessa filiação jurisprudencial que parte da decisão Microsoft se ancora para considerar ilícita a recusa de fornecimento de informações necessárias para permitir a interoperabilidade entre o Windows e os servidores de grupo de trabalho de terceiros.

Um dos principais desafios dessa decisão era de bem definir o comportamento anticoncorrencial de Microsoft, preservando a promoção da inovação. Para tanto, a Comissão deve descrever a estratégia de encerramento do mercado colocada em prática pela Microsoft, que visava a limitar o desenvolvimento técnico ao impor a ausência de interoperabilidade a outras empresas inovadoras (5.1.2.1). Logo, a decisão da Microsoft conferiu uma interpretação extensiva ao “obstáculo da aparição de novo produto”. Ou seja, reformulou-se uma das etapas do quadro de análise, dando uma nova importância às inovações incrementais, as quais podem, em certos casos, ser mais importantes que as inovações de produtos (5.1.2.2).

5.1.2.1 Limitação do desenvolvimento técnico

A Microsoft é uma empresa americana, considerada incontornável, do setor de novas tecnologias à época, visto que 90% dos computadores funcionavam com Windows. Seu principal produto era o referido sistema operacional, que dirige as operações básicas, sob o qual se integram os softwares de aplicação, permitindo uma variedade de serviços³⁹¹. Alguns concorrentes imputaram à Microsoft o fato de essa empresa bloquear a concorrência no domínio dos softwares de aplicação, uma vez que ela não promovia a interoperabilidade, ou seja, ela se recusava a permitir a compatibilidade com o sistema Windows.

Assim, o risco de eliminação da concorrência, no mercado de sistemas de exploração para servidores de grupo de trabalho, foi constatado pela Comissão a partir de uma análise da trajetória histórica do mercado. É imprescindível salientar que, em um determinado momento, a Microsoft estimulou a interoperabilidade entre o Windows e os sistemas de exploração de grupos de trabalho de terceiros. Essa estratégia comercial mudou quando Microsoft desenvolveu seu próprio sistema. Essa mudança, de acordo com Jérôme Gсталter, “facilita não somente a demonstração de um efeito anticoncorrencial, oferecendo uma ferramenta de comparação temporal, mas igualmente a demonstração da fraqueza do prejuízo à inovação do detentor resultante da obrigação de divulgação³⁹²”.

³⁹¹ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 1031.

³⁹² Tradução livre do original: “*facilite non seulement la démonstration d’un effet anticoncurrentiel en offrant un outil de comparaison temporel, mais également la démonstration de la faiblesse de l’atteinte à l’incitation à innover du détenteur résultant d’une obligation de divulgation*”. GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence*

Então, a Comissão constatou um rápido aumento de partes de mercado de Microsoft, graças às versões mais recentes do sistema de exploração para servidores de grupo de trabalho de Microsoft, especialmente o Windows 2000, que era muito restrito no que diz respeito à interoperabilidade³⁹³. Apesar desse contexto, um dos principais argumentos da Microsoft contra a Comissão era o suposto prejuízo ao processo de inovação, visto que a empresa sustentou que a limitação de seu direito de exclusão, decorrente dos direitos de propriedade intelectual e do segredo de seu código-fonte, acabava impedindo-a de se beneficiar dos seus próprios esforços de inovação.

Por conseguinte, a estratégia de Microsoft prejudicava os consumidores, pois ela os vinculava à única solução Windows. De acordo com o argumento da Comissão e do Tribunal, essa estratégia limitou a liberdade de escolha, sobretudo porque certos produtos concorrentes eram considerados superiores. Além disso, os concorrentes foram desencorajados a desenvolver e comercializar seus produtos diferentes, dada a ausência de interoperabilidade com o Windows. Portanto, a estratégia da dita empresa causou prejuízos à estrutura da concorrência, já que ela consistiu em excluir abusivamente os concorrentes³⁹⁴.

A Comissão constatou também que novos competidores, inclusive mais eficientes, foram impedidos de disputar o mercado de softwares. Frisa-se que não se discutiu o acesso ao mercado de sistema operacional em si, mas àqueles que a este se vinculavam. A Microsoft, por sua vez, sustentava que seus direitos de propriedade intelectual permitiam a completa liberdade de escolha dos seus parceiros comerciais. Entretanto, a intervenção concorrencial europeia nesse domínio é construída a partir da noção de responsabilidade especial da empresa em posição dominante, de modo que esse princípio restringe a liberdade na definição das estratégias comerciais dessas empresas, a partir dos critérios definidos pelo Direito da Concorrência da União Europeia.

É importante ressaltar que o monopólio legal, decorrente dos direitos de propriedade intelectual, não é suficiente para constatar o poder de mercado³⁹⁵. Em outras palavras, a existência de um direito de propriedade intelectual não é contrária ao Direito da Concorrência.

et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 400.

³⁹³ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. COMP/C- 3/37.792. *Microsoft x Commission*, 24 mar. 2004, § 587 e s.

³⁹⁴ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T- 201/04. *Microsoft x Commission*, 17 set. 2007, § 650 e s.

³⁹⁵ A jurisprudência europeia há muito tempo compreende que o monopólio legal que decorre dos direitos de propriedade intelectual não implica necessariamente a criação de uma posição dominante, nem de um abuso. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 24/67, *Parke, Davis & co x Probel, Reese, Beintema-interpharm et Centrafarm*, 29 fev. 1968; e TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n.40/70. *Sirena x Eda SRL et al.*, 18 fev.1971..

Na verdade, é o exercício abusivo desse direito no mercado que pode possibilitar, em certos casos extraordinários, a aplicação do outro ramo do Direito. Entende-se que o retorno do investimento não pode justificar uma manutenção da situação vantajosa de forma abusiva (*rente de situation*)³⁹⁶.

Outrossim, a Microsoft argumentou que a decisão da Comissão permitiria a clonagem de seus produtos. No entanto, o Tribunal compreendeu que a exigência de interoperabilidade se limitava às especificações de interface, e não do código-fonte. Então, os concorrentes poderiam oferecer novos produtos com essas informações, mas não teriam a possibilidade de reproduzir o software da Microsoft (§ 557 e s.). De acordo com a Comissão, a interoperabilidade também estimularia a inovação de Microsoft, na medida em que ela seria submetida às pressões concorrenciais por causa dos novos produtos dos concorrentes.

Nesse sentido, o objetivo da condenação foi justamente de estimular a concorrência pela inovação no mercado de softwares, por meio da preservação da interoperabilidade. Um primeiro aporte dessa decisão é compreender que as técnicas de Direito da Concorrência, sob a influência das contribuições da Economia Industrial, podem identificar se o interesse de inovar do titular dos direitos de propriedade intelectual for maior que a possibilidade de inovar do setor analisado. Revela-se, dessa maneira, a possibilidade da regulação da inovação a partir da intervenção concorrencial.

Assim, os órgãos europeus definiram que o entrave à interoperabilidade deve ser entendido como uma recusa a contratar as empresas concorrentes em mercados distintos ao do sistema operacional. Dessa forma, a condenação sustentou-se em uma evolução jurisprudencial que precisou ser readequada pela Comissão ao caso concreto, conforme será visto a seguir.

5.1.2.2 Quadro de análise

A primeira decisão da Comissão estava voltada, sobretudo, ao argumento da limitação do desenvolvimento técnico, em consonância ao art. 102. A noção de produto novo era relacionada a uma avaliação unicamente a longo termo do mercado. No entanto, com a decisão IMS, a Microsoft mudou o debate e centrou seus argumentos na suposta ausência de obstáculo do produto novo e na existência de direitos de propriedade intelectual. A análise do

³⁹⁶ PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 1024.

Tribunal teve que englobar os argumentos sustentados por Microsoft e, como consequência, alargou o conceito de produto novo³⁹⁷.

É importante entender que o Tribunal não discutiu a validade dos direitos de propriedade intelectual, mas o crescimento do poder de mercado e suas interações com os mercados derivados, em um setor caracterizado pelos efeitos de rede (§ 283 e s.). O fechamento do mercado em razão dos efeitos de rede é uma característica do setor das tecnologias de informação e comunicação, assim a inclusão desse fenômeno na análise concorrencial pode ser considerada um aporte que transcende o caso em espécie. Depreende-se que a aplicação Direito da Concorrência da União Europeia evidencia a insuficiente capacidade das autoridades responsáveis pela concessão de direitos de propriedade intelectual de prever todas as estratégias de encerramento do mercado, decorrentes da utilização abusiva dos ditos direitos.

As premissas do quadro de análise empregado nesse caso remontam à decisão Volvo, na qual o Tribunal de Justiça estabeleceu alguns comportamentos abusivos dos titulares de propriedade intelectual no mercado de peças de reposição de automóveis³⁹⁸. Em seguida, a decisão Bronner³⁹⁹ sistematizou o quadro de análise, que foi desenvolvido no caso Magill⁴⁰⁰ e confirmado no caso IMS⁴⁰¹. O quadro de análise que decorre dessa evolução estabelece quatro condições para caracterizar a recusa de contratar: (i) o caráter indispensável do bem para o concorrente; (ii) a eliminação da concorrência sob um mercado secundário; (iii) o obstáculo para aparição de um produto novo; e (iv) a ausência de condição objetiva.

³⁹⁷ GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p 384 e s.

³⁹⁸ “Há que salientar, porém, que o exercício do direito exclusivo pelo titular de um modelo industrial relativo a painéis de carroçaria de veículos automóveis pode ser proibido pelo artigo 86.º se der origem, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos, tais como a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular, desde que esses comportamentos possam afectar o comércio entre Estados-membros”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 238/87. *Volvo x Veng*, 5 out. 1988, § 9.

³⁹⁹ “Vistas as precedentes considerações, há que responder à primeira questão que o facto de uma empresa da imprensa, que detém uma parte muito importante do mercado dos jornais diários num Estado-Membro e que explora o único sistema de distribuição domiciliária de jornais à escala nacional existente nesse Estado-Membro, recusar, contra uma remuneração apropriada, o acesso ao referido sistema ao editor de um jornal diário concorrente, que, devido à fraca tiragem deste, não se encontra na posição de criar e explorar, em condições economicamente razoáveis, sozinho ou em colaboração com outros editores, o seu próprio sistema de distribuição domiciliária, não constitui um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-7/97. *Bronner/Mediaprint*. 26 nov. 1998.

⁴⁰⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-241/91 P. *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) x Commission (Magill)*, 6 abr. 1995.

⁴⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-242/91, *IMS Health x NDC Health*, 29 abr. 2004.

A primeira condição foi esclarecida pelas investigações de mercado que provaram que a interoperabilidade era um fator dominante para os utilizadores. É importante sublinhar que a decisão do Tribunal não colocou em questão o direito de propriedade intelectual sob os códigos-fonte nem mesmo sob as interfaces do Windows (§ 283 e s.). Na verdade, o grau de interoperabilidade exigido pelo Tribunal limita-se a desbloquear as restrições às interfaces. A finalidade é que os servidores de grupos de trabalho concorrentes possam receber uma mensagem determinada do Windows e responder, nas mesmas condições que os programas da Microsoft, aos servidores de grupo de trabalho⁴⁰².

De acordo com o Tribunal de Justiça, por causa da sua posição dominante, a responsabilidade especial da Microsoft é de estabelecer um grau de interoperabilidade que permita que seus concorrentes possam se manter, de maneira viável, sob o mercado de seus sistemas operacionais⁴⁰³. Isso quer dizer que Microsoft deveria garantir o exercício útil da concorrência, fundado na ideia de arquitetura que permita um nível de igualdade entre os concorrentes (§ 228 e s.). De acordo com Catherine Prieto e David Bosco:

A inflexão do direito exclusivo da propriedade intelectual só é possível de se conceber para favorecer a emergência de uma inovação que responde às expectativas dos consumidores. É por isso que a empresa que demanda uma licença não irá se contentar em reproduzir os produtos ou os serviços que já são ofertados no mercado derivado pelo titular de direito de propriedade intelectual. [...] O desafio é importante no que diz respeito à multiplicação dos bloqueios no domínio das novas tecnologias logo que surge uma recusa de cooperar⁴⁰⁴.

A segunda condição do quadro de análise é a eliminação da concorrência sob um mercado secundário. Os efeitos de rede ou “externalidade de rede” reforçam os prejuízos das barreiras à entrada aos concorrentes no mercado em questão, já que tal recusa pode conduzir rapidamente à eliminação da concorrência⁴⁰⁵. A retenção de informações de interface pode gerar a captação dos lucros dos efeitos de rede a uma só empresa, que associadas ao

⁴⁰² PRIETO, Catherine. La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz*, 2007.

⁴⁰³ Para uma crítica a esse julgado, ver BOSCO, David. Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet!. *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, 2007.

⁴⁰⁴ Tradução livre do original: “L’infléchissement du droit exclusif de la propriété intellectuelle ne peut se concevoir que pour favoriser l’émergence d’une innovation qui répond à l’attente des consommateurs. C’est pourquoi l’entreprise qui demande une licence ne saurait se contenter de reproduire les produits ou les services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire de droit de propriété intellectuelle. [...] L’enjeu est d’importance au regard de la multiplication des blocages dans le domaine des nouvelles technologies dès que surgit un refus de coopérer”. PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 1031.

⁴⁰⁵ DEBROUX, Michel. Arrêt Microsoft: articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance, *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, n.43-44, 25 octobre 2007.

encerramento do mercado pode fazer obstáculo à concorrência no mercado em questão e nos derivados.

Segundo a jurisprudência, é necessário distinguir dois mercados, para qualificar o abuso de posição dominante em um caso de recusa de contratar. O primeiro é do dito produto ou serviço, e o segundo é um mercado vizinho, sob o qual o produto ou serviço é utilizado para a produção de um outro produto ou para o fornecimento de outro serviço. Destaca-se que o Tribunal retoma a decisão IMS Health para afirmar:

[...] que bastava que pudesse ser identificado um mercado potencial, ou mesmo hipotético, assim sucedendo quando os produtos ou serviços são indispensáveis para exercer uma determinada actividade e existe, para estes, uma procura efectiva pelas empresas que decidem exercer essa actividade (§ 335).

Cumprido frisar que o problema da eliminação da concorrência não ocorre nos casos de interface livremente acessível, em razão de uma escolha da empresa ou da existência de uma norma. Nessa hipótese, a existência de uma solução, permitindo interoperabilidade, mostra-se como uma solução para atenuar o poder de mercado e facilitar a entrada ou manutenção de concorrentes no mercado.

Uma vez preenchida a segunda condição, passa-se à terceira etapa do quadro de análise, que é a mais polêmica: a constatação de obstáculo para aparição de novo produto. Reside nesse critério uma das principais inovações da Comissão, que conferiu interpretação mais larga à noção de “produto novo”, a qual foi confirmada pelo Tribunal de Justiça. O entrave à cadeia contínua de inovação, e não apenas a um produto novo, passou a ser suficiente para a aplicação do quadro de análise. De acordo com o Tribunal:

Há que referir que a circunstância relativa ao lançamento de um produto novo, tal como é interpretada nos acórdãos Magill e IMS Health, referidos no n.º 107, não pode constituir o único parâmetro para determinar se uma recusa de conceder uma licença sobre um direito de propriedade intelectual é susceptível de causar prejuízo aos consumidores na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE. Como resulta da redacção dessa disposição, esse prejuízo pode decorrer de uma limitação não só da produção ou da distribuição, como também do desenvolvimento técnico (§ 647).

Até então, era necessário que a aparição de um novo produto fosse impedida, porém o Tribunal de Justiça acolheu os dois argumentos da Comissão sobre o assunto. Em primeiro lugar, a falta de interoperabilidade com o Windows limitava os consumidores a uma solução homogênea. Em segundo lugar, a Microsoft passou a ter vantagem competitiva artificial com

essa estratégia, dado que desencorajava os seus concorrentes de colocarem no mercado produtos com características inovadoras, o que prejudicava ainda mais os consumidores⁴⁰⁶.

Com o caso Microsoft, o fato de impedir o melhoramento dos produtos, e não apenas se restringir à emergência de um produto radicalmente novo, caracteriza “obstáculo a um produto novo”. Essa perspectiva promove um aperfeiçoamento da conciliação entre os direitos de propriedade intelectual e o Direito da Concorrência. Jérôme Gstalter entende que a argumentação dos órgãos europeus no sentido de alargar o critério de aparição de produto novo:

Pode, todavia, ser portadora de insegurança jurídica quando os efeitos de uma recusa não decorrem dos efeitos de rede, mas apenas do exercício de um direito de propriedade intelectual, como nos casos *Magill* ou *Volvo*. Nessas condições, parece que, no caso *Microsoft*, a limitação do desenvolvimento técnico, destacada da condição de obstáculo à aparição de produto novo, poderia ter representado uma exigência adequada, se necessário ampliando as justificações objetivas que podem ser avançadas pela empresa investigada⁴⁰⁷.

Os órgãos europeus formularam uma solução diferente para a proteção da inovação no mercado de tecnologias de informação e comunicação. Essa perspectiva destoa daquela utilizada em casos envolvendo fornecimento de matéria-prima ou de acesso à infraestrutura. Todavia, essa inovação não perdeu de vista a aplicação da grade de análise clássica, que foi conformada à nova realidade econômica. De acordo com Laurence Idot:

⁴⁰⁶ Sobre a capacidade de as concorrentes da Windows melhorarem os produtos da própria Windows, o Tribunal afirma: “A conclusão da Comissão de que, «[s]e os concorrentes da Microsoft tivessem acesso às informações sobre a interoperabilidade que [esta última recusa fornecer], poderiam utilizá-las para disponibilizar as funções avançadas dos seus próprios produtos no âmbito da rede de relações de interoperabilidade sobre a qual assenta [a arquitectura de domínio] Windows» [...] é corroborada pelo comportamento que estes últimos tinham adoptado no passado, quando tinham acesso a determinadas informações relativas aos produtos da Microsoft. Os dois exemplos que a Comissão refere no considerando 696 da decisão impugnada, concretamente, os produtos denominados «PC NetLink» e «NDS para NT», são eloquentes a este respeito. O PC NetLink é um software que foi desenvolvido pela Sun com base no AS/U, que tinha sido desenvolvido pela AT&T utilizando determinados elementos do código fonte da Microsoft que esta última lhe tinha transmitido no âmbito de uma licença nos anos 90 [...]. Resulta de um documento apresentado pela Microsoft no procedimento administrativo que as características inovadoras e o valor acrescentado que o PC NetLink trazia às redes Windows para grupos de trabalho eram enaltecidas pela Sun como argumento para vender esse produto [...]. Do mesmo modo, na sua documentação comercial, a Novell evidenciava as novas características que o NDS para NT – um produto de software que tinha desenvolvido utilizando técnicas de engenharia de inversão – trazia à arquitectura de domínio Windows, no caso vertente o Windows NT.” (§ 654).

⁴⁰⁷ Tradução livre do original “L’argumentation dans le sens d’élargir le critère d’apparition de produit nouveau « peut toutefois être porteuse d’insécurité juridique lorsque les effets d’un refus ne découlent pas d’effets de réseau mais du seul exercice d’un droit de propriété intellectuelle comme dans les affaires *Magill* ou *Volvo*. Dans ces conditions, il apparaît que, dans l’affaire *Microsoft*, la limitation du développement technique, détachée de la condition de l’obstacle à l’apparition du produit nouveau aurait pu représenter une exigence adéquate, au besoin en élargissant les justifications objectives pouvant être avancées par l’entreprise poursuivie”. GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l’information. Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 407.

[...] em se tratando da questão julgada crucial da articulação com os direitos de propriedade intelectual, o caráter inovador das questões levantadas não poderia prescindir de uma adaptação da jurisprudência *Magill/IMS*. Essa evolução era, na verdade, previsível, o Direito da Concorrência deve se adaptar continuamente à evolução das técnicas e, por via de consequência, dos mercados. Resta saber se as soluções resultantes serão limitadas à hipótese excepcional de uma “superdominância”, que permite identificar os famosos efeitos de alavanca (*effets de levier*) ou se terão vocação de se estender a situações menos graves⁴⁰⁸.

A quarta condição da grade de análise diz respeito à ausência de condição objetiva para a conduta. A Microsoft não demonstrou que a divulgação das informações úteis para a interoperabilidade haveria incidência negativa sob os estímulos a inovar⁴⁰⁹. Portanto, conclui-se que a recusa de comunicação das interfaces impedia os concorrentes de usufruir de seus próprios méritos, o que prejudicava os consumidores que restavam vinculados artificialmente numa solução homogênea (§ 43).

Desta forma, a prática da Microsoft de recusa a garantir a interoperabilidade do Windows se articulou com a venda casada do Windows Media Player. A constatação desse outro abuso se vincula a um outro quadro de análise, que tem outra filiação jurisprudencial do Direito Europeu, conforme se analisa a seguir.

5.2 Extensão da posição dominante a um mercado conexo

A extensão da posição dominante a um mercado acessório é uma prática considerada ilícita pela jurisprudência europeia, se reunidas as condições consagradas pelo Direito da Concorrência da União Europeia. No entanto, o mercado das tecnologias de informação e comunicação impõe desafios para a intervenção concorrencial, notadamente devido à articulação entre efeitos de rede e posição dominante.

As elevadas barreiras à entrada se somam às demais peculiaridades do setor, na medida em que elas decorrem de diversos fatores, entre os quais, a existência de direitos de

⁴⁰⁸ Tradução livre do original : “[...] s’agissant de la question jugée cruciale de l’articulation avec les droits de propriété intellectuelle, le caractère nouveau des questions soulevées ne pouvait qu’entraîner une adaptation de la jurisprudence *Magill/IMS*. Cette évolution était à vrai dire prévisible, le droit de la concurrence devant s’adapter en permanence à l’évolution des techniques et par voie de conséquence des marchés. Reste à savoir si les solutions dégagées seront limitées à l’hypothèse exceptionnelle d’une “super dominance”, qui permet d’identifier le fameux effet de levier ou auront vocation à s’étendre à des situations moins caractérisées”. IDOT, Laurence. L’arrêt Microsoft: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l’article 82 CE?, *Revue Europe*, n. 12, dez. 2007.

⁴⁰⁹ Ver PRIETO, Catherine. Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft. *Revue des contrats*, n. 3, 1º jul. 2008.

propriedade intelectual ou mesmo de segredo industrial. A noção de efeitos de alavanca também é fundamental a fim de nortear a atuação das autoridades europeias para avaliação da licitude do prolongamento da posição dominante da própria empresa, assim como da sua extensão a mercados conexos. Esses efeitos decorrem da estratégia de empresas dominantes que buscam impedir ou constranger a saída de seus concorrentes em mercado conexo ao principal.

Esse tipo de estratégia se mostrou comum nos novos monopólios da sociedade de informação e vem sendo punida pelas autoridades europeias responsáveis pela concorrência. O segundo abuso cometido pela Microsoft (5.2.1) e o caso Google Shopping (5.2.2) se inserem justamente nesse contexto.

5.2.1 Venda casada por integração tecnológica

A venda casada⁴¹⁰ por integração tecnológica é o segundo abuso de posição dominante imputado a Microsoft. De acordo com o Tribunal, que aceitou os argumentos da Comissão, a referida empresa subordinou o fornecimento do sistema de exploração Windows à aquisição simultânea do programa WMP, de 1999 ao momento da notificação da decisão da Comissão (§ 837).

A análise desse segundo abuso revela dois desafios, os quais decorrem da aplicação do quadro de análise da venda casada no contexto caracterizado pela velocidade nas mudanças tecnológicas dos mercados das tecnologias de informação e comunicação. O primeiro tem um grau mais geral, é de bem centrar o caráter anticoncorrencial da prática de venda casada. O segundo, mais específico, é de avaliar o grau de integração tecnológica para constatar a existência ou não de dois produtos.

A solução apresentada pela Comissão desses dois desafios corresponde à importância desse caso ao modelo europeu. Dessa maneira, torna-se pertinente discorrer acerca da compreensão das adequações das etapas do quadro de análise aplicado para venda casada (5.2.1.1), bem como é fundamental delimitar os aportes dessa decisão para a formulação de um modelo de Direito da Concorrência ancorado na proteção da inovação (5.2.1.2).

⁴¹⁰ Os documentos oficiais europeus em língua portuguesa costumam utilizar o termo “vendas subordinadas” ou “vendas ligadas” para fazer referência “a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante (produto subordinado)” (§ 48 das orientações da Comissão Europeia de 2009). Entretanto, no Direito brasileiro, costuma-se utilizar o conceito de “venda casada” para esse tipo de abuso, que é previsto tanto pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, I, quando pela lei de concorrência, no art. 36, § 3, XVIII.

5.2.1.1 Quadro de análise

A expressão francesa “*vente liée*” pode não abordar com precisão os desafios concorrenciais dessa prática. Alguns autores preferem expressões inglesas para melhor apreender os efeitos concorrenciais, como: *pure bundling* (*vente liées*), *mixed bundling* (*ventes groupées*), *tying* (*jumelage ou couplage*) e *metering*⁴¹¹. Cada espécie revela um grau diferente do efeito potencialmente anticoncorrenciais. No caso Microsoft, a Comissão imputou à empresa um *pure bundling*, visto que dois produtos foram vendidos conjuntamente e não era possível adquiri-los separadamente, sem a devida justificativa técnica.

O fundamento da punição dessa prática é o art. 102, d), do TFUE, o qual determina que uma prática pode ser abusiva quando ela consiste em “subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”. Daí, infere-se que a venda casada é uma prática que não é obrigatoriamente ilícita no Direito Europeu. De acordo com Michel Debroux:

É verdade que a venda casada de produtos é normalmente pró-concorrencial, na medida em que ela enriquece a oferta disponível no mercado e responde frequentemente à demanda dos consumidores. Mas o risco, desde que um ator detenha uma posição dominante sob um de seus produtos (o produto subordinante), é que a venda casada leve ao fechamento dos concorrentes para o outro produto (o produto subordinado), pelos efeitos de alavanca (*effets de levier*) exercidos a partir do mercado dominado⁴¹².

Assim, nota-se que é necessário aplicar o quadro de análise que se estabeleceu a partir das decisões da radiodifusão luxemburguesa⁴¹³ e Hilti⁴¹⁴, para que a venda casada possa ser compreendida como abusiva. Essa construção jurisprudencial estabelece quatro condições necessárias: (i) a posição dominante; (ii) a ausência de escolha para o consumidor; (iii) a

⁴¹¹ IDOT, Laurence. Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. *Réflexions de juriste... Concurrences*, n. 2, 2005, p. 32.

⁴¹² Tradução livre a partir do original: “[...] il est vrai que la vente couplée de produits est souvent pro-concurrentielle en ce qu'elle enrichit l'offre disponible sur le marché et répond fréquemment à la demande des consommateurs. Mais le risque, dès lors qu'un acteur détient une position dominante sur l'un des deux produits (le produit “liant”) est que le couplage entraîne la forclusion des concurrents pour l'autre produit (le produit “lié”), par des effets de « levier » exercés à partir du marché dominé”. DEBROUX, Michel. Arrêt Microsoft : articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance, *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, n.43-44, 25 octobre 2007.

⁴¹³ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 311/84. *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, 3 out. 1985.

⁴¹⁴ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Processo n. C-53/92. *Hilti x Commission*, 2 mar. 1994.

existência de dois produtos; e (iv) a restrição de concorrência. No caso em espécie, a venda casada por integração tecnológica expunha delicados debates, principalmente sobre as duas últimas condições da grade de análise.

A superdominância da Microsoft no mercado de sistemas operacionais estava largamente provada, o que preenchia as condições da primeira etapa do quadro de análise. A segunda etapa foi um pouco mais discutida, mas não houve grandes dificuldades para constatar a ausência da escolha do consumidor. Em síntese, os equipamentos deveriam aceitar uma licença da Microsoft vinculada a do WMP, porém não era possível desinstalar o WMP, logo a gratuidade era apenas aparente⁴¹⁵. O grande debate e, essencialmente, as principais contribuições dessa parte da decisão da Microsoft repousam sob as duas últimas etapas do quadro de análise.

A existência de dois produtos é a terceira condição requerida para aplicação do quadro de análise. Entretanto, a Microsoft sustentava que a função multimídia não constituía um produto distinto do sistema operacional⁴¹⁶. O Tribunal aprovou a apreciação da Comissão dos fatos no contexto da época, os quais constataavam vários elementos econômicos e comerciais, que permitiram indicar as diferenças entre os dois produtos. Por exemplo: existiam softwares de multimídia concebidos por concorrentes independentes do sistema operacional; o WMP podia ser baixado independentemente; a Microsoft tinha ações orientadas para promoção sob WMP; e a Microsoft também propunha acordos específicos de licença. Além disso, o Tribunal considerou que a Microsoft não demonstrou qualquer restrição de ordem técnica para a integração e distinção dos produtos, o que permitiu que aprovação da análise da Comissão no que concerne à ausência de vínculo por natureza indissociável⁴¹⁷.

A quarta condição do quadro de análise sobre a venda casada é a constatação da restrição de concorrência, embora seja tão polêmica quanto a anterior. A estratégia colocada em prática pela Microsoft pretendia impedir a entrada de concorrentes ou constrangê-los a sair do mercado do bem relacionado, porém a decisão da Comissão ancorou-se na aplicação da teoria dos efeitos de alavanca (*effets de levier*). De acordo com Jérôme Gstalter, a Comissão:

⁴¹⁵ Ver PRIETO, Catherine, La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz*, 2007.

⁴¹⁶ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T- 201/04. *Microsoft x Commission*, 17 set. 2007, § 912.

⁴¹⁷ PRIETO, Catherine, La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz*, 2007.

Estimou que, graças à venda casada, Microsoft protegia seu sistema de exploração, não apenas a partir do mercado de leitores multimídia, mas igualmente a partir dos mercados conexos. Essa proteção, mais indireta, se operava pelo aumento dos efeitos de rede e, portanto, das barreiras que constituía a existência de conteúdos e de aplicações interoperáveis com Windows⁴¹⁸.

No entanto, três argumentos foram utilizados pelo Tribunal. O primeiro foi a relutância dos fornecedores para acrescentar um segundo leitor multimídia, visto que ela geraria ocupação supérflua do disco duro e riscos de desordem na assistência aos clientes. O segundo foi a influência dos efeitos de rede sob os fornecedores de conteúdo e os desenvolvedores de softwares. O terceiro foi a retração das frações de mercado de produtos concorrentes de WMP. Devido às características apresentadas, os concorrentes tinham grande obstáculo, mesmo se os seus produtos fossem superiores qualitativamente.

Na verdade, a Comissão explicou que os conteúdos de som e imagem são organizados em arquivos de multimídia digital que possuem formatos específicos. Portanto, foram desenvolvidos algoritmos de compressão e descompressão, os quais reduzem o tamanho dos arquivos sem perder a qualidade do som ou da imagem e são essenciais para essa funcionalidade, pois os leitores multimídias e os softwares interagem com esses arquivos a partir desses algoritmos (§ 818).

Em vista disso, a interação com o leitor multimídia também é necessária para interpretar os protocolos de difusão dos conteúdos de som e imagem da Internet. Entretanto, as informações provenientes da Internet não são baixadas por completo, diferentemente da situação anterior, uma vez que o acesso a elas se dá sob a forma de uma sequência de pequenos elementos, ou seja, por um “fluxo de dados” (§ 820).

Na época do julgado, a Microsoft, Apple e RealNetworks ofertavam uma solução completa do software de codificação ao leitor. A Microsoft se baseava essencialmente nas tecnologias de multimídia digitais dessas empresas e em formatos de arquivos dos quais essas parceiras comerciais eram proprietárias. De acordo com a Comissão:

[...] a Microsoft é proprietária dos seguintes formatos: Windows Media Audio (WMA), Windows Media Vídeo (WMV) e Advanced Streaming Format (ASF). Os formatos da RealNetworks chamam-se «RealAudio» e

⁴¹⁸ Tradução livre do original: “*estimé que, grâce à la vente liée, Microsoft protégeait son système d’exploitation Windows, non seulement à partir du marché des lecteurs multimédia, mais également à partir des marchés connexes. Cette protection, plus indirecte, s’opérait par l’accroissement des effets de réseau et donc des barrières que constitue l’existence de contenus et d’applications interoperables avec Windows*”. GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l’information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 446.

«RealVideo». Quanto aos formatos QuickTime da Apple, incluem as extensões de ficheiros «.qt», «.mov» e «.moov». A Comissão acrescenta que os outros criadores de *software* não oferecem uma solução completa para o fornecimento de conteúdos multimídia, mas adquirem geralmente licenças a uma das três referidas sociedades para a utilização da sua tecnologia ou recorrem a padrões industriais livres (§ 826).

Entendeu-se que a integração tecnológica ficou caracterizada pelo fato de a Microsoft impor a aquisição do Windows vinculado ao Windows Media Player. Essa conduta fez parecer que essa conformação homogênea era a única possível. Portanto, a estratégia da Microsoft levou a uma grande restrição do mercado, dado aos “*fortes sinais que desencorajavam a inovação em todas as tecnologias que eles (concorrentes) pudessem se interessar e que poderiam operar com o Windows*”⁴¹⁹.

A Microsoft não demonstrou, de maneira suficientemente convincente, os riscos de sua degradação nos casos de retirada do WMP. Justamente por isso que o Tribunal confirmou o conteúdo da decisão da Comissão, no que diz respeito à ausência de justificações objetivas para essa estratégia. Pode-se considerar que essa é uma interpretação alargada das duas últimas etapas do quadro de análise da venda casada. Estas são as principais contribuições dessa parte da decisão da Microsoft, fundamentalmente para a aplicação do Direito da Concorrência no mercado de tecnologias de informação e comunicação.

Essa decisão também afastou a possibilidade de compreender as vendas casadas realizadas por empresas em posição dominante como sendo infrações concorrenciais *per se*. Isso decorre da possibilidade de a empresa provar as justificativas objetivas de seu comportamento, o que se enquadra dentro do espírito da aproximação fundada sobre os efeitos⁴²⁰.

Alguns autores afirmam que essa decisão é importante principalmente para se aproximar da análise de abusos de posição dominante da regra da razão do Direito estadunidense. Todavia, a influência da regra da razão não pode colocar os dois modelos em

⁴¹⁹ Tradução livre do original: “*des signes forts qui découragent l’innovation dans toutes les technologies auxquelles elle pourrait s’intéresser et qu’elle pourrait coupler avec Windows*” PRIETO, Catherine. Refus de contracter et ventes liées : les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft. *Revue des contrats*, n. 3, 1^o jul. 2008.

⁴²⁰ Na visão de alguns autores, especialmente os mais críticos ao referido julgado, a importância dessa decisão se restringe à aproximação da análise da posição dominante à regra da razão do direito norte-americano. Ver BOSCO, David. Abus de position dominante de Microsoft: le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet!. *Contrats Concurrence Consommation*, n^o 11, 2007, p. 279. Entretanto, a influência da lógica da regra da razão não pode equivaler os modelos europeu e norte-americano. Em especial, porque o primeiro se propõe a promover a inovação confrontando o modelo clássico de exploração comercial dos *softwares*. Ver GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence - À l’aube de l’arrêt Microsoft, *Concurrences*, n. 2, 2007, p. 46-71.

equivalência. Além disso, foi estabelecido um modelo de proteção da inovação pela aplicação das normas de Direito da Concorrência distinto do direito norte-americano.

5.2.1.2 Proteção da inovação

A originalidade desse caso e sua importância ao Direito Brasileiro da Concorrência decorrem da forma com a qual as autoridades europeias aplicaram as normas de Direito da Concorrência a fim de proteger a inovação. De outro modo, a interpretação alargada das últimas duas etapas do quadro de análise de venda casada, confirmada pelo Tribunal, não significa uma revolução ou uma nova interpretação. De acordo com Laurence Idot:

[...] em se tratando da questão julgada crucial da articulação com os direitos de propriedade intelectual, o caráter novo das questões levantadas só poderia levar a uma adaptação da jurisprudência Magill/IMS. Essa evolução era, para dizer a verdade, previsível, o Direito da Concorrência deve se adaptar permanentemente à evolução das técnicas e, por via de consequência, dos mercados⁴²¹.

Em síntese, a decisão em análise estabeleceu a possibilidade de avaliar a utilização potencialmente anticoncorrencial dos efeitos de rede no domínio dos mercados de novas tecnologias e comunicação. Entendeu-se que a empresa em posição dominante tem uma vantagem na distribuição de seu produto, o que a permite impor sua tecnologia. Os desenvolvedores de softwares e fornecedores de conteúdo, por sua vez, utilizam mais dessa tecnologia do que outras para criar seus produtos complementares. Portanto, os consumidores acabam utilizando cada vez mais a tecnologia da empresa em posição dominante, dada a multiplicação dos produtos complementares⁴²².

Essa interpretação está inserida no contexto de modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, notadamente no domínio dos abusos de posição dominante. Dessa maneira, a conciliação entre Direito da Concorrência, propriedade intelectual e inovação promovida no caso *Microsoft* na Europa não pode ser entendida como convergente à tradição do *Antitrust Law* estadunidense. A apreciação americana favoreceu os efeitos pró-

⁴²¹ Tradução livre do original : “s’agissant de la question jugée cruciale de l’articulation avec les droits de propriété intellectuelle, le caractère nouveau des questions soulevées ne pouvait qu’entraîner une adaptation de la jurisprudence Magill/IMS. Cette évolution était à vrai dire prévisible, le droit de la concurrence devant s’adapter en permanence à l’évolution des techniques et par voie de conséquence des marchés” IDOT, Laurence. L’arrêt Microsoft : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l’article 82 CE?, *Revue Europe*, n. 12, dez. 2007, § 44.

⁴²² IDOT, Laurence. Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. *Réflexions de juriste... Concurrences*, n. 2, 2005, p. 35.

concorrenciais da prática de venda casada entre Windows e Internet Explorer, sobretudo por causa do nível dos preços de qualidade da utilização⁴²³. A apreciação europeia, a seu turno, privilegiou a promoção da competitividade enquanto vetor da inovação, não apenas entre as empresas concorrentes, mas também da própria empresa em posição dominante.

O modelo de decisão europeu permite investigar se o setor é mais capaz de inovar que a empresa a qual pratica o abuso de posição dominante. No caso em espécie, a Comissão preservou igualmente a competitividade entre as inovações *open source*, e esse pode ser considerado outro aporte dessa decisão⁴²⁴. A Comissão não colocou em questão o modelo de exploração exclusivo e fechado do código-fonte, e sim sustentou a importância da interoperabilidade. Logo, a divulgação das especificações de interface permitiu formular uma intervenção concorrencial que englobou a proteção das inovações *open source*.

As etapas do quadro de análise foram observadas pela Comissão, portanto é possível compreender que a abordagem fundada sob os efeitos, aplicada no caso Microsoft, respeita a segurança jurídica, sem perder de vista a necessidade e intervir em mercados muito dinâmicos.

5.2.2 Encerramento do mercado por autopreferência abusiva

As preocupações concorrenciais das instituições europeias com a Google se inserem no contexto da regulação dos novos monopólios da sociedade de informação. Os desafios de intervir nesse mercado estão novamente relacionados à difícil tarefa de não desestimular a inovação dessas empresas, mas também de impedir que elas utilizem de sua posição dominante para prejudicar a inovação dos concorrentes.

A proteção do segredo do código-fonte, no caso Microsoft, assemelha-se à preocupação da Google com seu algoritmo. Portanto, a intervenção nesse setor da economia

⁴²³ Para uma análise mais precisa das diferenças entre os julgados dos Estados Unidos e da Europa, ver PRIETO, Catherine. Notion d'abus: Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft, *Concurrences*, n. 1, 2004.

⁴²⁴ Costuma-se analisar o modelo *open source* sob o ângulo do direito do autor. Entretanto, essa perspectiva encontra novos desafios relacionados à atual extensão da patenteabilidade aos programas de computador. Esse fenômeno é percebido como uma ameaça às licenças *open source*, visto que as patentes são susceptíveis a impedir os efeitos buscados pela transmissão do código-fonte. As licenças *open source* podem prever em certos casos uma licença de patentes não exclusivas, mundial, gratuita, perpétua, e às vezes, impor ao licenciado que faça o mesmo às suas contribuições não destacáveis (cláusula *copyleft*). Outras disposições podem ser inseridas nas licenças *open source*, com a finalidade de prevenir os riscos de contencioso ou os riscos de bloqueio decorrentes do exercício privativo de uma patente. As licenças *open source* são compreendidas como uma licença de direito do autor, associada a uma licença de patente, com o objetivo de difundir e explorar o conhecimento. Uma licença *open source* não constitui apenas a precisão do acesso ao código-fonte, representa igualmente um modelo sobre as condições ofertas ao licenciado. GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence - À l'aube de l'arrêt Microsoft, *Concurrences*, n. 2, 2007, p 47.

deve levar em consideração os perigos decorrentes da possibilidade de outras empresas agirem como parasitas, ao se beneficiarem dos esforços daquelas para a inovação. Nesse contexto, é importante analisar as recentes decisões da Comissão nos casos Google Shopping (5.2.2.1) e Google-Android (5.2.2.2)

5.2.2.1 Caso Google Shopping

A Comissão Europeia multou a supracitada empresa em 2,42 bilhões de euros, em 2017, por ter abusado da sua posição dominante no mercado de motor de busca, visto que conferiu vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços⁴²⁵. Em consequência, a articulação entre os efeitos de rede e a constatação de um mercado de dois lados conferem peculiaridades ao caso Google em análise. A avaliação proposta pela Comissão partiu dessas características, ao aplicar quadro de análise específico, para punir a autopreferência abusiva em mercado conexo.

Mercado de motor de busca e serviço de comparação de preços

O Google é uma empresa multinacional estadunidense de tecnologia, especializada em serviços relacionados à Internet e aos produtos que incluem tecnologias publicitárias, pesquisa, computação em nuvem, software e hardware. Em agosto de 2015, ela criou a *holding Alphabet*, a qual se vincula, sendo sua principal empresa de serviços na Internet⁴²⁶.

A Comissão descreveu o modelo de negócios do Google, o qual se baseia na interação entre produtos online, serviços que a empresa oferece gratuitamente e serviços de propaganda online, os quais geram a sua principal fonte de renda. O serviço de pesquisa é utilizado para procurar informações na internet, a partir dos computadores pessoais, *laptops*, *smartphones* e *tablets*. Três resultados podem ser gerados a partir da pesquisa na ferramenta de busca do Google: (i) os resultados “genéricos”, também denominados de “orgânicos” ou “natural”; (ii) os resultados patrocinados (*advertising results*); e (iii) os resultados especializados (*specialised search results*) (§ 10).

Assim, os resultados genéricos costumam aparecer no lado esquerdo da página de resultados do Google, no formato de links em azul. A ordem da apresentação decorre de um

⁴²⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. *Communiquée de presse*. 27 jun. 2017.

⁴²⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. AT. 39740. *Google Search (Shopping)*, 27 jun. 2017, § 4 e 5.

processo automático de descoberta de novas e atualizadas páginas, que são indexadas e catalogadas de acordo com seu conteúdo. Em seguida, checa-se a combinação entre a pesquisa realizada pelo usuário e o index da empresa.

Já a definição da ordem de exposição dos resultados é derivada do algoritmo denominado “PageRank”. Em síntese, ele mede a importância de uma determinada página, baseando-se no número e na qualidade de links do sítio, uma vez que a hipótese subjacente é a de que sites mais importantes recebem mais links de outros. O Google utiliza-se de outros mecanismos de ajuste do resultado do “Page Rank” com o intuito de melhorar a precisão da pesquisa genérica, porém a empresa não cobra dos sites nenhum pagamento para serem melhor classificados (§ 16).

Os resultados patrocinados (*advertising results*) são anúncios que tipicamente aparecem nas pesquisas gerais dos usuários do Google, com um rótulo informando aos usuários a sua natureza. Eles são vinculados à plataforma de publicidade, baseada em leilão do Google (*AdWords*), que abrange variados tipos de produtos, informações ou serviços (§ 18).

A definição dos resultados decorrente dessa ferramenta é estabelecida a partir de dois elementos principais. O primeiro é a identificação do pool relevante de pesquisas patrocinadas a partir da combinação entre as palavras-chaves dos anunciantes e dos usuários. O segundo é a fixação da ordem, a qual depende do valor máximo de preço que o anunciante indicou que pagaria por clique e o índice da qualidade desse anúncio. Então, o índice de qualidade é baseado em alguns critérios, como a taxa de previsão de cliques da pesquisa patrocinada (§ 20). É fundamental ressaltar que o Google e o site no qual a publicidade estava exposta são remunerados pelos cliques dos usuários.

Os resultados especializados decorrem da pesquisa genérica, após a definição de uma categoria particular, uma vez que elementos gráficos e informações dinâmicas costumam chamar atenção dessas especializações, cujos exemplos são o “*Google Shopping*”, “*Google Finance*”, “*Google Flights*” e “*Google Video*” (§ 23). Alguns serviços da pesquisa especializada são baseados no pagamento para a inclusão dos sites nos seus resultados, como é o caso do Google Shopping.

Em vista disso, pode-se afirmar que o Google Shopping é um serviço de comparação de preços, cuja primeira versão foi a denominada *Froogle*, lançada nos EUA, em 2002. Ao longo dos anos, o Google mudou o nome dessa plataforma até o ano de 2012, momento no qual a nomenclatura passou a ser a atual, mas houve também uma alteração no modelo do negócio. A partir dessa data, os anunciantes deveriam pagar para viabilizar a sua inclusão nos

resultados. Além disso, os resultados dessa busca especializada começaram a aparecer em posicionamento e exibição privilegiados nos resultados genéricos. Essa conduta de autopreferência foi considerada abusiva pela Comissão Europeia.

Quadro de análise

A Comissão Europeia ancorou a sua análise nas decisões que puniram empresas as quais buscam estender a sua posição dominante a mercado conexo, distorcendo a concorrência. O percurso jurisprudencial ao qual a decisão *Google Shopping* se filia remonta ao caso *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, de 1985. De acordo com essa sentença, uma empresa que detém posição dominante age de maneira abusiva quando reserva a outra empresa participante do mesmo grupo, sem qualquer necessidade objetiva e com risco de eliminar a concorrência, atividade auxiliar que poderia ser exercida por terceira empresa em mercado conexo⁴²⁷.

A decisão *Tetra Park* foi retomada pela Comissão Europeia, principalmente no que diz respeito à possibilidade de o abuso ser realizado em mercado distinto daquele dominado⁴²⁸. O julgado *Irish Sugar* também foi citado para retomar o fato de que uma empresa que atua no mercado de matérias-primas não pode abusar da sua posição dominante para facilitar a sua entrada em mercado de produtos derivados, afetando a dinâmica concorrencial neste último mercado⁴²⁹. A Comissão mencionou ainda o caso *Microsoft*:

Em primeiro lugar, no que diz respeito à gravidade da infração, há que recordar, a título preliminar, que os dois abusos em causa se inscrevem no âmbito de uma infração que consistiu na aplicação, pela Microsoft, de uma estratégia de efeito de alavanca, concretamente, a utilização da posição dominante que detém no mercado dos sistemas operativos para PC clientes com o objectivo de a estender a dois outros mercados conexos, no caso vertente o dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho e o dos leitores multimídia que permitem uma recepção contínua⁴³⁰.

A definição desse percurso jurisprudencial define o quadro de análise adotado pela Comissão Europeia, composto por três condições: (i) a posição dominante; (ii) a existência de

⁴²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 311/84. *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, 3 out. 1985, § 27.

⁴²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 333/94. *Tetra Pak*, 14 nov. 1996, § 25.

⁴²⁹ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-228/97, *Irish Sugar x Commission*, 7 out. 1998, § 166.

⁴³⁰ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T- 201/04. *Microsoft x Commission*, 17 set. 2007, § 1344.

dois mercados e sua conexão; e (iii) a restrição da concorrência. A primeira etapa foi a mais simples de se constatar, pois a Comissão identificou que o Google tem desfrutado posição dominante nos mercados de pesquisa genérica em todos os mercados dos países europeus desde 2008. A única exceção foi a República Checa, cuja posição dominante só foi adquirida em 2011.

Outro fator relevante para reforçar a posição dominante do Google são as barreiras à entrada muito elevadas, devido aos efeitos de rede. Em outros termos, o fato de ter cada vez mais consumidores, utilizando o referido motor de busca, torna-o ainda mais atrativo aos anunciantes. Os lucros decorrentes desse processo, por sua vez, são utilizados para atrair mais consumidores. Ademais, os dados colhidos dos consumidores também são utilizados para refinar os resultados de pesquisa⁴³¹.

A constatação da existência de dois mercados e de sua conexão exigiu maior esforço na argumentação da Comissão, essencialmente no que diz respeito à distinção entre o mercado de comparação de preços e o de pesquisa genérica. A compreensão da sua decisão deve partir do conceito de mercado de dois lados. De acordo com Jean Tirole:

[...] modelo do “mercado de dois lados”, isto é um mercado no qual um intermediário (e seu proprietário, Visa, Sony, Google, Facebook, agência imobiliária) permite aos vendedores e compradores de interagir. Essas “plataformas” reúnem múltiplas comunidades de utilizadores que procuram interagir umas com as outras: por exemplo, os jogadores e desenvolvedores de jogos no caso da indústria de jogos de videogame; os utilizadores dos sistemas operacionais (Windows, Android, Linux, OS X do seu Mac ou iOS de seu iPhone) e os desenvolvedores de aplicativos no domínio dos sistemas operacionais; os utilizadores e anunciantes nos casos de motores de busca ou das mídias; os detentores de cartões bancários e seus comerciantes nos casos de transação por cartão⁴³².

O mercado de dois lados (*marché biface*) é um arranjo que vincula duas pontas, no qual um lado apenas se valoriza com o crescimento e a expansão do outro. Esse modelo está no centro da dinâmica da economia digital, mas a sua origem remonta a formatos mais

⁴³¹ COMISSÃO EUROPEIA. Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. *Communiquée de presse*. 27 jun. 2017.

⁴³² Tradução livre do original: “[...] modèle du «marché biface», c’est-à-dire un marché où un intermédiaire (et son propriétaire, Visa, Sony, Google, Facebook, l’agence immobilière) permet à des vendeurs et des acheteurs d’interagir. Ces «plates-formes» rassemblent de multiples communautés d’utilisateurs qui cherchent à interagir les unes avec les autres: par exemple, les joueurs et les développeurs de jeux dans le cas de l’industrie du jeu vidéo; les utilisateurs de systèmes d’exploitation (Windows, Android, Linux, l’OS X de votre Mac ou iOS de votre iPhone) et les développeurs d’applications dans le domaine des systèmes d’exploitation; les utilisateurs et les annonceurs dans le cas des moteurs de recherche ou des médias; les détenteurs de carte bancaire et les commerçants dans le cas de transactions par carte de paiement”. TIROLE, Jean. *Économie du bien commun*. Paris: PUF, 2016, p. 499.

antigos, como os cartões de crédito e os anúncios nas mídias. Uma de suas características mais importantes, para a aplicação do Direito da Concorrência, é que um dos lados do mercado costuma ter preços muito baixos e, por vezes, nulos.

No caso em espécie do Google, existe uma falsa percepção de que os usuários não pagam pelas pesquisas realizadas nos motores de busca. Segundo Margrethe Vestager:

Consumidores utilizam ferramentas de pesquisa que produzem resultados incrivelmente precisos. Redes sociais permitem pessoas manterem contato com amigos, onde quer que estejam no mundo. E eles não pagam um centavo por esses serviços. Em vez disso, eles pagam com seus dados. Isso não precisa ser um problema, conquanto que as pessoas estejam felizes que seus dados que compartilham tenham um preço justo, para pagar os serviços que eles obtêm em troca. Dados pessoais tornaram-se uma mercadoria valiosa⁴³³.

A utilização de dados pessoais representa um valor mercadológico. Cumpre frisar que algumas empresas pagam para manter os dados dos utilizadores, como o aplicativo *Screenwise Trends Panel* e a empresa *Handshake*. Nicolas Petit analisa caso fictício, similar às questões concorrenciais decorrentes das estratégias do Google, e entende que se trata de “mercado de compra em natura dos resultados da pesquisa genérica dos internautas”⁴³⁴.

A conexão entre os dois mercados se estabelece a partir do próprio conceito de mercado de dois lados, visto que o mercado publicitário só se justifica se há mais utilizadores do lado gratuito. Deve-se salientar que há autonomia do mercado de comparadores de preços em relação à pesquisa genérica. Essa constatação decorre também do fato de o modelo de negócio, os algoritmos e seus mecanismos de ajustes serem distintos.

A última etapa do quadro de análise é a constatação das restrições à concorrência. A Comissão entendeu que os mercados nacionais de serviços de comparação de preços sofreram efeitos anticoncorrenciais e decorrem da possibilidade de exclusão dos serviços de comparação de compras concorrentes, o que pode elevar os custos para os comerciantes, aumentar o preço para os consumidores e reduzir a inovação. De acordo com a Comissão Europeia:

⁴³³ Tradução livre do original: “Consumers use search engines that produce incredibly accurate results. Social networks let people keep in touch with friends, wherever they are in the world. And they don't pay a single penny for those services. Instead, they pay with their data. That doesn't have to be a problem, as long as people are happy that the data they share is a fair price to pay for the services they get in return. Personal data has become a valuable commodity.” VESTAGER, Margrethe. *Making data work for us*. Data Ethics event on Data as Power, Copenhagen, 9 set. 2016.

⁴³⁴ PETIT, Nicolas. Droit de l'UE (Partie I), Les moteurs de recherche (L'application du droit de la concurrence au secteur numérique – Nanterre, 17 nov. 2016). *Concurrences*, n. 2, 2017, p. 6.

[...] é provável que a conduta reduza os incentivos dos serviços de comparação de preços concorrentes para inovar. Serviços de comparação de preços terão incentivo para investir no desenvolvimento de serviços inovadores, melhorando a relevância de seus serviços existentes e criando novos tipos de serviços, apenas se eles puderem razoavelmente esperar que seus serviços sejam capazes de atrair volume suficiente de tráfego de usuário para competir com o serviço de comparação de preços do Google. Além disso, mesmo que os serviços de comparação de preços concorrentes possam tentar compensar até certo ponto a diminuição do tráfego, dependendo mais em fontes pagas de tráfego, isso também reduzirá a receita disponível para investir no desenvolvimento de serviços inovadores⁴³⁵ (§ 595).

A Comissão também entendeu que a conduta provavelmente reduz a habilidade do consumidor de acessar a maioria dos serviços de comparação de compras relevantes. Essa análise decorreu da consideração do fato de que os usuários tendem a considerar os resultados da pesquisa genérica como os mais relevantes para as suas necessidades, mesmo se os outros resultados forem mais adequados (§ 598). Além disso, o Google não informa a seus usuários que o produto é posicionado, na pesquisa genérica, a partir de mecanismos diferentes para estabelecer a ordem de exibição (§ 599).

Dessa forma, a Comissão Europeia concluiu que essa conduta não era compatível com a competição pelos méritos, visto que ela conduziu o tráfego da pesquisa genérica em direção às plataformas de comparação de preços. Além disso, esse procedimento privilegiou o tráfego no Google Shopping, causando danos aos demais concorrentes nesse outro mercado.

As análises da Comissão também permitiram deduzir que, de 2011 a 2016, houve aumento do tráfego no Google Shopping; redução nos de seus concorrentes; e manutenção nas plataformas dos comerciantes (§ 639). Cumpre destacar que essa data é convergente com a extensão do algoritmo Panda, a partir dos anos 2011, que contribuiu à redução significativa da visibilidade de competidores de comparação de preço na pesquisa genérica do Google (§ 362).

Outrossim, a Comissão ainda compreendeu que a autopromoção de serviço de comparação de preço do Google garante proteção de parte dos retornos gerados pela sua própria pesquisa genérica (§ 642). Esse aporte financeiro reforça a posição dominante do serviço de pesquisa genérica do Google, o que dificulta artificialmente a concorrência.

⁴³⁵ Tradução livre do original: “[...] the Conduct is likely to reduce the incentives of competing comparison shopping services to innovate. Competing comparison shopping services will have an incentive to invest in developing innovative services, improving the relevance of their existing services and creating new types of services, only if they can reasonably expect that their services will be able to attract a sufficient volume of user traffic to compete with Google’s comparison shopping service. Moreover, even if competing comparison shopping services may try to compensate to some extent the decrease in traffic by relying more on paid sources of traffic, this will also reduce the revenue available to invest in developing innovative services” (§ 595).

A Comissária Margrethe Vestager afirmou que a conduta do Google foi ilegal, conforme as normas do Direito da Concorrência da União Europeia, pois a referida empresa negou a chance de as demais competirem pelos seus próprios méritos e de inovar. Além disso, ela impediu que consumidores europeus usufruíssem dos benefícios da concorrência, impedindo-os de escolher os serviços e as inovações. De acordo com a responsável pela concorrência na Comissão Europeia:

O que isso significa na prática? Imagine, você quer procurar um produto online. Você digita esse produto na ferramenta de pesquisa da Google. O que você vai ver no topo da página é uma caixa com o resultado do Google Shopping, com uma foto e uma seleção de compras de diferentes vendedores. Eles estão localizados acima dos resultados genéricos que o algoritmo genérico do Google considera mais relevante. Isso acontece sempre que o Google quiser apresentar resultados de comparação de preços em resposta a uma consulta de pesquisa. Algumas vezes, os resultados de comparação de preços de rivais são rejeitados em seus resultados de pesquisa. As evidências mostram que mesmo o rival melhor classificado aparece, em média, apenas na quarta página de resultados do Google. Outros aparecem ainda mais para baixo⁴³⁶.

Os serviços do Google Shopping se inserem em uma dinâmica econômica caracterizada por curtos ciclos de inovação. Grandes parcelas de mercado podem se tornar efêmeras e podem não indicar, obrigatoriamente, uma posição dominante. A Comissão não excluiu a possibilidade de aplicar o Direito da Concorrência nesse tipo de caso, em especial o art. 102, do TFUE. Essa compreensão é reforçada ao perceber que o rápido crescimento de mercado não demonstra sinais de instabilidade durante o período em análise, conforme o caso em questão, que revelou hierarquia bastante estável (§ 267).

Deste modo, constata-se que a decisão do Google Shopping se soma à da Microsoft no sentido de estabelecer com mais precisão a possibilidade de as normas de Direito da Concorrência serem aplicadas para a proteção da inovação. Essa proteção decorre de um exercício de avaliação sobre quem tem maior interesse em inovar: a empresa que abusa da sua posição dominante ou as suas concorrentes, em um determinado mercado relevante.

⁴³⁶ Tradução livre do original: “So, what does this mean in practice? Imagine, you want to look for a product online. You type the product into the Google search engine. What you will see right at the top of the page is a box with Google Shopping's results, with pictures and a selection of deals from different retailers. They are placed above the results that Google's generic search algorithms consider most relevant. This happens whenever Google wants to present comparison shopping results in response to a search query. Sometimes, results are also displayed in a reserved place on the right-hand side. At the same time, Google has demoted rival comparison shopping services in its search results. The evidence shows that even the most highly ranked rival appears on average only on page four of Google's search results. Others appear even further down”. COMISSÃO EUROPEIA. *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service*. Press release, 29 jun. 2017.

5.2.2.2 Caso Google-Android

A Comissão Europeia aplicou uma multa de 4,34 bilhões de euros ao Google, em julho de 2018, por ter abusado da posição dominante no motor de busca. De acordo com Margrethe Vestager, as práticas do Google privaram seus concorrentes da possibilidade de inovar e de competir pelos seus próprios méritos⁴³⁷. O caso trata de práticas anticoncorrenciais concebidas no momento da passagem do computador fixo à internet móvel, o que alterou completamente a dinâmica do setor. A Comissão conclui que o Google tem uma posição dominante nos mercados de serviços de pesquisa genérica na internet, no mercado de sistemas operacionais nos smartphone sob licença e no das lojas de aplicação em linha para o sistema.

Sobre o primeiro mercado, a decisão da Comissão no caso Google Shopping já avaliou suficientemente a posição dominante da empresa, como visto anteriormente. No que diz respeito ao segundo mercado, tem-se que frisar que os fabricantes de smartphone podem fazer funcionar o sistema Android, sob licença, em seus aparelhos. É importante ressaltar que o dito mercado é caracterizado por altas barreiras à entrada, sobretudo por causa dos efeitos de rede, visto que a quantidade de consumidores do sistema de exploração aumenta a quantidade de desenvolvedores de aplicativos para esse sistema, permitindo integrar mais utilizadores. Assim, a Comissão estimou uma parte de mercado de mais de 95%, excetuando a China. No que diz respeito ao terceiro mercado, a Comissão indicou que mais de 90% dos aplicativos baixados nos aparelhos Android são via Play Store. Esse mercado é igualmente caracterizado pelas altas barreiras à entrada, igualmente por causa dos efeitos de rede.

A Comissão puniu o Google por três tipos de restrição: venda casada dos aplicativos de pesquisa e de navegação do Google; pagamentos ilegais subordinados à pré-instalação exclusiva de Google Search; e obstrução do desenvolvimento e da distribuição de sistemas operacional Android concorrentes.

A licença do Google engloba o Google Play Store, o aplicativo Google Search e o navegador Google Chrome. O Play Store é um aplicativo indispensável, pois os utilizadores esperam tê-lo pré-instalado, não podendo baixá-lo legalmente. A Comissão concluiu que ficou caracterizada a venda casada do aplicativo Google Search e do navegador Google

⁴³⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine*. Press release, 18 jul. 2018.

Chrome. O objetivo de pré-instalar esses dois aplicativos foi de conduzir, de maneira artificial, a utilização desses aplicativos de pesquisa e de navegação. Além disso, a empresa estipulou as licenças dos produtos Google, excluindo a possibilidade de haver outros aplicativos pré-instalados e reduzindo a possibilidade que outros concorrentes possam entrar no mercado em questão.

De acordo com a Comissão, o Google pagou a alguns dos maiores fabricantes de aparelhos Android, assim como a operadores de redes móveis, para ter exclusividade na pré-instalação do Google Search. Essa prática trouxe prejuízo à concorrência, pois reduziu os estímulos a preinstalar aplicativos de pesquisa concorrentes.

A Comissão constatou ainda que Google impedia que fabricantes de aparelhos utilizassem a “forks Android”, uma outra versão não aprovada pela empresa em espécie. De acordo com a Comissão:

Como consequência, o comportamento do Google teve incidência direta sob os utilizadores, na medida em que ele os impediu de acessar a novas inovações e a smartphone baseados em outras versões do sistema operacional Android. Em outros termos, por causa dessa prática, é o Google – e não os utilizadores, os desenvolvedores de aplicativos e o mercado – que determinava efetivamente os sistemas operacionais suscetíveis de serem coroados com sucesso.

É possível concluir que a estratégia do Google impediu que outros motores de pesquisa concorrentes pudessem entrar no mercado, impedindo o desenvolvimento técnico, notadamente no que diz respeito ao “forks Android”. Além disso, esses abusos impediram que outros motores de pesquisa coletassem dados provenientes dos smartphones, o que consolidou artificialmente a posição dominante do Google. Dessa forma, a Comissão reforçou a incorporação da proteção da inovação na sua abordagem, dessa vez, no setor de internet móvel.

5.3 Descontos de fidelização para prolongar o monopólio

O Caso Intel reforça o fato de que muitas empresas inovadoras utilizam seus direitos de propriedade intelectual para tentar prolongar artificialmente seu monopólio sob a inovação, afastando os concorrentes do mercado em análise. Em espécie, esse julgado expõe uma outra originalidade na jurisprudência europeia no que diz respeito à aproximação fundada sobre os efeitos.

A promoção efetiva de uma abordagem fundada sob os efeitos é habitualmente questionada, sobretudo após decisões de grande repercussão, como o caso Intel. O desafio da Comissão, no caso em questão, era novamente de promover a atualização do quadro de análise de uma prática considerada normalmente prejudicial à concorrência: os descontos de fidelização estabelecidos por empresas em posição dominante (5.3.1). Entretanto, o controle de legalidade exercido pelo Tribunal revelou entendimento diferente ao da Comissão em alguns aspectos importantes da análise do caso em espécie (5.3.2).

5.3.1 Decisão da Comissão

A Comissão imputou à Intel, fabricante americana de microprocessadores, de colocar em prática uma estratégia para excluir do mercado o seu único concorrente, *Advanced Micro Devices* (AMD). Por conseguinte, a punição foi uma multa de 1,06 bilhão de euros, a maior multa a uma só empresa até a data da decisão da Comissão, em 2009.

A prática da Intel reduziu a competitividade e causa, a médio e longo prazo, danos ao bem-estar do consumidor. O desafio da Comissão foi de identificar os dois abusos de posição dominante (5.3.1.1) e aplicar o quadro de análise para os descontos de fidelização (5.3.1.2), em consonância à nova abordagem fundada sobre os efeitos, disposta na modernização de 2009.

5.3.1.1 Dois abusos de posição dominante

Dois abusos foram qualificados: os descontos de fidelização e as “restrições puras” de concorrência (*naked restrictions*). O primeiro decorre do fato de a Intel ter acordado descontos com a Dell, Lenovo, HP e NEC, as quatro principais fabricantes de computadores. Elas tinham a obrigação de comprar a totalidade ou a quase totalidade de seus processadores x86, em retorno. Assim, foi igualmente imputado à Intel o fato de haver realizado pagamentos condicionados a uma exclusividade à Media Saturn Holding, distribuidora europeia de aparelhos microeletrônicos. De acordo com as Orientações da Comissão:

Os descontos condicionais são descontos concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específico. A natureza habitual de um desconto condicional consiste em ser concedido um desconto ao cliente cujas compras efectuadas durante um período previamente definido ultrapassem um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre a totalidade das compras (descontos retroactivos) ou apenas sobre os

produtos comprados acima do limiar (descontos progressivos). Os descontos condicionais não são uma prática pouco corrente. As empresas podem oferecer este tipo de desconto para atraírem os clientes e, desta forma, podem estimular a procura e beneficiar os consumidores. Contudo, este tipo de desconto — quando oferecido por empresas dominantes — pode produzir efeitos efectivos ou potenciais de encerramento semelhantes aos das obrigações de compra exclusiva. Os descontos condicionais podem produzir esses efeitos sem constituírem necessariamente um sacrifício para a empresa dominante⁴³⁸.

O segundo abuso foi o de pagar aos fabricantes de computadores para retardar a fabricação dos produtos (HP, Acer e Lenovo). Para tanto, eles eram obrigados a incorporar os processadores AMD⁴³⁹. Esse comportamento pode ser interpretado como a noção oposta à “concorrência pelos méritos”, deflagrando uma verdadeira “concorrência por obstáculos”⁴⁴⁰. Frisa-se que a concorrência por obstáculos destoa completamente dos valores protegidos pela defesa da concorrência e deve ser analisada em conjunto ao primeiro abuso.

Os descontos acordados a Dell, Lenovo, HP e NEC, os quatro principais fabricantes de computador, foram o primeiro abuso imputado pela Comissão. Essas empresas eram obrigadas a comprar a totalidade ou a quase totalidade dos processadores x86 da Intel. Foi igualmente imputado à Intel o fato de ter realizado pagamentos condicionados à exclusividade a Media Saturn Holding (MSH), distribuidor europeu de aparelhos microeletrônicos. Esta conduta foi considerada como práticas similares aos descontos.

Essa estratégia comercial reduziu a capacidade de os concorrentes da Intel se submeterem a uma concorrência fundada sobre os méritos de seus processadores x86. Da mesma forma, o comportamento anticoncorrencial da Intel contribuiu na redução da escolha ofertada às empresas parceiras (clientes diretos ou indiretos), bem como das incitações à

⁴³⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão* – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. 24 fev. 2009, § 37.

⁴³⁹ Ver SIBONY, Anne-Lise, *Abus-exclusion – Rabais de fidélité – Engagement d’exclusivité – Restrictions pures de concurrence – Concurrent aussi efficient: La Commission européenne inflige l’amende la plus élevée jamais prononcée pour des pratiques d’abus-exclusion consistant, d’une part, dans des rabais conditionnels en contrepartie d’engagements d’exclusivité et, d’autre part, dans des pures restrictions de concurrence liées à des rémunérations versées à la fois aux fabricants d’ordinateurs et aux distributeurs pour qu’ils retardent l’arrivée sur le marché de produits incorporant des composants fabriqués par un concurrent* (Comm. CE, déc. C (2009) 3726 final du 13 mai 2009, Intel, aff. COMP/C-37.990), *Concurrences*, n. 4, 2009, p. 94-98.

⁴⁴⁰ A Comissão citou a decisão *Irish Sugar* para reforçar o fato que uma empresa em posição dominante não pode fazer pressão sobre os intermediários a fim de bloquear o acesso de um produto concorrente no mercado. TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-228/97. *Irish Sugar x Commission*, 7 out. 1998, § 226 e s.

inovação⁴⁴¹. Resta destacar que a aplicação do quadro de análise definida pelo Tribunal guarda importante originalidade, se comparada às orientações da Comissão.

5.3.1.2 Quadro de análise

A decisão da Comissão atentou-se ao espírito das Orientações de 2009, pois aplicou uma abordagem fundada sobre os efeitos, respeitando o quadro de análise dos descontos de fidelização. O dito quadro de análise é dividido em três partes: (i) verificar se a empresa dominante é incontornável para ao menos uma parte do fornecimento (parte não disputável); (ii) constatar a preservação da parte disputável; e (iii) analisar se os descontos impedem a concorrência nessa parte ainda disputável⁴⁴².

A primeira etapa do quadro de análise foi aplicada pela Comissão Europeia, que se apoiou na análise clássica de partes de mercado detidas pela empresa. Além disso, foram constatadas grandes barreiras à entrada, o que comprovou que ela era incontornável no mercado de processadores x86⁴⁴³.

No que diz respeito às outras duas etapas do quadro de análise, a Comissão empregou o teste do concorrente igualmente eficaz para avaliar os efeitos das práticas abusivas sob os consumidores finais e intermediários⁴⁴⁴. O teste teve como objetivo estimar se Intel seria capaz de resistir às suas próprias práticas, sem se beneficiar das mesmas economias de escala. Para tanto, avaliou-se a possibilidade de uma empresa fictícia produzir em uma escala capaz de afrontar a parte do concorrente em posição dominante que pratica os descontos de fidelização. A Comissão desenvolveu sua análise a partir dos cálculos de custos, em consonância às suas próprias Orientações (§ 1002 e s).

A segunda etapa é a avaliação da preservação da parte disputável. A Comissão concluiu que ela era relativamente fraca, pois um concorrente igualmente eficaz teria dificuldades de fazer em face da Intel (§ 1009 e s). Já a terceira etapa é analisar se os descontos reduziriam a concorrência sobre a parte disputável. A Comissão compreendeu que, se houvesse um concorrente igualmente eficaz, a Intel deveria vender seus produtos a um

⁴⁴¹ O critério da redução da escolha ofertada às empresas parceiras decorre da jurisprudência europeia sobre os descontos de fidelização, notadamente do caso *Hoffman-La Roche*.

⁴⁴² COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. 24 fev. 2009, § 34 e s.

⁴⁴³ COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. COMP/C-3/37.990. *Intel*, 13 maio 2009, § 837 e s.

⁴⁴⁴ É importante destacar que a Comissão considera o do concorrente igualmente eficaz como suficiente para o caso, mas não é o único para definir os efeitos anticoncorrenciais. I COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. COMP/C-3/37.990. *Intel*, 13 maio 2009, § 1155.

preço inferior ao custo evitável médio (*average avoidable costs*). Portanto, o concorrente seria obrigado a incorrer em perdas, e isso é considerado como um efeito anticoncorrencial dos descontos de fidelização.

É importante assinalar que a Comissão verificou que muitos consumidores não prestam atenção à marca dos processadores no momento de escolher os computadores. Todavia, alguns deles têm preferências por marcas de computadores específicos. Em outros termos, um computador equipado com processadores AMD não pode ser considerado, pelas autoridades concorrencias, idêntico a outro computador similar igualmente equipado com processador AMD. A Comissão deduziu que os pagamentos de Intel à MSH reduziram a escolha dos consumidores, que foram conduzidos a comprar computadores de sua marca. Nesse contexto, o efeito de encerramento decorre do fato de a estratégia da Intel reduzir a escolha dos consumidores finais, os quais poderiam escolher outro computador equipado com processadores AMD a menor preço (§ 1604 e s.).

O aporte da análise da Comissão dos efeitos sobre os consumidores é importante não apenas ao Direito da Concorrência da União Europeia, mas também ao Direito brasileiro. Com efeito, nessa parte da decisão:

A Comissão se interessada no efeito do comportamento de Intel sobre o bem-estar dos consumidores, não com referência à noção econômica de excedente do consumidor, que supõe preferências definidas, mas tendo em conta de maneira realista o fato de que as preferências dos consumidores são desigualmente definidas e não são sempre referentes às mesmas características dos bens e de suas modalidades de distribuição⁴⁴⁵.

Essa maneira de avaliar o bem-estar dos consumidores recoloca em questão a tradição ortodoxa adotada, por exemplo, pela Escola de Chicago. Ademais, evidencia a necessidade de uma análise das autoridades de concorrência mais ancorada na realidade, principalmente no que diz respeito aos interesses dos consumidores. Enfim, é possível entender que a decisão da

⁴⁴⁵ Tradução livre do original : “*la Commission s’intéresse à l’effet du comportement d’Intel sur le bien-être des consommateurs non en référence à la notion économique de surplus du consommateur, qui suppose des préférences définies, mais en tenant compte de manière réaliste du fait que les préférences des consommateurs sont inégalement définies et ne le sont pas toujours en référence aux mêmes caractéristiques des biens ou de leurs modalités de distribution*”. SIBONY, Anne-Lise, Abus-exclusion – Rabais de fidélité – Engagement d’exclusivité – Restrictions pures de concurrence – Concurrent aussi efficient: La Commission européenne inflige l’amende la plus élevée jamais prononcée pour des pratiques d’abus-exclusion consistant, d’une part, dans des rabais conditionnels en contrepartie d’engagements d’exclusivité et, d’autre part, dans des pures restrictions de concurrence liées à des rémunérations versées à la fois aux fabricants d’ordinateurs et aux distributeurs pour qu’ils retardent l’arrivée sur le marché de produits incorporant des composants fabriqués par un concurrent (Comm. CE, déc. C (2009) 3726 final du 13 maio 2009, Intel, aff. COMP/C-37.990), *Concurrences*, n. 4, 2009, p. 111.

Comissão afasta a lógica da ilicitude *per se* dos descontos de fidelização e promove uma nova abordagem econômica, localizando-se justamente ao centro da modernização de 2009.

A análise dos efeitos sobre os consumidores intermediários e finais, bem como a utilização do teste do concorrente igualmente eficaz confirmam a abordagem fundada sobre os efeitos. No entanto, a decisão do Tribunal trouxe certas polêmicas sobre a harmonização dessa decisão com o processo de modernização do Direito da Concorrência da União Europeia.

5.3.2 Aportes do Tribunal

O Tribunal rejeitou os recursos da Intel e confirmou, em parte, a decisão da Comissão Europeia, ficando aprovada a afiliação dessa decisão à jurisprudência anterior sobre os descontos condicionais com efeitos de fidelização. Consagrou-se, então, a aplicação do quadro de análise decorrente nas decisões *Hoffman-La Roche*, *Michelin I e II*, *British Airways* e *Tomra*.

A decisão do Tribunal alterou a fundamentação da Comissão, essencialmente acerca da tipologia dos descontos e da utilização do teste do concorrente igualmente eficaz (5.3.2.1). Diversas críticas foram feitas a essa reformulação posta em prática no seio do controle de legalidade, notadamente com a recente proposta do Advogado-Geral de acolher o recurso da Intel contra as multas aplicadas (5.3.2.2).

5.3.2.1 Comparação entre as decisões

A Comissão estimou o preço que um concorrente teria de oferecer para compensar as perdas do cliente por não optar por descontos condicionais da empresa dominante, por meio da metodologia do concorrente com o mesmo grau de eficiência⁴⁴⁶. Enquanto a avaliação dos preços repousou em dois conceitos: o custo evitável médio (CEM) e o custo marginal médio a longo prazo (CMMLP). O CEM “representa a média dos custos que poderiam ter sido evitados se a empresa não tivesse produzido uma unidade adicional (suplementar), neste caso a quantidade alegadamente objecto do comportamento abusivo”. O CMMLP, por sua vez,

⁴⁴⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. 24 fev. 2009, § 41.

“representa a média de todos os custos (fixos e variáveis) em que uma empresa incorre para produzir um determinado produto”. Conforme dispõe a Comissão:

O CMMPL é normalmente superior ao CEM porque, ao contrário deste último (que só inclui os custos fixos se estes tiverem ocorrido durante o período em análise), inclui os custos fixos específicos do produto ocorridos antes do período durante o qual se registou o comportamento alegadamente abusivo. A incapacidade de cobrir o CMMLP indica que a empresa em posição dominante não está a cobrir todos os custos fixos (imputáveis) à produção do bem ou serviço em causa e que um concorrente igualmente eficiente poderia ser excluído do mercado (§ 26).

As Orientações da Comissão de 2009 estabeleceram que, em regra, a aplicação do desconto pode excluir concorrentes eficientes, quando o preço real pelo produto for inferior ao CEM. No caso de o preço real encontrar-se entre o CEM e o CMMPLP, a Comissão terá de avaliar outros fatores como a existência de estratégias realistas e eficazes das empresas concorrentes. Se essas estratégias inexistirem, a Comissão concluirá que os descontos poderão produzir o efeito de encerramento, mesmo para concorrentes eficientes (§ 44).

Apesar dessa metodologia exposta pela Comissão, o Tribunal decidiu, de forma diferente, na contramão das orientações. Inicialmente, destaca-se que ele sistematizou uma tipologia de descontos de exclusividade e os subdividiu em três categorias: os descontos de quantidade, os descontos de exclusividade e outros tipos de descontos⁴⁴⁷.

A primeira categoria de descontos é a que se vincula a um volume limitado das compras efetuadas. De acordo com a Comissão, essa redução de preço não costuma gerar efeito de encerramento do mercado (*market foreclosure*) e foi interdita pelo artigo 102. Pelo contrário, ela será positiva ao consumidor se o aumento da quantidade fornecida reduzir os custos para o fornecedor, uma vez que são os reflexos dos ganhos de eficiência e de economia de escala (§ 75).

A segunda categoria de descontos é aquela na qual a empresa, em posição dominante, fornece a totalidade ou grande parte das necessidades de seus clientes. Sua incompatibilidade com o Direito da Concorrência ocorrerá quando não existir a prestação econômica que justifique a vantagem financeira. Essa ausência caracterizará o objetivo de retirar a

⁴⁴⁷ Ver WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. Abus d'éviction – rabais de fidélité-concurrent aussi efficace: Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne tout en réaffirmant clairement le caractère anticoncurrentiel par nature ou par objet des rabais attribués en contrepartie d'une exclusivité et des rémunérations destinées à retarder l'arrivée sur le marché d'un concurrent (Intel). *Concurrences*, n. 3, 2014.

possibilidade de escolha do comprador e de reforçar as barreiras de entrada ao mercado a outros produtores (§ 77)⁴⁴⁸.

A terceira categoria define-se por oposição às duas primeiras. Nesse caso, os descontos de exclusividade ou de quase exclusividade não são vinculados exclusivamente aos volumes comprados, na medida em que o efeito de fidelização decorrerá do fato de eles serem vinculados aos objetivos de vendas individuais. O Tribunal não se aprofundou muito nesse terceiro modelo, pois o caso em análise versava sobre a segunda categoria.

Além de propor essa nova tipologia, o Tribunal inovou também no entendimento sobre a aplicação do teste do concorrente com o mesmo grau de eficiência (*test du concurrent aussi efficace* ou *efficient competitor test*). Em síntese, ele afastou a necessidade desse teste, nos casos de descontos de exclusividade, a partir de três argumentos (§ 85 e 86). O primeiro é que esse tipo de desconto, por natureza, deixa o acesso ao mercado mais difícil, e isso é suficiente para qualificar o efeito de eliminação de concorrentes (*effet d'éviction*). O segundo é que uma empresa, em posição dominante, tem a responsabilidade especial de não atentar contra a estrutura concorrencial do mercado (§ 90). A terceira é que a Intel era um parceiro incontornável. Então, seus concorrentes eram capazes de aprovisionar somente a quantidade da demanda excedente da parte não disputável. Em consequência:

[...] se um cliente da empresa em posição dominante se abastecer junto de um concorrente, não respeitando a condição de exclusividade ou de quase-exclusividade, corre o risco de perder não só os descontos quanto às unidades que transferiu para esse concorrente mas a totalidade do desconto de exclusividade (§ 92).

O teste do concorrente igualmente eficaz permitiu atender um outro objetivo da Comissão que era de verificar, a partir do nível de descontos ou da duração dos contratos de fornecimento, se o concorrente hipotético poderia propor uma oferta com o mesmo nível de atratividade. Entretanto, o Tribunal compreendeu que a exclusividade em contrapartida dos

⁴⁴⁸ A noção de obrigação de exclusividade ou de quase exclusividade é interpretada de uma maneira alargada, pois é necessário apenas de cobrir 80% ou 75% das necessidades do cliente. Esse requisito retoma a decisão *Hoffman la Roche* (§ 89, 71, 83). Esse valor é igualmente utilizado pelo art. 1º, d, do regulamento de isenção de acordos verticais para definir a noção de obrigação de não concorrência: “qualquer obrigação direta ou indireta que impeça o comprador de fabricar, adquirir, vender ou revender bens ou serviços que entrem em concorrência com os bens ou serviços contratuais, ou qualquer obrigação direta ou indireta imposta ao comprador no sentido de adquirir ao fornecedor ou a outra empresa designada pelo fornecedor mais de 80 % das suas compras totais dos bens ou serviços contratuais e respectivos substitutos no mercado relevante, calculados com base no valor ou, caso tal corresponda à prática normal do sector, com base no volume das suas compras do ano civil anterior”. COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n.330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*.

descontos que foram concedidos é unicamente o que importa (§ 109). Com efeito, a decisão confirma que uma exclusividade acordada por uma empresa em posição dominante é puramente ilícita. As empresas devem, portanto, demonstrar

[...] que o seu comportamento é objetivamente necessário ou que o efeito de preclusão potencial que este comporta pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficácia suscetíveis de beneficiar também o consumido. [...] Ora, no caso em apreço, a recorrente não apresenta nenhum argumento a este respeito (§ 94).

O Direito da União Europeia não reconhece, todavia, o princípio das interdições *per se*, visto que as justificativas podem ser sempre apresentadas pela empresa em posição dominante. Portanto, a decisão do Tribunal se contrapõe à jurisprudência decorrente do caso *Post Danmark*, além de não trazer nenhuma vantagem específica para a análise dos descontos de fidelização⁴⁴⁹.

5.3.2.2 Críticas à decisão

A decisão do Tribunal foi duramente criticada, sobretudo no que concerne ao retorno a uma análise puramente formal⁴⁵⁰. A polémica foi renovada com a proposição do Advogado-Geral Nils Wahl de acolher o recurso da Intel, em 2016, contra as multas estabelecidas. Entre suas observações, ele sustenta que o Tribunal não examinou a capacidade anticoncorrencial dos descontos, principalmente devido ao argumento do “conjunto das circunstancias em espécie” não ser suficiente para qualificar a utilização abusiva da posição dominante. O Advogado-Geral também indicou um erro de direito no cálculo da multa, pois ele a considera desproporcional⁴⁵¹.

É importante destacar que a abordagem da Comissão se insere com mais coerência no contexto de modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, uma vez que esta sustentou uma abordagem fundada nos efeitos, sem perder de vista a segurança jurídica observada nos quadros de análise⁴⁵². Entretanto, é importante salientar os dois principais

⁴⁴⁹ IDOT, Laurence. Regards sur l'arrêt Intel, Confirmations ou évolutions ? *Revue Europe*, n.8-9, ago. 2014.

⁴⁵⁰ Para uma crítica à abordagem mais formalista da decisão do Tribunal no caso Intel, ver : PETIT, Nicolas, Intel, leveraging rebates and the goals of article 102 TFUE, *European Competition Journal*, v. 11, n.1, 2015, p. 25-68 e p. 26.

⁴⁵¹ Para uma análise mais precisa de cada argumento do Advogado-Geral, ver COLOMO, Pablo Ibáñez; PETIT, Nicolas; NEVEN, Damien; COLINO, Sandra Marco. Intel: Analysing the Advocate General's opinion. *Concurrences*, n. 1, 2017, p. 16-35.

⁴⁵² Com o espírito de promover uma convergência entre a decisão da Comissão e a do Tribunal, o antigo Comissário Europeu encarregado da Concorrência, Joaquin Almunia, sustentou os argumentos do Tribunal,

aportes do Tribunal: (i) o efeito de encerramento não se produz unicamente quando o acesso é impossível ao concorrente; e (ii) a analogia com a aplicação do art. 101 tem um limite, porque a empresa em posição dominante tem a responsabilidade de não impedir artificialmente a concorrência na parte disputável do mercado.

Tem-se igualmente que compreender o afastamento do teste do concorrente igualmente eficaz, proposto pelo tribunal, que se encontra no contexto no qual a empresa dominante não só fixou descontos de natureza nociva, mas também cometeu outras práticas puramente anticoncorrenciais. Por consequência, esses dois abusos fazem parte de uma infração única e contínua, ou seja, elas devem ser compreendidas como dois eixos de uma mesma estratégia para impedir de uma maneira artificial que a AMD pudesse vencer as barreiras e entrar no mercado de microprocessadores⁴⁵³.

Apesar disso, a decisão confirmou que uma exclusividade acordada por uma empresa em posição dominante não é puramente proibida. Todavia, as partes deverão demonstrar “que o seu comportamento é objetivamente necessário ou que o efeito de preclusão potencial que este comporta pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficácia suscetíveis de beneficiar também o consumidor”⁴⁵⁴. Esse trecho da decisão reitera que não há interdição *per se* dos comportamentos anticoncorrenciais no Direito da Concorrência da União Europeia.

sobretudo no tocante à ausência de obrigação da aplicação do teste do competidor igualmente eficaz. ALMUNIA, Joaquín. The last interview, *Concurrences*, n.4, 2014, p. 15.

⁴⁵³ Ver IDOT, Laurence. Regards sur l'arrêt Intel, Confirmations ou évolutions? *Revue Europe*, n. 8-9, ago. 2014, § 34 e s.

⁴⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. T-286/09. *Intel/Comissão*, 12 jun. 2014, § 94.

A técnica dos quadros de análise permite formular soluções para os desafios de manutenção da previsibilidade, na intervenção concorrencial ancorada em uma análise econômica mais realista. Além disso, a noção europeia de responsabilidade especial da empresa em posição dominante se apresenta como um parâmetro de punição das estratégias anticoncorrenciais. Na realidade, essa construção europeia permite avaliar a licitude determinadas práticas inicialmente permitidas por outros ramos do direito.

Esse eixo da experiência europeia também permite constatar que a aquisição de tecnologias podem fazer parte de uma estratégia mais ampla para impedir ou retardar a entrada de tecnologias concorrentes. Em espécie, o caso analisado foi na indústria farmacêutica, mas essa percepção é igualmente importante na dinâmica contemporânea da economia da informação. Por exemplo, aquisição de tecnologias disruptivas podem fazer parte de uma estratégia para a manutenção artificial do poder de mercado de uma empresa em posição dominante.

Outra originalidade do modelo europeu que merece atenção é a aplicação do Direito da Concorrência nos casos de depreciação de concorrentes, colocada em prática por empresas em posição dominante. Trata-se de uma importante contribuição, pois permite reinterpretar as dimensões dos efeitos desses tipos de mercado na estrutura de mercado.

Por fim, é importante sustentar a importância da abordagem europeia nos casos Microsoft, Google Shopping e Google-Android, pois os mesmos representam a principal originalidade da experiência europeia no objeto de pesquisa. Com efeito, a posição destinada à avaliação do desenvolvimento técnico na análise concorrencial permite identificar um papel mais importante das autoridades da concorrência na preservação das estruturas de mercado mais inovadoras.

CAPÍTULO 6. PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO PELA IDENTIFICAÇÃO DE ABUSOS ATÍPICOS

A importância da punição dos abusos atípicos decorre de a necessidade do Direito da Concorrência ser aberto a avaliar novas estratégias das empresas, não previstas nas orientações da Comissão. Os tipos definidos no art. 102, do TFUE, não são exaustivos, visto que a noção de abuso é considerada de texto aberto. É importante salientar que muitos países, entre os quais o Brasil, utilizam-se dessa possibilidade para viabilizar uma aplicação desse ramo do Direito mais condizente com a dinamicidade das estratégias da empresa no mercado.

A avaliação da abusividade das práticas típicas é realizada de acordo com a dos quadros de análise específicos, dispostos nas Comunicações da Comissão. Esse método não é o mesmo no caso dos abusos atípicos, uma vez que, evidentemente, não há a previsão desses quadros. O julgamento da abusividade nos casos atípicos respeita as condições gerais expostas nas orientações: a posição dominante, a posição dos concorrentes atuais no mercado relevante, as condições de entrada ou expansão dos concorrentes e a posição dos clientes. Além disso, critérios específicos são elaborados pela jurisprudência, que precisa ser retomada para revelar a peculiaridade desse eixo de intervenção concorrencial para a promoção da inovação.

Portanto, dois desafios são colocados na aplicação do art. 102 para proteger a inovação nos casos de abuso atípicos: (i) a suposta licitude de determinadas estratégias; e (ii) a aparente intervenção do Direito da Concorrência no domínio de outros ramos do Direito. Esses dois argumentos são sempre retomados pelas empresas sem posição dominante. Todavia, as decisões das autoridades europeias ancoram-se na promoção da concorrência pelos méritos para reforçar um modelo original de proteção da inovação.

Desta maneira, a análise da jurisprudência europeia permite constatar novamente que não só a indústria farmacêutica, mas também a de tecnologias de informação e comunicação são setores caracterizados pela proliferação de comportamentos anticoncorrenciais. Assim, a estratégia de impedir a entrada de genéricos no mercado foi percebida pela instrumentalização abusiva de direitos de propriedade intelectual (6.1), mais igualmente pela depreciação de concorrentes (6.3). No que se refere à indústria de tecnologias de informação e comunicação, os acordos de normalização são novamente analisados, dessa vez pela aplicação do art. 102 (6.2).

6.1 Instrumentalização das regras de direitos de propriedade intelectual

O Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado para descortinar a abusividade da utilização de regras de direitos de propriedade intelectual no mercado farmacêutico. A pluralidade de instrumentos jurídicos para a promoção da inovação e a incidência de regras de direito de propriedade intelectual dão complexidade especial à aplicação das normas concorrenciais no setor em questão. Esse contexto toma outras proporções com a ascensão e relevância dos medicamentos genéricos.

A consolidação da aplicação das regras concorrenciais como vetor da promoção da inovação no mercado dos medicamentos tem como objetivo permitir a entrada de produtos genéricos mais baratos, como no caso AstraZeneca (6.1.1). Entretanto, a decisão Servier revela que as empresas de medicamentos genéricos podem participar de acordos com finalidades anticoncorrenciais (6.1.2). Essas constatações revelam novas facetas das estratégias de titulares de direitos de propriedade intelectual.

6.1.1 Caso AstraZeneca

A decisão AstraZeneca, grupo anglo-sueco do setor farmacêutico, é um outro caso de emprego de uma estratégia para impedir a entrada de um medicamento genérico no mercado. O Tribunal de Justiça da União Europeia puniu a referida empresa por ter utilizado, de maneira abusiva, o sistema de patentes e os procedimentos de comercialização de produtos farmacêuticos, notadamente no mercado de medicamentos para o tratamento da úlcera⁴⁵⁵.

O principal aporte desse caso é de bem definir a amplitude da intervenção concorrencial no mercado caracterizado não apenas por uma grande regulação setorial, como também por forte incidência de direitos de propriedade intelectual. O raciocínio em análise permite compreender as limitações das autoridades responsáveis pela concessão de direitos de propriedade intelectual de avaliar os casos da instrumentalização anticoncorrencial dos ditos direitos. Além disso, essa decisão reforça as vantagens da construção europeia, que é hesitante no Brasil, da responsabilidade particular das empresas em posição dominante.

⁴⁵⁵ SIBONY, Anne-Lise. Définition du marché pertinent – utilisation abusive – Procédures relatives aux certificats complémentaires de protection pour les médicaments – procédures d'autorisation de mise sur le marché: La Cour de justice de l'UE sanctionne définitivement l'utilisation abusive de procédures réglementaires pour prévenir ou retarder l'arrivée des génériques sur le marché (CJUE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB et AstraZeneca c/ Commission, aff. C-457/10 P), *Concurrences*, n.1, 2013, p. 78-81.

O mercado em questão é caracterizado por uma complexa interface entre várias técnicas jurídicas de promoção da inovação. A compreensão dos aportes do Tribunal de Justiça da União Europeia será possível apenas a partir da apresentação desse contexto legal (6.1.1.1). Cumpre ressaltar que a avaliação do Tribunal afastou o argumento da confusão entre os diferentes ramos do Direito, promovendo a convergência com outras técnicas jurídicas (6.1.1.2).

6.1.1.1 Técnicas jurídicas de promoção da inovação

A decisão do Tribunal teve que respeitar um contexto jurídico caracterizado por muitas técnicas distintas de promoção da inovação, notadamente os direitos de propriedade intelectual, as normas de regulação setorial e o próprio Direito da Concorrência. O principal desafio desse caso era proteger a inovação dos genéricos, respeitando as regras clássicas de direito de propriedade intelectual.

A importância dos direitos de propriedade intelectual para a promoção da inovação é largamente exposta na literatura científica jurídica e econômica. Existe convergência sobre a sua importância para a inovação farmacêutica, que se utiliza das patentes para impedir os comportamentos denominados “parasitas”.

Algumas técnicas foram aplicadas na Europa para reforçar a proteção dos medicamentos inovadores, por isso o Certificado Complementar de Proteção (CCP) foi criado para adicionar uma duração suplementar de proteção da patente dos medicamentos, respeitando os critérios do regulamento n. 1768/92 do Conselho⁴⁵⁶. O objetivo foi de não penalizar a promoção da inovação, na medida em que a avaliação para aprovar a Autorização de Introdução no Mercado (AIM) era muito longa, de acordo com o Conselho de Ministros da Comunidade Europeia. De acordo com Robert Kovar:

Nós temos de considerar que o certificado garante o prolongamento da proteção assegurada pela patente de base detida por AstraZeneca e, pela

⁴⁵⁶ É importante frisar que o Regulamento n. 1768/92 do Conselho, que trata da criação do Certificado Complementar de Proteção para os medicamentos, se insere no contexto de harmonização das condições para emitir a extensão da duração das patentes nos membros da União Europeia. Assim, os regulamentos transitórios vieram para permitir a troca de diferentes proteções existentes nos Estados da União Europeia. Para uma análise dos desafios do Tribunal de Justiça da União Europeia no que diz respeito à interpretação do Regulamento n. 469/2009, que substituiu o Regulamento n. 1768/92, ver AHNER, Francis. *La Cour de justice au diapason? L'interprétation du règlement (CE) n. 469/2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments par la Cour de justice de l'Union européenne*. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 1-16.

mesma, a sua posição dominante, em lhe permitindo usufruir vantagens que de outra forma não seriam acessíveis. Ele [CCP] permite a seus beneficiários de fazer obstáculo à entrada no mercado de produtos concorrentes. Na realidade, a criação do certificado complementar de proteção procede o esforço de inovação das empresas farmacêuticas. Mas a duração dessa proteção devem ser-lhe atribuídos limites, expressão de um compromisso entre o interesse em promover a inovação e o de preservar a concorrência⁴⁵⁷.

E imprescindível frisar que a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia não tem como objetivo colocar em questão os instrumentos clássicos de inovação. Entretanto, AstraZeneca é uma empresa em posição dominante, e isso lhe impõe uma responsabilidade especial de não atentar à concorrência. Essa é a justificativa jurídica central da incidência do Direito da Concorrência da União Europeia sobre suas práticas.

6.1.1.2 Aplicação do Direito da Concorrência

A aplicação do artigo 102 decorre da estratégia da empresa dominante de impedir ou retardar a chegada de medicamentos genéricos concorrentes. Dois abusos foram imputados à AstraZeneca. O primeiro abuso foi a apresentação de um conjunto de declarações enganosas perante os institutos de patentes na Bélgica, na Dinamarca, na Alemanha, nos Países-Baixos, no Reino Unido e na Noruega. Ademais, a empresa ainda se utilizou de declarações incorretas nas jurisdições nacionais na Alemanha e na Noruega.

O segundo abuso foi a submissão de pedidos de retirada do mercado das cápsulas de Losec e do lançamento dos comprimidos Losec MUPS (*Multiple Unit Pellet System*) sem justificativa econômica. Na realidade, verificou-se que o objetivo dessa estratégia era apenas de proteger artificialmente a concorrência desse produto.

Declarações enganosas

A AstraZeneca comunicou aos institutos de patentes na Bélgica, na Dinamarca, na Alemanha, na Irlanda, em Luxemburgo, nos Países Baixos e no Reino Unido que a primeira

⁴⁵⁷ Tradução livre a partir do original: “On se doit de considérer que le certificat garantit la prolongation de la protection assurée par le brevet de base détenu par AstraZeneca et par là même sa position dominante, en lui permettant d’en tirer des avantages qui autrement ne lui auraient pas été accessibles. Il permet à son bénéficiaire de faire obstacle à l’entrée sur le marché de produits concurrents. En effet, la création du certificat complémentaire de protection procède l’effort d’innovation des entreprises pharmaceutiques. Mais la durée de cette protection se voit assigner des limites, expression d’un compromis entre l’intérêt de promouvoir l’innovation et celui de préserver la concurrence”. KOVAR, Robert. *Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010, p. 334.

Autorização de Introdução no Mercado (AIM) foi em março de 1988. No entanto, já existia uma AIM concedida na França no dia 15 de abril de 1987. Essa data é importante porque ela vinculava a concessão de ampliação do tempo de vigência de proteção de patentes, por intermédio de um Certificado Complementar de Proteção (CCP). De acordo com o art. 19, do parágrafo 1º das disposições transitórias do regulamento n. 1768/92:

Pode ser concedido um certificado para qualquer produto que, à data da adesão, esteja protegido por uma patente e para o qual tenha sido obtida uma primeira autorização de colocação no mercado na Comunidade ou nos territórios da Áustria, da Finlândia ou da Suécia, após 1º de janeiro de 1985. No que respeita aos certificados a conceder na Dinamarca, na Alemanha e na Finlândia, a data de 1º de janeiro de 1985 é substituída pela data de 1º de janeiro de 1988. No que respeita aos certificados a conceder na Bélgica, na Itália e na Áustria, a data de 1º de janeiro de 1985 é substituída pela data de 1º de janeiro de 1982⁴⁵⁸.

O Tribunal de Justiça entendeu que AstraZeneca informou as datas erradas porque ela não teria direito a ser beneficiada pelo CCP para o Omeprazol na Dinamarca e na Alemanha. Conforme dispõe o texto do regulamento, isso decorre do fato de a AIM ter sido obtida antes do 1º de janeiro de 1988⁴⁵⁹. O Tribunal de Justiça da União Europeia delimitou que o abuso concorrencial ocorre quando as declarações destinadas a obter, de forma irregular, direitos exclusivos realmente levem as autoridades públicas a conceder o direito exclusivo pedido. Isso foi justamente o que ocorreu, conforme o Tribunal afirma:

[...] ao transmitir declarações enganosas a esses institutos de patentes, dissimulando a existência da referida autorização técnica francesa e deixando-os acreditar, deliberadamente, que a data de 21 de março de 1988 correspondia à autorização técnica luxemburguesa e que esta constituía a primeira AIM na Comunidade, o AZ (AstraZeneca) aceitou conscientemente que estes lhe estavam a conceder CCP que não teriam emitido se tivessem sabido da existência da autorização técnica francesa e que seriam considerados ilegais no caso de a interpretação alternativa do AZ não ser seguida pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou pelo Tribunal de Justiça (§ 96).

Portanto, pode-se depreender que os CCP foram concedidos e baseados em declarações errôneas. Em decorrência dessa estratégia de má-fé da empresa AstraZeneca, a estrutura de mercado e a concorrência potencial foram afetadas. Dessa maneira, mesmo que

⁴⁵⁸ CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Regulamento (CEE) n. 1768/92 do Conselho de 18 de junho de 1992.

⁴⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-457/10P. *AstraZeneca/Comissão*, 6 dez. 2012, § 78.

esse comportamento tenha sido infrutífero em certos países, eles tinham grande potencial de gerar emissões de CCP irregulares.

O Tribunal também ressaltou, na linha da argumentação da Comissão, que esse comportamento deve ser compreendido como parte de uma estratégia global de manter os fabricantes de genéricos indevidamente excluídos do mercado (§ 111). Para entender essa afirmação do Tribunal, faz-se necessário analisar os efeitos concorrenciais da estratégia comercial da empresa ao retirar as cápsulas de Losec do mercado.

Retirada das cápsulas de Losec do mercado

O Tribunal de Justiça entendeu que a retirada das cápsulas de Losec do mercado da Dinamarca, Suécia e Noruega configurou o segundo abuso de posição dominante. Essa retirada ocorreu após expiração do direito exclusivo de explorar os resultados dos testes farmacológicos, toxicológicos e clínicos, que são reconhecidos pela diretiva 65/65⁴⁶⁰. Cumpre destacar que a extinção da exclusividade possibilitaria a entrada dos medicamentos genéricos no mercado em questão.

Todavia, a empresa AstraZeneca lançou o medicamento Losec MUPS no mesmo momento da retirada do antigo Losec. Como desdobramento, a empresa pretendia renovar a exclusividade sob o medicamento, na tentativa de impedir a competição dos genéricos. De acordo com o Tribunal de Justiça:

A este respeito, importa, nomeadamente, constatar, como o Tribunal Geral sublinhou no n.º 675 desse acórdão, que, após o termo do período de exclusividade acima referido, o comportamento que, *inter alia*, impediu os fabricantes de produtos genéricos de utilizarem o seu direito de beneficiar dos ditos resultados não encontra justificação na proteção legítima de um investimento integrado na concorrência baseada no mérito, visto que, por força da Diretiva 65/65, o AZ tinha deixado precisamente de gozar do direito exclusivo de explorar os resultados desses ensaios (§ 131).

A AstraZeneca argumentou que o simples exercício de um direito, conferido pelo Direito Europeu, não poderia ser incompatível com a noção de “concorrência pelos méritos”. Esse argumento não prosperou, dado que o Tribunal afirmou que “os abusos de posição dominante consistem, na maioria dos casos, em comportamentos que seriam lícitos à luz de outros ramos do direito que não o Direito da Concorrência” (§ 132). O Tribunal entendeu que

⁴⁶⁰ CONSELHO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Directiva do Conselho de 26 de janeiro de 1965*.

essa estratégia da empresa AstraZeneca tinha como objetivo excluir os fabricantes genéricos, e isso não estava de acordo com a sua responsabilidade especial de empresa dominante.

Em síntese, foi reiterado o entendimento segundo o qual uma empresa, em posição dominante, não pode instrumentalizar procedimentos com intuito único e exclusivo de impedir ou tornar mais difícil a entrada de concorrentes no mercado. Em outras palavras, a empresa em posição dominante só pode excluir os seus competidores ou potenciais competidores se houver justificações econômicas objetivas. Caso contrário, tal estratégia não será entendida como uma concorrência baseada nos méritos (§ 134).

Dois argumentos permitem a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no caso AstraZeneca. De um lado, a constatação da existência de informações enganosas com a finalidade de prolongar abusivamente a proteção dos direitos de propriedade intelectual. De outro lado, a ausência de justificação objetiva da AstraZeneca para lançar novo produto com as mesmas características que o antigo. Os prejuízos à concorrência decorrentes dessas estratégias atingiram os produtores de genéricos do mercado, o que impede os consumidores de comprar produtos mais baratos.

A análise do Tribunal permite obter as seguintes conclusões: (i) os abusos de posição dominante têm uma aparência *a priori* de legalidade; (ii) a aplicação do Direito da Concorrência pode revelar amplitude mais real dos prejuízos ao bem-estar de prática de empresas no mercado de alta tecnologia; e (iii) a incidência de um ramo do direito não afasta a incidência do Direito da Concorrência, se forem observados os critérios legais.

6.1.2 Caso Servier

A autocomposição processual é normalmente vista como benéfica e vantajosa forma de resolver problemas no Poder Judiciário. Quando as partes transigem sobre o objeto da lide, evita-se que o processo se prolongue por maior período, de modo que facilita uma solução a qual satisfaça igualmente os envolvidos. Todavia, a existência de relação de hipossuficiência ou de assimetria de informações entre as partes, por exemplo, pode ser utilizada como meio para finalidades ilícitas.

A autocomposição processual no domínio do Direito da Concorrência pode ser utilizada, por uma empresa em posição dominante, como estratégia para impedir que competidores entrem no mercado. Em 2014, a Comissão Europeia condenou empresas no mercado de medicamentos justamente por esse motivo, por isso multou em 427,7 milhões de euros, a Servier, empresa francesa, e cinco fabricantes de medicamentos genéricos –

Niche/Unichen, Matrix, Teva, Krka e Lupin. Neste caso, a aquisição de uma determinada tecnologia para impedir a entrada dos competidores é elemento central na análise da Comissão (6.1.2.1), que aplicou os artigos 101 e 102 para punir as empresas (6.1.2.2).

6.1.2.1 Aquisição abusiva de tecnologia

De acordo com a Comissão Europeia, a empresa Servier detinha poder de mercado importante sobre o mercado da molécula de périndopril. Esse entendimento decorre do fato de nenhum medicamento para hipertensão, a não ser os genéricos, ser suscetível a reduzir as vendas ou os preços praticados pela dita empresa. Contudo, a principal patente de Servier havia expirado em 2003, restando apenas patentes secundárias, relativas aos procedimentos e à forma do produto. Essa proteção, menos elevada, tornou o mercado mais propício às empresas produtoras de genéricos, que se preparavam para competir com Servier.

Então, as empresas de genéricos atuavam em duas frentes para superar os últimos entraves para entrar no mercado: (i) ter acesso aos produtos sem patente; e (ii) contestar patentes de Servier em que os produtores de genéricos acreditavam e que os bloqueavam indevidamente. A primeira frente havia se esgotado em 2004, quando a Servier adquiriu a tecnologia mais avançada do setor, o que obrigou o abandono de vários projetos desenvolvidos pelos fabricantes de genéricos.

Essa aquisição adiou a entrada dos genéricos no mercado, os quais dependiam da referida tecnologia. Entretanto, de acordo com a própria Servier, essa tecnologia nunca foi utilizada e serviu apenas para reforçar o mecanismo de defesa concorrencial da empresa. Restava às empresas de genéricos discutir judicialmente as patentes de Servier, que elas acreditavam bloquear indevidamente a sua entrada.

6.1.2.2 Aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE

A Comissão constatou que, de 2005 a 2007, praticamente toda vez que um produtor de genéricos ajuizava ações, as partes realizavam autocomposição para extinguir o processo. Portanto, a transação processual não versava simplesmente sobre uma solução acerca de um litígio sobre direitos de propriedade intelectual. Na realidade, acordava-se a abstenção das empresas de produtos genéricos no mercado, em troca do repasse de parte dos lucros da Servier. De acordo com o então vice-presidente da Comissão, Joaquin Almunia:

Servier recorreu a uma estratégia que consistia em comprar sistematicamente toda ameaça de concorrência, a fim de garantir que ela continuaria afastada do mercado. Um tal comportamento é manifestadamente anticoncorrencial e abusivo. As empresas concorrentes não podem acordar entre si para dividir os mercados ou os lucros de um mercado, no lugar de concorrer entre si, mesmo que tais acordos tomem a forma de soluções amigáveis em matéria de patente. Esse tipo de prática traz danos diretos aos pacientes, aos sistemas de saúde nacional e aos contribuintes. As empresas farmacêuticas deveriam concentrar seus esforços sob a inovação e a concorrência no lugar de tentar extrair lucros suplementares dos pacientes⁴⁶¹.

A Comissão entendeu que é legítimo e desejável solicitar patentes, transferir tecnologia e promover a autocomposição dos conflitos. Todavia, no caso Servier constatou-se que há utilização abusiva desses institutos, uma vez que se impediu o desenvolvimento de tecnologia dos concorrentes e comprou-se um certo número de potenciais competidores que iam colocar no mercado medicamentos mais baratos. O resultado dessas práticas foi o prejuízo da concorrência pelos próprios méritos, o que permitiu a aplicação dos artigos 101 e 102, do TFUE.

O art. 102 foi aplicado aos abusos de posição dominante decorrente da estratégia da Servier de impedir o desenvolvimento da tecnologia concorrente. Já o art. 101 foi aplicado em cada transação processual com efeitos anticompetitivos. De acordo com a Comissão:

Um fabricante de genéricos reconheceu que ele “comprava mercado do périndopril”. Um outro insistiu no fato que “toda solução amigável podia acontecer por somas significativas”, que ele qualificava igualmente de “grande soma de dinheiro”. No total, as transferências de dinheiro aos fabricantes de genéricos alcançaram vários milhões de euros. Em um certo caso, Servier ofereceu a um fabricante de genéricos uma licença a 7 mercados nacionais; em contrapartida, este aceitou se “sacrificar” em todos os outros mercados da União Europeia e parar os esforços para lançar o seu périndopril nesses países. Servier obteve assim a segurança que os fabricantes de genéricos restariam afastados dos mercados nacionais e se

⁴⁶¹ Tradução livre do original: “Servier a eu recours à une stratégie qui consistait à acheter systématiquement toute menace concurrentielle, afin de s'assurer qu'elle resterait à l'écart du marché. Un tel comportement est manifestement anticoncurrentiel et abusif. Des entreprises concurrentes ne peuvent pas se mettre d'accord pour se partager des marchés ou les rentes d'un marché au lieu de se faire concurrence entre elles, même lorsque de tels accords prennent la forme de règlements amiables en matière de brevet. Ce type de pratiques nuit directement aux patients, aux systèmes de santé nationaux et aux contribuables. Les entreprises pharmaceutiques devraient concentrer leurs efforts sur l'innovation et la concurrence plutôt que de tenter de soutirer des rentes supplémentaires aux patients”. COMISSÃO EUROPEIA. Ententes et abus de position dominante : la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l'entrée sur le marché de versions moins chères d'un médicament cardiovasculaire. *Communiqué de presse*, 9 jul. 2014

absteriam de todo recurso jurisdicional durante toda a duração dos acordos⁴⁶².

O caso Servier coloca em evidência a possibilidade de uma empresa em posição dominante adquirir uma determinada tecnologia com a única finalidade de impedir a entrada de competidores no mercado. Importa destacar a dificuldade de se provar que a compra de uma tecnologia, por si só, seja considerada anticoncorrencial. Contudo, o caso em espécie permite entender que ela pode vir conjugada com outros comportamentos abusivos, que acabam impedindo a entrada de novos produtos (melhores ou mais baratos) e novos competidores.

6.2 Negociação abusiva de licenças FRAND

Os acordos de normalização são considerados como importante recurso para promoção do desenvolvimento técnico, em particular no domínio da informática e das tecnologias de informação e comunicação e informação. A experiência do Direito da Concorrência da União Europeia revelou a importância das licenças em condições FRAND por excluir as hipóteses de “*patent hold up*”, notadamente no domínio dos acordos (art. 101, TFUE). Por sua vez, a aplicação do art. 102, do TFUE, descortina uma outra oportunidade de instrumentalização dos acordos de normalização, precisamente no que diz respeito à possibilidade de atentar à concorrência pelos méritos.

O julgado Huwaei trata da existência de um abuso de posição dominante devido ao fato da dita empresa ter apresentado uma ação de contrafação de patentes essenciais, de uma norma estabelecida por um organismo de normalização. O Tribunal promoveu uma polêmica, porém original aproximação entre Direito da Concorrência, direito da propriedade intelectual e técnica de normalização. De fato, as normas de Direito da Concorrência foram utilizadas para sustentar avaliação da boa fé das empresas no momento da negociação das condições FRAND.

⁴⁶² Tradução livre do original: “Un fabricant de génériques a reconnu qu’il se faisait «*racheter du marché du périndopril*». Un autre a insisté sur le fait que «*tout règlement amiable ne pourra avoir lieu que pour des sommes significatives*», qu’il qualifiait également de «*grosse somme d’argent*». Au total, les versements d’argent de Servier aux fabricants de génériques ont atteint plusieurs dizaines de millions d’euros. Dans un cas, Servier a offert à un fabricant de génériques une licence pour 7 marchés nationaux; en contrepartie, celui-ci a accepté de «*sacrifier*» tous les autres marchés de l’UE et de stopper tous ses efforts de lancement de son périndopril dans ces pays. Servier a ainsi obtenu l’assurance que les fabricants de génériques resteraient à l’écart des marchés nationaux et s’abstiendraient de tout recours juridictionnel pendant toute la durée des accords.” COMISSÃO EUROPEIA, Ententes et abus de position dominante: la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l’entrée sur le marché de versions moins chères d’un médicament cardiovasculaire. *Communiqué de presse*, 8 jul. 2014.

A decisão Tribunal se insere no contexto da aplicação desse ramo do Direito para proteger a inovação na medida em que o dito direito revela, em nome da boa-fé, as tensões entre “*patent hold up*” e “*reverse patent hold up*” no processo de negociação das condições FRAND. Nesse contexto, o Tribunal estabeleceu um quadro de análise (6.2.1) para definir a responsabilidade de abertura e continuação das negociações. Entretanto, a ausência de uma inserção jurisprudencial precisa reforça o caráter polêmico do caso (6.2.2).

6.2.1 *Quadro de análise*

Cumprе ressaltar que a preocupação dos órgãos europeus se insere no debate maior sobre o poder de mercado das grandes empresas de tecnologias de informação e comunicação. O que está em questão é a utilização abusiva do poder de mercado decorrente dos direitos de propriedade intelectual no novo contexto da Economia da Informação.

De acordo com a visão clássica, a responsabilidade da abertura da negociação recai sobre o usuário que pretende explorar o direito de propriedade intelectual⁴⁶³. No entanto, o poder de mercado decorrente das patentes essenciais tem desdobramentos particulares no próprio processo de negociação (6.2.1.1). Diante desse contexto, no Tribunal, havia dois quadros de análises distintos para solucionar essa questão, decorrentes da Comissão e da Jurisprudência alemã (6.2.1.2).

6.2.1.1 Patentes essenciais, concorrência e ação de contrafação

No capítulo 4, precisamente na seção 4.2.2, discorreu-se acerca da aplicação do art. 101, do TFUE, nos acordos de normalização. No presente capítulo, o que se discute é a aplicação do art. 102, do TFUE, portanto, das normas sobre abuso de posição dominante. Em outras palavras, não se questiona a licitude do acordo, mas a legalidade de negociações entre as partes deste.

Nesse sentido, o julgado em questão é um pedido de decisão prejudicial, feito por *Landgericht Düsseldorf* (Alemanha). Tratava-se de litígio que opunha a Huwaei Technologies, sociedade chinesa de dimensões internacionais, à ZTE, grupo de telecomunicação chinesa de dimensões internacionais, que é composta por uma filial alemã localizada em Düsseldorf. Neste caso, o seu objeto é a análise da existência de abuso de

⁴⁶³ TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Editions Dalloz, out.-dez., 2015, p. 870.

posição dominante no ajuizamento de uma ação de contrafação de uma patente essencial a uma norma estabelecida por um organismo de normalização⁴⁶⁴.

De antemão, cumpre salientar que a Huawei Technologies registrou uma Patente Essencial à Norma (PEN) “*Long Term Evolution*”. Nessa ocasião, a referida empresa assumiu a responsabilidade de conceder a terceiros licença a condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias (FRAND - *Fair, Reasonable, and Non-discriminatory*), por força do art. 6.1, do anexo 6 das regras processuais do *European Telecommunication Standards Institute* (ETSI)⁴⁶⁵.

Todavia, as duas partes não estavam de acordo sobre o conteúdo das condições FRAND, e essa é a razão pela qual as negociações das licenças não se concluíram. Além do mais, a ZTE comercializou os produtos que funcionavam com base na referida norma, sem pagar a remuneração a Huawei Technologies, nem prestar conta exaustivamente a esta empresa dos atos de exploração subsequentes.

Por esses motivos, a Huawei Technologies ajuizou ação de contrafação contra ZTE com intuito de reclamar a cessação da contrafação, o fornecimento de dados contábeis, a retirada dos produtos e a reparação dos danos sofridos. De acordo com o Tribunal, as questões prejudiciais, feitas pela jurisdição de reenvio, são agrupadas em dois blocos: (i) saber se as circunstâncias para ação de contrafação que tenha por objeto a cessação da contrafação do PEN para caracterizar como prática contrária ao artigo 102, do TFUE; e (ii) saber se uma empresa em posição dominante, detentora de um PEN, pode ajuizar ação em contrafação, para requerer dados contábeis sobre a sua utilização ou requerer a reparação de danos sofridos por causa desses atos. Portanto, o principal problema em matéria concorrencial é definir se a ação em contrafação, ajuizada por Huawei, pode ser entendida como um abuso punido pelo artigo 102, do TFUE.

Sobre o primeiro grupo de questões prejudiciais, o Tribunal admitiu que o comprometimento de fornecer licenças em condições FRAND cria expectativas legítimas sob o titular de PEN. Na sequência, como as partes estavam em desacordo sobre as condições FRAND, o Tribunal estabeleceu um quadro de análise para avaliar se a ação de contrafação deve ser compreendida como abuso concorrencial.

⁴⁶⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-170/13. *Huawei x ZTE*, 16 jul. 2015..

⁴⁶⁵ O ETSI é um organismo cujo objeto é criar normas adaptadas aos objetivos técnicos do setor europeu das telecomunicações e reduzir o risco de que os investimentos destinados à preparação, à adoção e à aplicação de normas se percam devido à indisponibilidade da propriedade intelectual, essencial para a aplicação das referidas normas. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-170/13. *Huawei x ZTE*, 16 jul. 2015, § 12.

6.2.1.2 Quadros de análise distintos

O Tribunal de Justiça dispunha de dois quadros de análise para criar a nova abordagem que ele propôs. O primeiro decorria da jurisprudência alemã (Orange Book KZR 39/06⁴⁶⁶) e o segundo da Comissão Europeia (Samsung e Motorola⁴⁶⁷). O desafio do Tribunal era justamente criar uma solução jurídica entre essas interpretações diferentes, pois nenhuma delas poderia ser aplicada diretamente, devido às particularidades que serão analisadas a seguir.

Assim sendo, a jurisprudência alemã definiu que o titular de uma patente essencial, ao ajuizar ação em contrafação, só abusa da sua posição dominante em algumas condições. A primeira é que o suposto contrafator tenha apresentado, de maneira incondicional, uma proposta de contrato de licença. A segunda é que o titular da patente a recuse, causando prejuízo por violar o princípio da não discriminação. No caso de o suposto contrafator utilizar as especificações técnicas antes da aceitação do contrato, deverá, desde já, cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do futuro contrato. Essa jurisprudência privilegiava a titular das patentes essenciais, conforme o Tribunal destaca:

Tendo em conta que as propostas de contrato da ZTE não podem ser consideradas “incondicionais”, uma vez que se limitam aos produtos que dão origem à violação da patente e que a ZTE não transferiu para a Huawei Technologies o montante da remuneração por si calculada nem lhe prestou contas de forma exaustiva dos atos de exploração, o órgão jurisdicional de reenvio (*Landgericht Düsseldorf* - Alemanha) salienta que deve ser excluído que a ZTE possa validamente invocar o carácter obrigatório da concessão da licença e, por conseguinte, a ação inibitória da Huawei Technologies deve ser julgada procedente⁴⁶⁸.

Apesar da semelhança entre os fatos da decisão Orange Book e o presente, uma particularidade impedia a aplicação da íntegra daquela jurisprudência. O caso Orange Book versava sobre uma norma *de facto*, situação na qual não havia o compromisso do titular da patente de conceder licenças FRAND. No conflito entre Huawei e ZTE, por sua vez, havia uma norma acordada entre as empresas, e esse contrato incluía a obrigação de conceder licenças das patentes essenciais a condições FRAND, por isso analogia não era perfeita.

⁴⁶⁶ BUNDESGERICHTSHOF [Federal Court of Justice], Processo n. KZR 39/06. *Norme Orange Book*, 6 maio 2009.

⁴⁶⁷ COMISSÃO EUROPEIA. La Commission accepte les engagements proposés par Samsung Electronics concernant les injonctions relatives aux brevets essentiels liés à une norme. *Communiqué de presse*. Bruxelas, 29 abr. 2014.

⁴⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-170/13. *Huawei x ZTE*, 16 jul. 2015, § 33.

Então, caberia à ZTE ter proposto um contrato de licença de maneira incondicional, se esse quadro de análise tivesse sido adotado.

Essa incoerência factual fez o próprio órgão jurisdicional de reenvio se questionar se seria mais adequado aplicar a grade de análise da Comissão disposta nos casos Samsung e Motorola. Importa destacar que, no caso Samsung, não houve condenação, uma vez que a solução se deu com a adoção de compromissos. Por meio deles, a Samsung ficou obrigada a não ajuizar ação de contrafação sobre suas patentes essenciais durante cinco anos. Além disso, ficou disposto que um terceiro seria nomeado para definir as condições FRAND, se não houvesse acordo sobre as partes. No caso Motorola, que trata do mesmo objeto, houve verdadeiramente uma condenação por abuso de posição dominante, mas sem aplicação de multa.

É possível perceber nesses casos que a Comissão se utiliza de duas etapas para julgar se a ação de contrafação ajuizada por um detentor de uma PEN pode ser considerada abuso de posição dominante. A primeira é que o titular dessa PEN tenha indicado ao organismo de normalização que está disposto a conceder licenças FRAND. A segunda é que o próprio infrator esteja disposto a negociar essa licença⁴⁶⁹. A aplicação dessa jurisprudência tenderia a privilegiar a ZTE, dado que a Huawei não tomou a iniciativa da negociação.

Para solucionar esse impasse, o Tribunal de Justiça da União Europeia deveria definir qual quadro de análise seria aplicado ao caso⁴⁷⁰. De outro modo, o Tribunal poderia estabelecer a quem caberia a responsabilidade de abertura da negociação, assim como os elementos dessa negociação. De acordo com o Tribunal:

[...] o artigo 102.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que o titular de uma PEN, que se comprometeu irrevogavelmente perante um organismo de normalização a conceder a terceiros uma licença em condições FRAND, não abusa da sua posição dominante na acepção deste artigo ao propor uma ação por violação de patente destinada a obter a cessação da violação da sua patente ou a retirada de produtos para cujo fabrico essa patente foi utilizada, quando:

– antes da propositura da ação, por um lado, tiver advertido o alegado infrator da violação que lhe imputa, designando a referida patente e indicando o modo como está a ser violada, e, por outro lado, após o alegado infrator exprimir a sua vontade de concluir um contrato de licença em

⁴⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-170/13. *Huawei x ZTE*, 16 jul. 2015, § 34.

⁴⁷⁰ No processo clássico de propriedade intelectual, a abertura da negociação cabe ao utilizados, ou seja, aquele que deseja explorar o direito de propriedade intelectual. Entretanto, o caso Google books demonstrou que esse modelo não se mostra suficiente quando envolve os gigantes da nova economia. TREPPOZ, Édouard. *Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Editions Dalloz, out-dez, 2015, p. 870.

condições FRAND, lhe tiver apresentado por escrito uma proposta concreta de licença em tais condições, precisando, designadamente, a remuneração e as modalidades do seu cálculo; e

- o referido infrator continua a explorar a patente considerada e não dá seguimento a esta proposta de modo diligente, em conformidade com os usos comerciais reconhecidos na matéria e de boa-fé, o que deve ser determinado com base em elementos objetivos e implica, nomeadamente, a inexistência de qualquer tática dilatória (§ 71).

O Tribunal definiu assim três etapas do quadro de análise. A primeira é a advertência ao alegado infrator da violação em questão, antes da propositura da ação. A segunda é a apresentação por escrito da proposta concreta de licença, após o alegado infrator se propor a negociá-la. A terceira é ausência de sequência diligente e de boa-fé da negociação por parte do referido infrator. Sendo assim, a responsabilidade para uma oferta concreta e escrita repousa sobre o titular da PEN, o que é coerente com a natureza das licenças FRAND e com o fato de ele estar melhor colocado que o suposto contrafator, para examinar se sua oferta respeita a condição de não discriminação.

O objetivo do Tribunal foi consolidar uma solução entre as duas jurisprudências e equilibrar alguns princípios constitucionais da União, a saber, de um lado, a propriedade intelectual e o direito a um recurso efetivo, e, do outro, a liberdade de empreender da empresa utilizadora da norma e da livre concorrência⁴⁷¹. Contudo, a busca do Tribunal por criar uma decisão inovadora foi intensamente criticada. Conforme será visto a seguir, alguns juristas criticaram a identificação do percurso jurisprudencial, o que dificultou a definição precisa do conteúdo de “modo diligente” e “boa-fé”, constantes na terceira etapa do quadro de análise.

É possível concluir que a responsabilidade de oferta concreta e escrita repousa sob o titular, o que é coerente com a natureza das licenças FRAND e com o fato de que ele é melhor colocado para examinar a oferta. Nesse caso, o Direito da Concorrência pode ser compreendido como instrumento privilegiado de judicialização do processo de negociação das licenças em condições FRAND⁴⁷².

Sobre o segundo grupo de questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça decidiu que a possibilidade de abuso se restringe à ação de contrafação que vise à cessação. De acordo com Anne-Lise Sibony:

⁴⁷¹ MARTY, Frédéric. La Commission européenne soumet à un test de marché les propositions d’engagements d’un opérateur majeur du secteur de la téléphonie mobile. *Concurrences*, n.1, 2014, p. 67.

⁴⁷² TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Editions Dalloz, out-dez, 2015, p. 867.

Com isso, ele (o Tribunal de Justiça) especifica que o âmbito da decisão se limita à ação de contrafação que visa à cessação, pois é a única a ter incidência sob a possibilidade de os concorrentes das empresas dominantes ficarem no mercado do produto ou serviço conforme a norma subjacente à patente em questão⁴⁷³.

Pode-se concluir, a partir da decisão do Tribunal de Justiça, que é lícito o ajuizamento de ações de contrafação para o fornecimento de dados contábeis ou para cobrança de indenização. O cerne da questão concorrencial reside no ajuizamento de ação de contrafação para excluir o concorrente, após não ter agido com boa-fé para a concessão de licenças FRAND. Portanto, as principais contribuições do Tribunal de Justiça residem na definição do conteúdo da boa-fé em matéria concorrencial.

6.2.2 Peculiaridades da abordagem do Tribunal de Justiça

A definição da responsabilidade da abertura da negociação foi um dos principais temas discutidos pelo Tribunal de Justiça. Em síntese, houve uma nova aproximação entre o processo de normalização, o Direito da Concorrência e o direito da propriedade intelectual. Entretanto, a associação jurisprudencial realizada pelo Tribunal não foi suficientemente precisa (6.2.2.1). Essa constatação permite entender as dificuldades em torno dos contornos da aplicação do conceito de boa-fé na análise concorrencial (6.2.2.2).

6.2.2.1 Imprecisão da associação jurisprudencial

A abordagem do Tribunal guarda certas polêmicas longe de terem soluções simples, sobretudo por causa da ausência de uma jurisprudência sólida sobre a prática com as complexidades do caso em espécie. Os elementos de apreciação da diligência e boa fé não são indicados de maneira suficientemente clara, na última etapa do quadro de análise aplicado pelo Tribunal. De acordo com Édouard Treppoz, isso é decorrente de uma certa zona cinzenta em matéria de filiação jurisprudencial, que merece ser exposta. Esse autor entende que o Tribunal afastou certas associações úteis à sua abordagem, com o objetivo argumentar a existência de uma nova forma de abuso.

⁴⁷³ Tradução livre do original: “Avec cela, elle précise que la portée de l’arrêt se limite à l’action en contrefaçon qui vise la cessation, car c’est la seule à avoir une incidence sur la possibilité pour les concurrents de l’entreprise dominante à rester sur le marché du produit ou du service conforme à la norme sous-jacente au brevet en cause”. SIBONY, Anne-Lise. Brevet essentiel est une norme (BEN) – Licence «FRAND» – Actions en contrefaçon, *Concurrences*, n.4, 2015, p. 123.

Em primeiro lugar, a decisão Huwaei coloca em evidência uma situação paradoxal e citou a decisão Volvo, segundo a qual a recusa de licenciar não seria um abuso de posição por si só. Todavia, esta dispõe que a fixação do preço das peças de reposição a um nível abusivo poderia configurar um abuso de posição dominante⁴⁷⁴. A decisão Huwaei, por sua vez, não se propôs a avaliar o caráter abusivo do preço das propostas de licença, e isso pode ser interpretado como uma tentativa de o Tribunal afastar a aplicação das jurisprudências relativas a preços excessivos.

Em segundo lugar, o Tribunal também não utilizou a associação da patente integrada no seio de uma norma a infraestruturas essenciais⁴⁷⁵. Dessa feita, na opinião de Édouard Treppoz, a decisão não é filiada à linha jurisprudencial da decisão Magill⁴⁷⁶ e IMS Health⁴⁷⁷.

Em terceiro lugar, o Tribunal não citou o caso ITT Promedia⁴⁷⁸, que versava justamente sobre o abuso de posição dominante por ajuizar ação de contrafação. Destaca-se que o quadro de análise constante nessa decisão foi largamente utilizado em decisões francesas⁴⁷⁹. A decisão do TPICE, no caso ITT Promedia, precisou as condições nas quais o direito de demandar a execução de um contrato ou agir judicialmente podem ser constitutivas de abuso de posição dominante⁴⁸⁰. De acordo com essa decisão, o quadro de análise que deve ser aplicado no caso é composto por dois critérios: a ação deve ser objetivamente desprovida de todo fundamento e deve perseguir um objetivo anticoncorrencial, a fim de eliminar o concorrente.

A adoção dessa jurisprudência permitiria apreciar se o exercício de uma ação de contrafação, pelo titular de um PEN, visa simplesmente a pressionar o licenciado para obter preço excessivo ou se ele constitui um último recurso da titular em face da má-fé deste

⁴⁷⁴ TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Editions Dalloz, out-dez., 2015, p. 868.

⁴⁷⁵ Para a interpretação das patente essenciais enquanto infraestrutura essencial, ver MARTY, Frédéric. La Commission européenne soumet à un test de marché les propositions d'engagements d'un opérateur majeur du secteur de la téléphonie mobile, *Concurrences*, n.1, 2014, p. 67.

⁴⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-241/91 P. *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) x Commission (Magill)*, 6 abr. 1995.

⁴⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-242/91. *IMS Health/NDC Health*, 29 abr. 2004.

⁴⁷⁸ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-111/96. *ITT Promedia/Comissão*, 17 jul. 1998.

⁴⁷⁹ Entre as principais decisões nas quais o Conselho da Concorrência francês aplicou a fórmula do caso ITT Promedia estão: CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 99-D-77. *Société Télésélection x M6*, 7 dez. 1999; CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 00-D-24. *SNC MK2 Tolbiac x Association de défense de l'environnement et du cadre de vie de la Bibliothèque de France*, 10 maio 2000; CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 02-D-35. *Spinevision*, 13 jun. 2002.

⁴⁸⁰ TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-111/96. *ITT Promedia x Comissão*, 17 jul. 1998, §. 271. Ver BRUGUIERRE, J.-M, Action en contrefaçon et abus de position dominante, *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, coleção do CEIPI, n. 61, Paris : Lexis Nexis, 2013, p. 73-86.

último⁴⁸¹. O desafio seria definir, mais claramente, a qualificação abusiva ou não do preço. Sem essa objetividade, no momento de definir a associação jurisprudencial dessa decisão em espécie, o Tribunal acaba por não discutir um objeto muito importante para a efetividade dessa sentença.

6.2.2.2 Aplicação do conceito de boa-fé

É importante frisar que a expressão de boa-fé, normalmente inserida em um contexto civilista, pode se traduzir em uma linguagem mais econômica. De acordo com A.-L. Sibony, o objetivo é:

Encontrar uma maneira de minimizar, de um lado, o risco de *patent hold-up* da parte do detentor de patente essencial (risco que ele aproveita do caráter essencial da patente para exigir retornos excessivos) e, de outro lado, o risco de *patent hold-out* ou *reverse patent hold-up* que resultaria do comportamento dilatório do demandante da licença (uma forma de *free riding* que resulta na utilização da patente sem concluir a licença)⁴⁸².

Cumprindo ainda destacar que o Advogado-Geral Melchior Wathelet apresentou algumas pistas para delimitar os elementos de apreciação da boa-fé. Entretanto, uma de suas ponderações merece mais destaque. De acordo com o jurista:

Caso não tenha sido dado início às negociações ou caso estas não sejam bem-sucedidas, o comportamento do alegado infrator da patente não pode ser considerado dilatório ou não sério se este requerer que um órgão jurisdicional ou um tribunal arbitral fixem as condições FRAND. Nesse caso, é legítimo que o titular de uma PEN exija que o infrator da patente preste uma garantia bancária para o pagamento das taxas de licença ou deposite um montante provisório junto do órgão jurisdicional ou do tribunal arbitral a título da exploração passada e futura da sua patente⁴⁸³.

⁴⁸¹ TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Editions Dalloz, out-dez, 2015, p. 868.

⁴⁸² Tradução livre, a partir do original: “trouver une manière de minimiser, d’une part, risque de patent hold-up de la part du détenteur de brevet essentiel (risque qu’il profite du caractère essentiel du brevet pour exiger une redevance excessive) et, d’autre part, le risque de patent hold-out ou reverse patent hold-up qui résulterait du comportement dilatoire du demandeur de licence (une forme de free riding qui aboutit à l’utilisation du brevet sans conclure de licence”. SIBONY, Anne-Lise. Brevet essentiel est une norme (BEN) – Licence «FRAND» – Actions en contrefaçon, *Concurrences*, n.4, 2015, p. 121-122.

⁴⁸³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa n. 155/144, 20 nov. 2014. Conclusões do advogado-geral no processo C-170/13 Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH.

Ao retomar as conclusões do Advogado-Geral e não refutar a adoção de um tribunal arbitral ou de requerer a solução em um órgão jurisprudencial, o Tribunal exime-se novamente de tratar de importante aspecto da decisão. Essa interpretação reforça as polêmicas da decisão, já que afasta uma avaliação de um aspecto fundamental ao caso.

Entende-se a decisão em análise se aproximou mais da concepção exposta na jurisprudência alemã. De outro modo, pode-se afirmar que foram estabelecidas condições mais estritas para que o titular da patente essencial abuse da sua posição dominante ao ajuizar ação de contrafação⁴⁸⁴.

6.3 Depreciação dos concorrentes

A experiência da Autoridade Francesa da Concorrência no que diz respeito à aplicação do Direito da Concorrência nos casos de depreciação dos concorrentes pode ser compreendida como um importante aporte para a proteção da inovação. O mercado dos medicamentos se apresenta novamente como sendo um *locus* no qual as empresas detentoras de direitos de propriedade intelectual atentam à concorrência pelos méritos, afastando abusivamente seus concorrentes.

O caso Buprenorfina representa a importância da originalidade da aplicação dessa técnica pela Autoridade Francesa da Concorrência, na medida em que ela descortinou os efeitos dessa prática na entrada dos genéricos no mercado em questão. A amplitude do fechamento do mercado bem como o atentado ao bem-estar do consumidor são avaliados de maneira mais realista com a utilização dos argumentos decorrentes do Direito da Concorrência. Portanto, essa decisão também contribui para a sistematização do modelo europeu de proteção da inovação pela aplicação dessas normas.

O quadro de análise aplicado remonta a outros casos julgados pela Autoridade Francesa da Concorrência, representando o reforço de enquadrar com mais precisão a responsabilidade especial das empresas em posição dominante (6.3.1). O aporte desse eixo de proteção da inovação é uma importante contribuição ao modelo europeu, mas igualmente a outras tradições, como a brasileira (6.3.2).

⁴⁸⁴ “Penche donc plutôt du côté de la jurisprudence allemande que du côté de l’appréciation préliminaire de la Commission dans l’affaire Samsung. Il ne suffit pas pour paralyser au titre de l’article 102 l’action en contrefaçon du titulaire d’un BEN que le contrefacteur se déclare prêt à négocier une licence FRAND. Les conditions sont plus strictes et visent à s’assurer que tant le titulaire du brevet que son utilisateur sont de bonne foi”. SIBONY, Anne-Lise. Brevet essentiel est une norme (BEN) – Licence « FRAND » - Actions en contrefaçon, *Concurrences*, n. 4, 2015, p. 123.

6.3.1 Quadro de análise

O caso Buprenorfina enquadra-se também no espírito do inquérito ao setor efetuado pela direção geral da concorrência da Comissão Europeia no domínio farmacêutico⁴⁸⁵. Com esses dados sobre o mercado relevante, a Autoridade da Concorrência francesa apoiou-se na proibição de acordos e abusos de posição dominante para sancionar as fraudes e açambarcamentos no mercado de medicamentos⁴⁸⁶. As estratégias confirmadas reiteradas vezes no setor em análise para impedir a entrada de genéricos no mercado (6.3.1.1) possibilitou uma revisão da intervenção concorrencial nos casos de depreciação dos concorrentes (6.3.1.2).

6.3.1.1 Estratégia contra os genéricos

A Autoridade da Concorrência francesa sancionou o laboratório Schering-Plough no montante de 15,3 milhões de euros, pelo fato da empresa ter utilizado estratégia abusiva para impedir a chegada do genérico do Subutex (molécula de buprenorfina)⁴⁸⁷. Esse medicamento é utilizado para o tratamento da dependência aos opiáceos dos pacientes toxicômanos e

⁴⁸⁵ Ver COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão Europeia. Síntese do relatório sobre o inquérito ao setor farmacêutico, 8 jul. 2009. No parecer n. 13-A-24 de 29 de dezembro de 2013, relativo ao funcionamento da concorrência no setor de distribuição de remédios de utilização humana, a autoridade da concorrência expôs que suas práticas de depreciação dos concorrentes tomam diversas formas. Elas atuam nos lugares de fabricação no sentido de afirmar a falta de eficácia, efeitos nocivos ou ainda a ausência de bioequivalência do genérico. Apesar da Comissão não ter condenações sobre a depreciação dos concorrentes, muitas outras foram por ela, e isso demonstra o esforço em promover a concorrência pelos méritos no mercado dos medicamentos, notadamente no que concerne aos entraves a entrada dos genéricos. Entre eles, o caso mais emblemático é AstraZeneca, mas outros também merecem ser destacados como o caso Lundbeck; Johnson & Johnson; Norvatis; e Fentanyl.

⁴⁸⁶ Desde 2003, o Conselho da Concorrência analisa esse tipo de caso no mercado de medicamentos. Ver CONSEIL DE LA CONCURRENCE Processo n. 03-D-35. *Sandoz-Norvatis Pharma*, 24 jul. 2003. Ver também PRIETO, Catherine. Ventes liées: La Cour de cassation statue sur l'imbrication de techniques susceptible de rendre acceptables des prix élevés... ou d'évincer des concurrents (Novartis), *Concurrences*, n. 4, 2005, p. 79-82; WACHMANN, Anne. Le Conseil de la concurrence condamne lourdement un laboratoire pharmaceutique pour avoir freiné le développement des médicaments génériques à l'hôpital par une pratique de prix prédateur (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, 2007, p. 110-115; SIBONY, Anne-Lise. La Cour d'appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hopitaux (GlaxoSmithKline), *Concurrences*, n. 2, 2008, p.118; WACHMANN, Anne, La Cour de cassation approuve l'analyse de la Cour d'appel de Paris concernant l'absence de prix prédateurs (GlaxoSmithKline), *Concurrences*, n.2, 2009, p. 117-118; e PRIETO, Catherine, Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter, *Revue des contrats*, n. 2, 1º jul. 2014.

⁴⁸⁷ Esse poder econômico privado se revela com a notoriedade do laboratório, sua influência diante os que o prescrevem e a força da sua rede comercial. Ver WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. L'Autorité de la concurrence sanctionne un laboratoire pharmaceutique pour des pratiques de dénigrement et de rabais de fidélité accordés à des pharmaciens ayant eu pour objectif d'entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent générique (Aut. Conc., 18 décembre 2013, décision n. 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville), *Concurrences*, n. 1, 2014.

pertence ao laboratório Reckitt Benckiser Group, o qual disponibilizou a Schering-Plough os direitos de comercialização exclusivos na França⁴⁸⁸.

A autoridade imputou-lhe dois abusos de posição dominante: a prática de depreciação do genérico do Subutex e a implementação de descontos de fidelização em favor de certas farmácias. A autoridade não encontrou maiores problemas para considerar os descontos de exclusividade abusivos, pois eram constituídos por descontos quantitativos, prazos de pagamentos e descontos para o pagamento propostos aos farmacêuticos⁴⁸⁹. Portanto, a presente análise vai se limitar ao primeiro abuso de posição dominante.

6.3.1.2 Fundamentação jurídica

O órgão francês desenvolveu uma jurisprudência que permite sancionar práticas de depreciação dos concorrentes e muitos casos já foram punidos, diferentemente da experiência da Comissão Europeia⁴⁹⁰. Entretanto, foi apenas com a condenação de Sanofi-Aventis, que a autoridade começou a aplicar essa jurisprudência a um laboratório farmacêutico. No caso em questão, o quadro de análise consagrado na jurisprudência é dividido em três etapas: (i) verificar a existência da depreciação; (ii) examinar se o discurso é capaz de influenciar a estrutura de mercado; e (iii) avaliar a relação de causalidade entre a dominação da empresa em questão e a prática de depreciação.

A primeira etapa é verificar se o discurso comercial sustentado difunde informações não verificadas. Assim, muitos dados factuais permitiram identificar que Schering-Plough,

⁴⁸⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Communiqués. L'Autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 15,3 millions d'euros le laboratoire pharmaceutique Schering-Plough pour avoir entravé l'arrivée du générique de son médicament princeps Subutex®, 19 dez. 2013.

⁴⁸⁹ WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. “Abus d'éviction – Pratiques de dénigrement – Rabais fidélisant – Industrie pharmaceutique – Sanction pécuniaire: L'Autorité de la concurrence sanctionne un laboratoire pharmaceutique pour des pratiques de dénigrement et de rabais de fidélité accordés à des pharmaciens ayant eu pour objectif d'entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent générique (Aut. Conc., 18 décembre 2013, décision n. 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville)”. *Concurrences*, n. 1, 2014, p. 80 e 81.

⁴⁹⁰ Ver também PRIETO, Catherine. Abus d'exclusion: La Cour de cassation rejette le pourvoi de France Telecom relatif à deux abus constitués par des conditions restrictives d'accès à des infrastructures essentielles ayant entravé des concurrents sur le marché d'accès au haut débit (France Telecom). *Concurrences*, n. 1, 2008, p. 122; SIBONY, Anne-Lise, Pratiques de dénigrement: L'Autorité de la concurrence indique que des pratiques de dénigrement peuvent constituer un abus à condition qu'un lien soit établi entre la position dominante et le dénigrement (fourniture d'électricité). *Concurrences*, n. 2, 2009, p. 126-127; MARTY, Frédéric. Eviction anticoncurrentielle : L'Autorité de la concurrence demande un supplément d'instruction pour évaluer les risques de préemption du marché de la diffusion de contenus audiovisuels sur la fibre optique au moyen de clauses d'exclusivité (Secteur de la télévision payante). *Concurrences*, n. 1, 2011, p. 110-113; e MASCRET, Caroline. Les enseignements de l'Autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique. *Petites affiches*, 5 nov. 2014, n. 221.

antes e depois da entrada do genérico no mercado, colocou em questão a qualidade do produto, sem que seu discurso fosse sustentado pela ordem médica ou científica.

A segunda etapa é examinar os efeitos esperados ou reais do discurso no mercado. Isso ficou claro, porque Schering-Plough mantinha 90% da parte de mercado e ainda foi constatada uma proporção não habitual de prescrições de médicos, os quais indicavam a ausência de substituíbilidade entre os medicamentos.

A terceira etapa é estabelecer um vínculo entre a posição dominante da empresa e a prática de depreciação. De acordo com o órgão francês responsável pela concorrência:

Existe, portanto, uma relação direta entre a posição dominante de Schering-Plough e a prática em questão: é essa posição dominante, e notadamente a notoriedade e a confiança resultantes, cuja Schering-Plough era a única a deter, que permitiu à empresa de dar sua plena eficácia à estratégia consistente a denegrir Buprenorfina Arrow® em benefício de seu próprio medicamento⁴⁹¹.

Em síntese, a empresa que detinha os direitos de propriedade intelectual do medicamento principal utilizou seu poder de mercado para sair de seu papel substituindo *de facto* as autoridades de saúde responsáveis⁴⁹². Esse comportamento abusivo foi punido severamente pela Autoridade Francesa da Concorrência.

6.3.2 Contribuição da Autoridade da Concorrência francesa

O caso Buprenorfina se insere dentro de um *corpus* decisório mais largo da Autoridade Francesa da Concorrência para sancionar a depreciação dos concorrentes e contribuiu para a consolidação dos limites à liberdade da empresa em sua posição dominante no mercado. Constata-se uma outra aplicação do Direito da Concorrência para proteger a inovação (6.3.2.1). Essa possibilidade decorre de renovada convergência entre a concorrência desleal e o o suprarreferido ramo do Direito (6.3.2.2).

⁴⁹¹ Tradução livre do original: “il existe donc un lien direct entre la position dominante de Schering-Plough et la pratique en cause: c’est cette position dominante, et notamment la notoriété et la confiance qui en découlent et que Schering-Plough était seule à détenir, qui a permis à l’entreprise de donner sa pleine efficacité à la stratégie consistant à dénigrer Buprénorphine Arrow® au bénéfice de son propre médicament”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Processo n. 13-D-21, *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville*. 18 dez. 2013, § 398.

⁴⁹² Ver MARTY, Frédéric. L’Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d’euros à l’encontre d’un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l’entrée sur le marché de médicaments génériques par l’intermédiaire de pratiques de dénigrement, *Concurrences*, n. 3, 2013, p. 85.

6.3.2.1 Proteção da inovação pelo Direito da Concorrência

No que concerne à indústria farmacêutica, o fechamento artificial do mercado é uma estratégia normalmente utilizada para afastar a entrada dos genéricos, e isso restringe a escolha dos consumidores, que ficam aprisionados artificialmente em uma solução mais cara: os medicamentos principais. Dessa maneira, a aplicação do Direito da Concorrência nos casos de depreciação reforça a efetividade desse tipo de intervenção nos abusos praticados pelas empresas de alta tecnologia. Entretanto, é importante salientar que o objetivo do Direito da Concorrência não é de discutir os méritos terapêuticos ou a validade das patentes, mas unicamente de analisar as práticas que deturpam os valores da bioequivalência e da substituição⁴⁹³.

A prática de depreciação dos concorrentes e os descontos, sem contrapartida econômica justificada, fazem parte de uma estratégia de Schering-Plough para impedir o acesso do mercado ao genérico e distorcer a concorrência pelos méritos. Por consequência, os efeitos dessa estratégia devem ser avaliados não apenas em termos de aumento dos preços para os consumidores finais, mas também no que diz respeito à difusão dos genéricos.

6.3.2.2 Convergência entre concorrência desleal e Direito da Concorrência

A punição da depreciação dos concorrentes é normalmente compreendida como uma prática desleal. No Brasil, ela não é investigada pelo CADE, mas pela Justiça Comum, sem a aplicação das normas de Direito da Concorrência. A originalidade e importância da Autoridade Francesa da Concorrência são de formular a complementariedade entre esses ramos do direito, nos casos envolvendo práticas de empresa em posição dominante.

Um outro ponto de interesse dessa decisão é reforçar a preocupação já estabelecida com a decisão Sanofi-Aventis, notadamente no que concerne ao equilíbrio entre a severidade da sanção e a complexidade das estratégias predatórias. Isso significa que os efeitos dessa natureza de estratégia não se restringem apenas ao mercado no qual ela se desenvolve. Em outros termos, a estratégia da empresa em questão passa um sinal do grau de sua

⁴⁹³ Entre as decisões da autoridade da concorrência francesa nesse tema, é possível citar os casos Lundbeck e Johnson & Johnson. Ver PRIETO, Catherine, Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter. *Revue des contrats*, n. 2, 1º jul. 2014.

agressividade no mercado, caso entrantes potenciais desejem ingressar na competição⁴⁹⁴. Esse caso ilustra como práticas desleais podem tomar a forma de abuso de posição dominante. Ademais, com a condenação por denegrir concorrentes, a Autoridade da Concorrência francesa apresenta uma importante contribuição para delimitar o conteúdo jurídico da concorrência pelos méritos no seio do Direito da Concorrência da União Europeia.

⁴⁹⁴ MARTY, Frédéric. L'Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d'euros à l'encontre d'un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l'entrée sur le marché de médicaments génériques par l'intermédiaire de pratiques de dénigrement, *Concurrences*, n. 3, 2013, p. 82.

A aplicação do art. 102, TFUE, em abusos atípicos revela importante dimensão da proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. As peculiaridades europeias da noção de responsabilidade especial da empresa em posição dominante se apresentam como parâmetros de punição de estratégias anticoncorrenciais, que poderiam ser consideradas lícitas por outros ramos do Direito.

Esse eixo da experiência europeia permite constatar que a aquisição de tecnologias pode fazer parte de uma estratégia mais ampla para impedir ou retardar a entrada de tecnologias concorrentes. O caso analisado foi na indústria farmacêutica, mas essa percepção é igualmente importante na dinâmica contemporânea da economia da informação. Por exemplo, a aquisição de tecnologias disruptivas pode fazer parte de uma estratégia para a manutenção artificial do poder de mercado da empresa em posição dominante. Dessa maneira, essas tecnologias não gerariam suas eficiências capazes de remodelar mercados, viabilizando novos produtos e maior bem-estar.

Outra originalidade do modelo europeu que merece destaque é a aplicação do Direito da Concorrência em casos de depreciação de concorrentes, postos em prática por empresas em posição dominante. Trata-se de importante contribuição, uma vez que permite reinterpretar os efeitos desse tipo de estratégia na estrutura de mercado, normalmente punida no Brasil pelas normas de Direito Civil e não pela aplicação do Direito da Concorrência.

Desse modo, infere-se que as decisões europeias vinculadas a esses dois aspectos permitem uma aplicação renovada do Direito Brasileiro da Concorrência. Essa reformulação ancora-se, sobretudo, na importância de pequenas e médias empresas na promoção do desenvolvimento técnico. Portanto, faz-se necessário reconhecer a importância da inovação e da presença dessas empresas para a dinâmica concorrencial nos mercados de alta tecnologia, principalmente devido à superdominância das empresas multinacionais nesses setores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA SEGUNDA PARTE

A modernização do Direito da Concorrência da União Europeia possibilitou às autoridades concorrenciais exercerem uma função regulatória da inovação. Duas vertentes podem ser constatadas: o enquadramento prévio dos acordos de cooperação para a inovação e a punição das práticas unilaterais com objetivo de manter artificialmente concorrentes fora do mercado.

A originalidade do modelo europeu repousa, essencialmente, no domínio das práticas unilaterais e é revelado especialmente em dois eixos. O primeiro é a avaliação dos interesses e das possibilidades, em um dado mercado relevante e de acordo com os critérios legais, de os competidores serem mais propensos a inovar que a empresa que abusa da sua posição dominante. O segundo é a constatação de que os critérios clássicos decorrentes dos direitos de propriedade intelectual podem não ser suficientes para punir as estratégias contemporâneas de empresas de alta tecnologia, que buscam estender arbitrariamente seu monopólio.

O corpo consolidado de decisões sobre a aplicação dos quadros de análise, propostos pelas autoridades europeias, permite identificar com precisão os benefícios e desafios da incorporação das contribuições contemporâneas da Economia Industrial. Em síntese, essa perspectiva da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia permitiu melhor caracterização da nocividade das práticas anticoncorrenciais e da ponderação dos possíveis ganhos de eficiência, bem como uma definição mais precisa das disfunções artificialmente criadas pelas empresas.

Na dimensão institucional, a experiência europeia permite perceber que as autoridades responsáveis pela concessão de direitos de propriedade intelectual não estão aptas a avaliar toda a potencialidade anticoncorrencial das estratégias contemporânea de certas empresas, principalmente nos mercados de alta tecnologia. Esse entendimento decorre não só da necessidade da visão clássica dos direitos de propriedade intelectual, mas também do próprio Direito Civil serem conjugados com a concepção modernizada do Direito da Concorrência.

A aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência tem progressivamente avançado em casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, mas os julgados ainda não são coerentes com as estruturas econômicas e jurídicas do país. Isso porque ainda existe convergência substancial no sentido de que os conflitos, referentes aos direitos de propriedade intelectual, não devem ser julgados pelo CADE. Além disso, inexistente guia específico para nortear a aplicação do Direito da Concorrência em acordos de cooperação para inovação. Dessa

maneira, faz-se necessário repensar a aplicação deste conjunto de normas no Brasil, de maneira a privilegiar a proteção da inovação.

TERCEIRA PARTE
POR UM DIREITO BRASILEIRO DA
CONCORRÊNCIA QUE PROTEJA A INOVAÇÃO

A reformulação do tratamento da inovação pelo CADE permite redimensionar a sua atuação em diversas práticas, inclusive naquelas que envolvem o exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual. A emergência dessa mudança se justifica pela constatação da proliferação de estratégias anticompetitivas das empresas multinacionais de alta tecnologia, o que dificulta sobremaneira a competitividade de pequenas e médias empresas, as quais são centrais para a manutenção dos estímulos conducentes ao processo contínuo de inovação.

A despeito desse contexto fático, a autoridade brasileira da concorrência possui um limitado corpo decisório sobre o assunto. Além disso, ela não possui um guia específico para enquadrar a cooperação entre empresas inovadoras. Em última instância, esse quadro jurídico não contribui para a correção das disfunções econômicas geradas pela dependência tecnológica e pela consolidação de uma gestão privatista dos direitos de propriedade intelectual. Portanto, as empresas multinacionais de alta tecnologia acabam sendo desestimuladas a inovar, assim como a difundir suas tecnologias.

Importa ressaltar que a possibilidade de inserção da proteção da inovação enquanto valor diretamente promovido pelo CADE encontra amparo constitucional e legal. Ademais, a solidez da experiência europeia permite lançar um olhar crítico ao modelo brasileiro, que ainda é muito influenciado por algumas orientações da Escola de Chicago. Cumpre destacar ainda que determinados fundamentos do referido movimento teórico não se encontram convergentes ao Direito brasileiro.

Desta forma, pode-se asseverar que a renovada atuação do CADE se ancora na problematização de determinados fundamentos teóricos econômicos, já questionados na experiência europeia, por exemplo. Conforme elucidado anteriormente, o modelo europeu já incorporou a proteção direta da inovação como um valor a ser promovido pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. A partir dessas constatações, frisa-se que o objetivo dessa terceira parte da tese é contribuir na definição de uma função reguladora da inovação pela aplicação das normas de Direito da Concorrência no Brasil. Para tanto, foram formulados três capítulos, os quais serão explicitados a seguir.

No Capítulo 7, será apresentada uma crítica a determinados fundamentos ortodoxos utilizados na aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência, uma vez que as contribuições contemporâneas de alguns ramos da Economia Industrial apontam para uma nova compreensão do papel da inovação dentro da dinâmica concorrencial, revelando a imprecisão de conceitos clássicos como o de “concorrência perfeita”, por exemplo. Além disso, o maior grau de realismo na análise econômica tem contribuído para a compreensão mais precisa de

práticas anticoncorrenciais em indústrias de alta tecnologia. Ou seja, essa vertente teórica mostra-se relevante para informar a atuação renovada do CADE.

Em seguida, no Capítulo 8, serão sistematizadas as contribuições da aplicação Direito da Concorrência da União Europeia para a proteção da inovação. Parte-se do entendimento de que a atuação das autoridades europeias de concorrência, sobretudo no eixo das condutas anticoncorrenciais, tem revelado que esse tipo de intervenção pode contribuir para a consolidação de uma ordem pública conducente à inovação, inclusive, no que diz respeito à utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.

Depois, no Capítulo 9, serão expostos os principais desafios da implementação da regulação da inovação pelo CADE, já que a redefinição de atuação do órgão, no que diz respeito ao tema em evidência, exige uma harmonização semântica em torno das expressões “regulação” e “concorrência”. A partir dessa compreensão, é possível estabelecer novos parâmetros da interface entre esse órgão e o INPI.

CAPÍTULO 7. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO CADE

É comum que concorrencialistas brasileiros se sustentem nas perspectivas ortodoxas ou neoclássicas para fundamentar a intervenção concorrencial no Brasil. Todavia, essa análise econômica não é suficiente para nortear a formulação de política concorrencial apta à proteção efetiva da inovação, dado o contexto jurídico e econômico do país. Importa destacar que a análise ortodoxa, na sua versão mais simplificada, propõe-se a ser uma teoria universal da escolha racional, ancorada em análises a partir da teoria dos preços e do bem-estar econômico. Esse entendimento teórico tem como uma de suas premissas a não problematização do comportamento do agente, que é considerado como um dado, prejudicando o realismo da análise econômica.

Nesse sentido, teóricos que se alinham a essa perspectiva tratam a concorrência como resultado de um conjunto de requisitos ou pressupostos que levam a um equilíbrio estático da economia. Entende-se que essa leitura da dinâmica concorrencial não fornece elementos suficientes para compreender a complexidade do mercado de alta tecnologia, notadamente no Brasil, caracterizado pela existência de empresas superdominantes. Logo, a busca por maior realismo, na análise econômica, tem como objetivo garantir maior efetividade à intervenção concorrencial.

De fato, a Economia Industrial, notadamente a partir da década de 1950, trouxe novas percepções sobre o funcionamento do mercado. Esse ramo da economia se desenvolveu a partir do questionamento acerca das críticas aos modelos abstratos ortodoxos, revelando suas imprecisões analíticas. Essas disfunções analíticas prejudicavam a coerência e eficácia na interface entre Estado e mercado, sobretudo, na intervenção da política concorrencial. Todavia, esse ramo da economia não pode ser tratado como um bloco teórico completamente coeso, visto que pelo menos dois grupos de autores são identificáveis. O primeiro é a Nova Economia Industrial, que informa o movimento Pós-Chicago. Já o segundo é composto pelos denominados neoschumpeterianos ou evolucionários, notadamente, aqueles vinculados à Economia da Inovação.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é formular uma convergência, na medida do possível, entre essas duas correntes, com intuito de refletir especificamente sobre a atuação da autoridade concorrencial em economias tecnologicamente dependentes. Assim, o primeiro eixo da construção teórica parte da concepção de que a concorrência é um processo de desequilíbrio dinâmico (7.1). Por sua vez, o segundo eixo parte das formulações microeconômicas heterodoxas da empresa (7.2).

7.1 Concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico

O conceito de “concorrência perfeita” é utilizado reiteradas vezes, especialmente na sua visão mais simplificada, para explicar a dinâmica do mercado no Brasil. Essa construção teórica descreve uma situação composta por grande número de ofertantes e demandantes de um produto homogêneo, por isso os sujeitos envolvidos nesse contexto não teriam influência na definição dos preços, que se igualaria ao custo marginal⁴⁹⁵. Dessa forma, pode-se inferir que essa descrição é a forma mais simplista de descrever o referido conceito, visto que existem sofisticações analíticas mais profundas⁴⁹⁶.

É importante ressaltar a dificuldade em elaborar uma definição exata da ortodoxia contemporânea, uma vez que ela apresenta inúmeras variações. Richard Nelson e Sidney Winter traçam a descendência intelectual da ortodoxia a partir de Smith e Ricardo, seguidos por Mill, Marshall e Walras. No entanto, os autores advertem:

Associar a ortodoxia à análise do equilíbrio estático é uma caricatura, mas salientar que a contínua confiança na análise do equilíbrio, mesmo em suas formas mais flexíveis, ainda deixa a disciplina bastante cega aos fenômenos associados à mudança histórica não é uma caricatura. [...] Portanto, embora não seja literalmente apropriado estigmatizar a ortodoxia como estando preocupada apenas com situações hipotéticas de perfeita informação e equilíbrio estático, a prevalência de restrições análogas no trabalho avançado confere uma validade metafórica à alegação⁴⁹⁷.

Torna-se pertinente afirmar que não se pretende limitar a ortodoxia ao conceito de “concorrência perfeita”, mas a sua utilização entre os concorrencialistas brasileiros costuma fundamentar uma atuação da autoridade concorrencial restrita à “correção” dos desvios da “concorrência perfeita”⁴⁹⁸. Essa interpretação foi divulgada com grande intensidade pela Escola de Chicago, que contribuiu com a hegemonia da narrativa, segundo a qual as

⁴⁹⁵ POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 246.

⁴⁹⁶ O presente estudo não se propõe a apresentar todas as sofisticações teóricas ortodoxas sobre a “concorrência perfeita”. Todavia, importa destacar que a utilização do adjetivo “perfeito” se aproxima da abordagem dada pela física, significando a abstração das “perturbações” que, no mundo real, afetam o funcionamento do sistema. Os recursos matemáticos têm sido recentemente utilizados para o exame de hipóteses e teste dos resultados sobre a existência e condições ótimas dos equilíbrios. Portanto, os defensores desse modelo de análise econômica entendem que as versões atuais não se confundem com aquelas difundidas nos manuais. GUERRIEN, Bernand; GzN, Ozgur. *Concurrence parfaite (modele de la)*. *Dictionnaire d'analyse économique: Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc.* 4 ed. Paris: La Découverte, 2015, p. 91 e s.

⁴⁹⁷ NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica* (tradutora: Cláudia Heller). Campinas: Unicamp, 2005, p. 24.

⁴⁹⁸ Ver LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

intervenções concorrenciais são desaconselhadas, pois significaria uma ingerência negativa na suposta tendência de acomodação natural do mercado. Faz-se necessário apresentar as contribuições contemporâneas da Economia Industrial para a crítica das análises econômicas ancoradas nesse modelo. Os aportes de realismo propostos por este ramo da Economia são apresentados a partir das contribuições do Movimento Pós-Chicago (7.1.1) e, em seguida, a partir dos teóricos da Economia da Inovação (7.1.2).

7.1.1 Contribuições do Movimento Pós-Chicago

A principal premissa do Movimento Pós-Chicago é o reconhecimento de que o mercado é mais complexo que as formulações ortodoxas difundidas pela Escola de Chicago. Essa observação decorre das estratégias postas em prática nos mercados no contexto da Economia da Informação, sobretudo no que diz respeito à internet e às licenças de softwares.

Portanto, pode-se depreender que a aplicação de seus fundamentos encontrou ambiente político favorável nos EUA, ao longo dos mandatos de Obama, cuja política concorrencial se opôs a do seu antecessor, Bush⁴⁹⁹. Entretanto, suas contribuições não se restringem à experiência norte-americana, uma vez que o próprio Direito da União Europeiadialoga bastante com esse referido grupo teórico.

O Movimento Pós-Chicago não pode ser entendido como uma simples síntese entre a Escola de Havard e a de Chicago, principalmente pela sua originalidade na abordagem das estratégias e comportamentos a partir da Teoria dos Jogos. A sua origem remonta as formulações iniciais da Economia Industrial (7.1.1.1) e o resgate desse percurso teórico é fundamental para compreender os seus aportes ao debate sobre políticas concorrenciais contemporâneas (7.1.1.2).

7.1.1.1 Origem da Nova Economia Industrial

As origens da Economia Industrial (*Industrial organization*) remontam a uma tradição inaugurada com os trabalhos dos “engenheiros-economistas”, Antoine Augustin Cournot e Jules Dupuit. Em seguida, essa teoria foi desenvolvida pela aplicação do *Sherman Act* e legislações seguintes. Esse ramo da economia ganhou nova força com o modelo da Escola de

⁴⁹⁹ Para uma síntese da evolução da aplicação dos preceitos da Corrente Pós-Chicago nos EUA, ver HOVENKAMP, Herbert. The Obama Administration and Section Two of Sherman Act, *Boston University Review*, 2010, p. 1611-1665. Ver também DAUDRET-JOHN, Frédérique; SOUTY, François, Quelle politique de concurrence pour l'Administration Obama?, *Concurrences*, n. 1, 2009, p. 74-79.

Harvard de “Estrutura-Condução-Desempenho”, que se filia à tradição iniciada por Joe Bain, posteriormente desenvolvida por F. M. Scherer. Sua forte influência na formulação da política concorrencial estadunidense durou até a ascensão da Escola de Chicago, em meados da década de 1970, a qual manteve sua hegemonia até a crise de 2008⁵⁰⁰.

Em vista disso, infere-se que a Escola de Chicago foi importante por colocar em evidência a inconsistência de alguns critérios utilizados pelo Estado para intervir na concorrência. Entretanto, o fortalecimento de seu alcance se confunde com o aprofundamento do argumento segundo o qual o Estado tende a romper a tendência natural do mercado de entrar em equilíbrio. Assim, pode-se dizer que o processo de expansão da influência da Escola de Chicago promoveu, em certa medida, uma harmonização mundial do Direito da Concorrência com base nas suas premissas. No Brasil, conforme foi exposto anteriormente, a narrativa da “Revolução Antitruste” coloca em evidência o grau de influência dessa concepção teórica sobre os concorrencialistas brasileiros.

Por conseguinte, as autoridades concorrenciais de vários países, influenciados pela Escola de Chicago, passaram a restringir sua atuação a um reduzido combate a carteis. Em outros termos, houve a difusão de uma permissividade com fusões e aquisições, bem como uma redução de investigações e punições por abusos de posição dominante.

A menor confiança nas soluções do próprio mercado dos problemas concorrenciais e da própria crise de 2008 recompôs a necessidade de se promover uma eficaz intervenção concorrencial. Esse contexto contribuiu não só para as formulações teóricas da Economia Industrial serem retomadas com vistas a responder às críticas apresentadas pela Escola de Chicago, mas também para discutir determinados fundamentos ortodoxos. Nesse contexto, emergiu o Movimento Pós-Chicago (*Post-Chicago Antitrust Law*), que incorporou as reflexões da Nova Economia Industrial no Direito da Concorrência.

7.1.1.2 Crítica ao padrão normativo ortodoxo

O desdobramento imediato da influência do Movimento Pós-Chicago, em termo de política concorrencial, foi um olhar renovado aos abusos de posição dominante⁵⁰¹. Em síntese,

⁵⁰⁰ TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014, p. 508.

⁵⁰¹ Eleonora Poli ressalta que a política concorrencial de Barack Obama na presidência dos Estados Unidos foi marcada pela tentativa de reforçar a aplicação do entendimento difundido pelo movimento Pós-Chicago. Isso ocorreu desde a escolha de Jon Leibowitz para o FTC e Christine Varney para a *Antitrust Division* do DOJ, ambos com experiência sobre fusões e práticas anticompetitivas. POLI, Eleonora. *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 106.

a percepção da potencialidade anticompetitiva de determinadas condutas, por vezes consideradas lícitas por outros ramos do direito, decorre da compreensão da real complexidade da dinâmica de mercado. Assim, Herbert Hovenkamp ancora-se nessa constatação para destacar que os fundamentos da Escola de Chicago ignoraram os elevados custos de mudança (*switching costs*) e de informação; a durabilidade variada dos produtos; e a potencialidade anticompetitiva do próprio mercado⁵⁰².

Steven Salop e Carl Shapiro discorreram sobre as contribuições de Jean Tirole ao movimento Pós-Chicago, na ocasião do Prêmio Nobel de Economia, alcançado em 2014. Os autores destacam que o referido economista sofisticou a aplicação da Teoria dos Jogos em estudos sobre concorrência. Além disso, ele contribuiu para reformulação na atuação das autoridades concorrenciais em casos envolvendo acordos verticais, colusão tácita e coordenada, concentrações horizontais, mercados de dois lados e plataforma de concorrência, patentes e suas interseções com concorrência⁵⁰³. Outra contribuição do autor destacada diz respeito ao controle e regulação do poder de monopólio e à definição do “bem-estar do consumidor” como padrão regulatório. Na visão de Jean Tirole, as empresas tomam decisões mais próximas à maximização total do bem-estar quando utilizam esse padrão, notadamente, por se tratar de uma realidade caracterizada pelas assimetrias de informação e pelo poder de barganha⁵⁰⁴.

O conceito de bem-estar do consumidor merece ser analisado, dado que reside grande polêmica sobre o seu conteúdo, notadamente no *Antitrust Law* estadunidense. De acordo com Eleanor Fox, desde o início dos anos 1980, foi desenvolvido o modelo supostamente maximizador do bem-estar do consumidor. Essa autora ainda afirma que o objetivo operacional dessa construção teórica é preservar a liberdade dos negócios da intervenção concorrencial. Logo, a limitação do bem-estar do consumidor, a partir dessa perspectiva, ocorreria apenas quando os atos reduzissem o excedente agregado do consumidor, caso não sejam respostas ao mercado ou um caminho para produzir ou inventar novos ou melhores produtos ou serviços⁵⁰⁵.

⁵⁰² HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERG, Roger Van den (Eds.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham (UK) e Northampton (USA): Edward Elgar, 2002, p. 3-7.

⁵⁰³ As contribuições de Jean Tirole não se restringiram ao fortalecimento do potencial analítico da Nova Economia Industrial, mas também influenciaram significativamente a modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. Os regulamentos, as orientações e as decisões recentes sofreram influência direta da Escola de Economia de Toulouse, da qual ele faz parte. Sobre a modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, ver os capítulos 4 e 5 do presente trabalho.

⁵⁰⁴ SALOP, Steven; SHAPIRO, Carl. Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundation of Post-Chicago Antitrust Economics. *Antitrust*, v. 29, n. 2, 2015, p. 80.

⁵⁰⁵ FOX, Eleanor. Against Goals, *Fordham Law Review*, v. 81, 2013, p. 2159.

Esse padrão normativo foi estruturado teoricamente por Robert Bork, especialmente em seu livro *The antitrust paradox*, de 1978, o qual é marcado por uma confusão conceitual, pois o conceito que o supramencionado autor adota de bem-estar do consumidor diverge completamente do significado na teoria econômica. Em síntese, para Robert Bork, o bem-estar do consumidor se confunde com geração de riqueza para a nação, identificando esse valor com os conceitos de eficiência alocativa e produtiva. Ou seja, na visão desse autor da tradição da Escola de Chicago, a maximização do bem-estar total levaria à maximização do bem-estar do consumidor.

Nesse diapasão, importa dizer que o movimento Pós-Chicago oferece uma releitura do parâmetro traçado por Robert Bork. Então, pode-se asseverar que o padrão de bem-estar do consumidor “em sentido próprio” impõe que a análise de ganho de eficiência leve a uma transferência obrigatória e direta aos consumidores⁵⁰⁶. Nesse sentido, no discurso oficial do Prêmio Nobel de economia de 2014, Jean Tirole discorreu sobre a importância de o regulador restringir o poder de mercado para beneficiar os consumidores. Com isso, o economista francês lança olhar crítico sob os efeitos econômicos de negociações bilaterais no mercado a jusante, por exemplo. Igualmente, ele reforça a necessidade das autoridades concorrenciais se preocuparem com os acordos verticais, dada a potencialidade de estes serem instrumentalizados para restaurar artificialmente o poder de mercado das empresas a jusante.

Além disso, o referido economista trata da possibilidade de os direitos de propriedade intelectual não servirem como estímulos à inovação. Cabe, portanto, ao regulador definir o mérito substancial do poder de mercado. Dessa maneira, pode-se identificar a possível instrumentalização desses direitos em desfavor do próprio processo de inovação. O mercado de softwares, por exemplo, pode ser dominado por uma grande empresa que se beneficia de externalidades de rede (*network externalities*) entre os usuários. Portanto, o esclarecimento do motivo do ganho de poder de mercado leva o debate ao domínio da informação regulatória.

No que diz respeito aos pools de patentes, notadamente no mercado de biotecnologia e de tecnologias de softwares, Jean Tirole frisa que eles são caracterizados pela grande quantidade de patentes, de diferentes graus de importância e de titularidade. Para reduzir os custos da sobreposição dessas patentes, há um entendimento convergente no sentido de incentivar a organização dos pools de patentes. Esse arranjo beneficia não somente os titulares de tecnologia, mas também os usuários, na medida em que tende a diminuir o preço dos

⁵⁰⁶ Para uma análise sobre os diferentes conteúdos e sentidos do “bem-estar do consumidor”, ver CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. 2017. 252 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2017, p. 68 e s.

produtos finais. Entretanto, o caráter essencial de algumas tecnologias concede, aos seus titulares, um poder de mercado que precisa ser regulado, sob pena de poder atentar ao próprio processo contínuo de inovação⁵⁰⁷.

Entende-se que o Movimento Pós-Chicago contribui na formulação de soluções contra a instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual com efeitos anticoncorrenciais. Além disso, esses teóricos permitem maior abertura do Direito da Concorrência a outras teorias que permitam um olhar mais realista da dinâmica do mercado, tantas vezes ignorado pelas perspectivas ortodoxas. Enfim, eles recuperam a confiança no Estado enquanto elemento essencial para promover a concorrência.

Portanto, infere-se que a incorporação de determinados pressupostos do movimento Pós-Chicago contribui na modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. Essas reformas colocaram em evidência a relevância desse ramo do Direito na promoção da inovação. Todavia, entende-se que se faz necessário retomar os aportes da Economia da Inovação, sobretudo no que diz respeito às suas formulações acerca da condição dinâmica da concorrência.

7.1.2 Contribuições da Economia da Inovação

A Economia da Inovação é o ramo da Economia Industrial que tem como principal objeto de estudo as inovações tecnológicas e organizacionais introduzidas pelas empresas⁵⁰⁸. A emergência dessa teoria ocorreu no final da década de 1970, por meio de pesquisas sobre as forças motrizes da tecnologia, a partir de seus componentes microeconômicos e de sua relação com a dinâmica de longo prazo da economia capitalista.

Essa teoria descreveu a sucessão das tecnologias centrais das cinco ondas longas do Capitalismo: mecanização da indústria têxtil, máquina a vapor, eletricidade e química, motor à combustão e eletrônico e, finalmente, tecnologias de informação e comunicação. Estas decorrem de uma crescente complexidade das tecnologias, que é determinada pelo progressivo aumento do conteúdo científico. De acordo com Eduardo Albuquerque:

O estágio alcançado pela elaboração sobre as revoluções tecnológicas que se sucedem na história do capitalismo global permite afirmar que essas

⁵⁰⁷ TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014, p. 511 e s.

⁵⁰⁸ HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de Mercado e Inovação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 91.

revoluções são produtos de arranjos institucionais muito específicos, que permitem o fenômeno identificado por Marx, em 1857-1858, como característica do capitalismo: a aplicação sistemática da ciência à produção. A aplicação sistemática da ciência à produção é institucionalmente organizada nos sistemas de inovação. Assim, periodicamente os sistemas de inovação nos países centrais geram revoluções tecnológicas que moldam e remoldam o capitalismo global⁵⁰⁹.

Diante disso, constata-se que a progressiva sofisticação teórica da Economia da Inovação permite reavaliar a relação entre inovação, concorrência e desenvolvimento (7.1.2.1). Essa releitura questionadora dos fundamentos ortodoxos tem como principal contribuição compreender o fenômeno da concorrência como um processo de desequilíbrio dinâmico, cujo elemento central é a inovação (7.1.2.2).

7.1.2.1 Origem da Economia da Inovação

A concorrência não foi objeto teórico da Ciência Econômica, até os aportes de Joseph Schumpeter, em seu livro “Capitalismo, Socialismo e Democracia”, de 1943. Uma das principais contribuições desse autor foi articular duas dimensões da concorrência: a ativa e a passiva. Assim, importa afirmar que a dimensão ativa é criação de novos produtos, processos e espaços econômicos, inovação *latu sensu*. Já a passiva é o ajustamento, no sentido de se adaptar às mudanças decorrentes da dimensão ativa. Assim, é pertinente aduzir que a inovação passou a ser entendida como o principal motor da concorrência, na medida em que ela altera, de maneira substancial e irreversível, o ambiente econômico de cada mercado⁵¹⁰. De acordo com Joseph Schumpeter:

Logo que as concorrências de qualidade e do esforço de venda são admitidas nos sagrados recintos da teoria, a variável preço deixa de ocupar a sua posição dominante. Mas, na realidade capitalista (em oposição à imagem dada pelos manuais), não é esse tipo de modalidade de concorrência que conta, mas aquela inerente à aparição de um produto, de uma técnica, de uma fonte de oferta, de um novo tipo de organização [...] ⁵¹¹.

⁵⁰⁹ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta. Dinâmica das Revoluções Tecnológicas: Mudança técnica, dinâmica industrial e transformações do capitalismo. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves, ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 52.

⁵¹⁰ POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Instituto de Economia da UFRJ*, Jan./2009, p. 2.

⁵¹¹ Tradução do original: “Dès que la concurrence des qualités et l’effort de vente sont admis dans l’enceinte sacrée de la théorie, la variable prix cesse d’occuper sa position dominante. Mais, dans la réalité capitaliste (par opposition avec l’image qu’en donnent les manuels), ce n’est pas cette modalité de concurrence qui compte, mais bien celle inhérente à l’apparition d’un produit, d’une technique, d’une source de ravitaillement, d’un

A concorrência passou a ser compreendida como a competição entre empresas por meio de inovações, com o intuito de se diferenciarem das demais para alcançarem lucros monopolistas ou extraordinários⁵¹². Portanto, a concorrência é um processo de interação entre empresas que estão voltadas à apropriação de lucros, ou seja, à valorização dos ativos de capital⁵¹³. Importa salientar que a obra de Joseph Schumpeter apresenta algumas limitações que foram revisadas por um conjunto de autores que deram sequência à sua teoria. Entre as críticas levantadas, destaca-se a dubiedade quanto às análises, a partir da ideia de equilíbrio, bem como da ausência de definição precisa do conceito de “destruição criativa”.

Os neoschumpeterianos propuseram responder às imprecisões de sua teoria a partir da metáfora do caráter evolucionário do Capitalismo. O marco inicial dessa construção teórica é o livro de Richard Nelson e Sidney Winter, “*An evolutionary theory of economic change*”, de 1982. Esses autores propuseram um aprofundamento da analogia entre o crescimento econômico e a biologia evolucionária. Em sua obra, eles afirmam:

Contestamos enfaticamente qualquer intenção de perseguir uma analogia biológica por si mesmo, ou mesmo com vistas a progredir em direção a uma teoria evolucionária abstrata de nível superior, capaz de incorporar uma série de teorias existentes. Temos satisfação de explorar qualquer idéia da biologia que pareça útil para a compreensão de problemas econômicos, mas estamos igualmente preparados para ignorar qualquer coisa que pareça estranha, ou para modificar radicalmente teorias biológicas aceitas em prol do desenvolvimento de uma melhor teoria econômica (como no caso de nossa adoção do lamarckismo). Não nos esforçamos também em basear nossa teoria numa visão da natureza humana como produto da evolução biológica, embora consideramos que trabalhos recentes nessa direção constituam uma alternativa promissora à concepção do Homem Econômico⁵¹⁴.

Portanto, a interface com a biologia evolucionária deve ser vista enquanto analogia e não como a sustentação de um darwinismo universal⁵¹⁵. O paralelo deve-se restringir às possibilidades da comparação, e isso é útil para perceber determinadas falhas da teoria

nouveau type d'organisation[...].” SCHUMPETER, J. *Capitalisme, Socialisme et démocratie* (Trad. Gael Fain), Paris: Payot, 1954, p. 166.

⁵¹² GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 31.

⁵¹³ POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 248.

⁵¹⁴ NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica* (Tradutora: Cláudia Heller). Campinas: Unicamp, 2005, p. 28.

⁵¹⁵ POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 68, São Paulo, 2008.

ortodoxa. Entre as principais críticas, elaboradas pelos autores filiados a essa tradição, está a negação do pressuposto ortodoxo de equilíbrio concorrencial.

7.1.2.2 Crítica ao equilíbrio estático

O mercado deve ser entendido a partir da interação dinâmica entre a estratégia da empresa e a estrutura do mercado ao longo do tempo. Essa articulação se dá em torno dos esforços em inovar das empresas que se inserem em um contexto, no qual o desequilíbrio é a regra. Essa interpretação permite entender a concorrência como um processo dinâmico, endógeno ao sistema econômico. Esse processo é capaz de gerar determinada instabilidade nas estruturas do mercado, caracterizadas por diversidade e assimetrias competitivas⁵¹⁶.

A concorrência é percebida como um cenário de incerteza e de forte complexidade. Assumir essa perspectiva é negar os fundamentos da concorrência perfeita e seus desdobramentos normativos. Mario Possas sintetiza o desafio de adequar as contribuições desse enfoque teórico à aplicação jurídica no campo da concorrência. Essa perspectiva implica incerteza, que é um anátema para o Direito e, conseqüentemente, para o Direito Concorrencial. De acordo com o supracitado autor:

Essa vinculação entre concorrência perfeita e eficiência alocativa, que só pode ser estabelecida no nível da economia como um todo – por meio do modelo de equilíbrio geral competitivo e dos teoremas fundamentais do bem-estar a ele associados – foi rapidamente absorvida pela Microeconomia. Essa migração pouco crítica – uma vez que há várias restrições na passagem do conceito de eficiência alocativa, desde o nível de equilíbrio econômico geral, em que foi formulado, para o de equilíbrio parcial em mercados individuais – acabou por induzir a análise normativa microeconômica a tratar como anomalias ou distorções, sob o título de “falhas de mercado”, os desvios dos mercados e/ou indústrias do mundo real em relação tanto à norma competitiva “ideal” (concorrência perfeita versus “imperfeições” e poder de mercado), quanto às demais premissas necessárias ao equilíbrio geral – entre outras, a presença de externalidades, economias de escala e de escopo, problemas de coordenação e custos de transação⁵¹⁷.

Importa destacar que a desconstrução da ideia de equilíbrio estático não quer dizer que a tendência é a geração de caos. Existe uma ordem imposta às empresas, que se define pelas

⁵¹⁶ GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 34.

⁵¹⁷ POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 249.

rotinas, trajetórias e paradigmas tecnológicos⁵¹⁸. As rotinas são regras ou padrões de comportamentos das empresas presentes na memória desses agentes econômicos. Essa memória vai além dos registros formais e também não se confundem com a soma das memórias individuais dos membros dessa empresa. De acordo com Richard Nelson e Sidney Winter:

Ver a memória da organização como redutível às memórias dos membros individuais é negligenciar, ou subvalorizar, a ligação daquelas memórias individuais pelas experiências compartilhadas no passado, experiências que estabeleceram o sistema de comunicação extremamente detalhado e específico que é subjacente à execução das rotinas⁵¹⁹.

As trajetórias são os resultados da evolução temporal de uma determinada indústria, que se alteram endogenamente de acordo com as inovações e a seleção destas pelo mercado. Refletir sobre elas é preocupar-se com os seus produtos, suas tecnologias, suas participações e a concentração do mercado⁵²⁰.

Depreende-se que um paradigma tecnológico, por sua vez, é um padrão de solução de problemas técnico-econômicos específicos e é acompanhado por regras cujo escopo é adquirir novos conhecimentos e protegê-los da rápida difusão para seus competidores. Esse padrão de solução decorre de conhecimentos derivados das ciências naturais e tem diferentes níveis de generalidade, podendo se restringir a uma indústria específica ou a um conjunto delas⁵²¹. Ademais, as possibilidades diversificadas de rotinas são garantidas pelas diferentes percepções do ambiente e podem ser traduzidas por estratégias de inovação ou defensivas⁵²².

O reconhecimento da importância das construções teóricas neoschumpeterianas às críticas ortodoxas deve ser acompanhado pela constatação de seus limites. Nesta esteira, não se pode olvidar que a formulação de uma política concorrencial no Brasil deve levar em consideração a concentração econômica existente, os desdobramentos da legislação de propriedade intelectual e a proliferação das condutas abusivas de empresas de alta tecnologia, por exemplo. Diante desse contexto, essa corrente da releitura e atualização da obra de

⁵¹⁸ GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 35.

⁵¹⁹ NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica* (tradutora: Cláudia Heller). Campinas: Unicamp, 2005, p. 162.

⁵²⁰ POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 248.

⁵²¹ DOSI, Giovanni. Source, Procedures and Microeconomic Effects of Innovation. *Journal of Economic Literature*. V. XXVI, set. 1988, p. 1127.

⁵²² GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 36.

Schumpeter não deve ser interpretada no sentido de permitir a concentração do mercado, por si só, uma vez que essas ideias schumpeterianas devem ser adotadas como uma perspectiva descritiva mais realista da dinâmica do capitalismo⁵²³.

É possível concluir que os dois ramos da Economia Industrial (Nova Economia Industrial e Economia da Inovação) são convergentes quanto às limitações das teorias ortodoxas para descrever com mais realismo as dinâmicas concorrenciais. Em termos de política concorrencial, essas doutrinas devem ser interpretadas no sentido de respaldar a renovada preocupação das autoridades concorrenciais com estratégias abusivas de empresas de alta tecnologia. A percepção da inovação como o elemento dinâmico da concorrência promove uma reinterpretação igualmente significativa em termos microeconômicos.

7.2 Obtenção dos lucros da inovação e concorrência: perspectiva microeconômica

A empresa cumpre um papel central na dinâmica do Capitalismo, logo se faz necessário entender a sua natureza, as suas mudanças ao longo da história e a sua relação com o mercado. Isso são aspectos fundamentais na formulação teórica para compreender as transformações econômicas, sociais e políticas da sociedade⁵²⁴. Por conseguinte, é forçoso asseverar que, no estudo da relação entre Direito e concorrência, a empresa não pode ser vista de maneira diferente.

Ainda é essencial refletir sobre as premissas microeconômicas ao estudar e formular a intervenção concorrencial, já que é no interior da empresa que a aplicação do Direito da Concorrência vai gerar os seus primeiros efeitos. Desta forma, não compreender a suas complexidades contribui para uma intervenção descolada com a realidade e, portanto, ineficaz.

Ricardo Ruiz afirma que conhecidos manuais sobre Direito da Concorrência, como os de Viscusi et al.⁵²⁵, Herbert Hovemkamp⁵²⁶ e Massimo Motta⁵²⁷ não apresentam discussão sistemática sobre teorias da firma. Apesar disso, essas obras refletem acerca de intervenções

⁵²³ POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Instituto de Economia da UFRJ*, jan./2009, p. 3.

⁵²⁴ COSTA, Achyles Barcelos da. A Teoria da Firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *Textos para Discussão PPGE/UFRGS*, n. 2016/04, p. 3.

⁵²⁵ VISCUSI, W.; HARRINGTON, J.; VERNON, J. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2005.

⁵²⁶ HOVEMKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/Westt, 2005.

⁵²⁷ MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

direcionadas, em larga medida, às próprias empresas⁵²⁸. Esses autores são fortemente influenciados pelas contribuições do movimento Pós-Chicago, mas não oferecem uma sistematização crítica à perspectiva ortodoxa microeconômica. Em outras palavras, pode-se inferir que os supracitados autores se inspiram na busca pela compreensão mais aproximada da realidade econômica, no entanto, ainda não se dispõem a aprofundar no entendimento da dinâmica interna da própria empresa.

A partir dessa constatação, outra formulação se faz necessária: a teoria ortodoxa não explica, com precisão e realismo necessários, a relação entre as empresas, assim como entre estas e o mercado. Essa crítica dar-se-á em duas etapas. Na primeira, é exposta uma das principais correntes ortodoxas que busca conferir maior realidade ao estudo econômico das empresas: a Teoria dos Custos de Transação (7.2.1). Em seguida, é apresentada uma versão heterodoxa, que se alinha a uma matriz neoschumpeteriana (7.2.2).

7.2.1 Empresas e custos de transação

As variações do argumento teórico ortodoxo costumam tratar a empresa como um agente maximizador, em uma realidade na qual há ausência de tensões tecnológicas e organizacionais. Nessas formulações, o mercado é orientado por uma pacífica oferta e alocação de fatores de produção, o que dá margem a uma precificação marcada pela maximização de lucros. O resultado dessa abstração é um mundo no qual poucos erros podem ser cometidos de forma sistemática⁵²⁹. Essa percepção do mercado entende a empresa apenas como uma função de produção. Em outras palavras, percebe-se que seria possível identificar a quantidade de produto resultantes, por meio de qualquer processo produtivo, se a quantidade dos insumos estiver disponível⁵³⁰.

Neste raciocínio, pode-se asseverar que a teoria ortodoxa clássica não levava em consideração os processos internos da empresa em suas formulações teóricas. No entanto, a Teoria dos Custos de Transação se propõe a responder a essa necessidade de maior realismo da empresa, mesmo que mantenha determinadas premissas ortodoxas (7.2.1.1). Frisa-se que

⁵²⁸ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 101.

⁵²⁹ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 102.

⁵³⁰ FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 171.

essa teoria tem sido utilizada, reiteradas vezes, na intervenção concorrencial, inclusive no Brasil (7.2.1.2).

7.2.1.1 Origem e desenvolvimento teórico

O artigo de Ronald Coase “*The Nature of the Firm*”, publicado em 1937, é compreendido como o primeiro esforço em construir uma teoria ortodoxa mais realista da empresa. Um dos principais argumentos do autor é que o mercado não é o único coordenador da atividade econômica, contrapondo-se à visão até então hegemônica. Além disso, o retromencionado autor propôs-se a refletir sobre o que levava uma empresa a integrar o processo produtivo verticalmente dentro dela mesmo, para desvendar os processos internos à empresa.

Outrossim, Ronald Coase constatou a existência de dois grupos de custos que não se confundem com aqueles vinculados à simples produção das mercadorias, quais sejam: os primeiros são vinculados aos que são necessários para a escolha de contratar ou não, ou seja, para a busca por informações sobre preços, características dos bens a serem adquiridos, entre outros; já o segundo grupo é decorrente do monitoramento dos contratos ou de sua judicialização. Esses dois grupos são denominados os custos de transação⁵³¹, os quais são a unidade de análise da empresa para internalizar determinadas atividades. Desta forma, a expansão da empresa limitar-se-ia ao ponto em que o custo de realizar determinado processo internamente fosse igual ao custo do mercado aberto ou aos custos de ser internalizada por outro empresário⁵³².

Oliver Williamson trouxe novos aportes à Teoria dos Custos de Transação, notadamente nos seus trabalhos “*The modern corporation: origins, evolution, attributes*”⁵³³, de 1981, e “*The economic institutions of capitalism*”⁵³⁴, de 1985. O autor contribuiu na definição dos principais determinantes de um maior ou menor custo de transação. De acordo com Ronaldo Fiani:

Oliver Williamson percebeu que os custos de transação possuem uma dimensão mais fundamental, que transcende a presença dos mercados.

⁵³¹ COSTA, Achyles Barcelos da. A Teoria da Firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *Textos para Discussão PPGE/UFRGS*, n. 2016/04, p. 17.

⁵³² COASE, R. H. The nature of the firm [1937]. In: COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. The University of Chicago Press. Chicago e Londres, 1990, p. 43.

⁵³³ WILLIAMSON, Oliver E. The modern Corporation: origins, evolution, attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, dez. 1981.

⁵³⁴ WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

Custos de transação são os custos de se organizar o funcionamento do sistema econômico, dada a divisão do trabalho – onde por divisão de trabalho se entende a divisão das tarefas produtivas, seja no interior de uma mesma unidade produtiva (a divisão de tarefas no interior de uma empresa), seja entre diferentes unidades produtivas (uma empresa fornecendo insumos para outra). Ou seja, custos de transação são os custos que resultam quando um ativo – um recurso produtivo – atravessa uma interface tecnológica – passa de uma etapa do processo de trabalho para outra. Isso acontece tanto no interior de uma empresa, como em uma transação no mercado. Assim, há custos de transação tanto quando uma empresa decide internalizar uma etapa do processo produtivo – produzindo ela mesma o insumo – como quando ela decide adquirir o insumo já pronto de outra empresa. Os custos de transação em um caso e em outro serão, todavia, diferentes, pois a forma de organizar o processo produtivo será diferente em cada caso (em um caso a firma produz ela mesma, em outro recorre ao mercado).⁵³⁵

Assim, a avaliação feita pela empresa vai definir se ela vai optar por substituir, ou não, a barganha e a incerteza relacionada à oferta de produtos por agentes independentes, em um mercado descentralizado. Essa escolha se vincula à frequência de utilização para aquisição do bem ou serviço e da incerteza das características do produto ofertado.

A partir da Teoria dos Custos de Transação, é possível concluir que a existência da empresa tem uma justificativa econômica objetiva. Diante disso, a empresa é capaz de se organizar de tal forma que os custos de transação, no seu interior, são menores do que aqueles percebidos no mercado, para as mesmas transações. Para tanto, ela deve estabelecer uma estratégia que responda às assimetrias de informações entre as partes envolvidas em uma transação⁵³⁶. Logo, essa dimensão estratégica da interpretação dos custos de transação é a principal relevância para o desenvolvimento das teorias da firma⁵³⁷.

7.2.1.2 Aplicação no Direito da Concorrência

A Teoria dos Custos de Transação passou a ser utilizada com mais frequência, no *Antitrust Law* estadunidense, a partir dos trabalhos de Oliver Williamson dos anos 1960. Até aquele momento, a decisão de uma empresa em se integrar verticalmente era vista como uma forma de subtrair um fornecedor de seus concorrentes. Em outras palavras, era entendida

⁵³⁵ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 108.

⁵³⁶ FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 171-173.

⁵³⁷ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 105-106.

como uma maneira de dificultar a competição no setor e, por consequência, aumentar o poder de mercado arbitrariamente⁵³⁸.

De fato, a Teoria dos Custos de Transação permitiu o reconhecimento do mercado enquanto ambiente complexo e de incertezas. A redução dos custos de transação decorrentes da incapacidade da empresa em antever todas as situações de mercado passou a ser entendido como geração de eficiências. Ou seja, a unidade analítica fundamental da referida teoria são as trocas e não a concorrência. Essa percepção permite a dominância de argumentos pró-eficiência, o que pode se contrapor a outras teorias econômicas que tratam do Direito da Concorrência.

Deste modo, a experiência de autoridades concorrenciais, em vários países, leva a concluir que nem todo processo de contratualização ou de internalização da produção são voltados à busca por minimização de custos de transação. Isso fica em evidência nos casos analisados, envolvendo direito de propriedade intelectual e inovação, tanto no Brasil, quanto na Europa. Essas estratégias podem ser destinadas à ampliação artificial da vida comercial de produtos ou aumento de barreiras à entrada a empresas inovadoras, por exemplo.

O argumento pró-eficiência, em sua dimensão privada, de redução de custos de transação pode não estar de acordo com as finalidades de determinada política concorrencial. Nos casos levantados, o comportamento da empresa pode impedir o processo contínuo de inovação, o qual é uma das chaves essenciais para a competitividade, especialmente pelas características econômicas brasileiras. De acordo com Ricardo Ruiz:

Em síntese, uma mesma conduta que reduz custos de transação pode também ser vista como um movimento preservação de rendas e ativos; uma estratégia “rentista”. A exclusão de concorrentes e o aumento das barreiras à entrada podem ser resultados de contratualizações e da internalização da produção. Os contratos podem visar à postergação de inovação que contestem ativos específicos. Assim, condutas que reduzem custos de transação podem ser observadas por um prisma anticoncorrencial⁵³⁹.

Vale salientar que a Teoria dos Custos de Transação é fundamental na evolução da compreensão econômica da empresa, assim como contribui para a solução de muitos problemas concorrenciais. Entretanto, ela não dá o suporte descritivo necessário a determinadas estratégias empresariais contemporâneas por três motivos. O primeiro é a

⁵³⁸ FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 179.

⁵³⁹ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. IN: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 109.

utilização do cálculo racional como pressuposto, ou seja, a empresa sempre buscaria a maximização dos lucros⁵⁴⁰. Já o segundo é a aderência à análise estática da concorrência. Enquanto o terceiro é a exclusão do papel central da tecnologia na dinâmica do mercado e da própria empresa. Essas constatações abrem margem para o conjunto de críticas heterodoxas, fundadas no entendimento de que a concorrência é um processo de desequilíbrio dinâmico.

Nesse sentido, os fenômenos e dinâmicas contemporâneas ligadas ao mercado de alta tecnologia, sobretudo em economias tecnologicamente dependentes, exigem um olhar renovado sobre o assunto. A análise dos casos que envolvem inovação e direitos de propriedade intelectual é prejudicada pela utilização de teorias ortodoxas, notadamente as que tratam a inovação como elemento exógeno à concorrência. Portanto, faz-se necessário analisar a matriz heterodoxa da teoria da firma, pois ela apresenta estrutura teórica mais apta a captar as eficiências privadas, interna à firma, mas também aquelas geradas ao mercado como todo.

7.2.2 Teoria heterodoxa da empresa

A compreensão da concorrência, enquanto geradora de desequilíbrio dinâmico, permite um novo olhar à teoria da firma. Para tanto, é importante que estabeleça a percepção da empresa enquanto unidade de análise. O mercado, por sua vez, deve ser entendido como principal *locus* dessa interação competitiva. Então, a orientação estratégica passa a ser o elemento subjetivo da definição de mercado, o qual é somado aos elementos objetivos como demanda e oferta, por exemplo.

A teoria heterodoxa da empresa proposta nessa seção parte das contribuições dos autores neoschumpeterianos ao modelo de Estrutura-Conduta-Desempenho, da Escola de Havard. Essa visão econômica da empresa permite identificar a interação microdinâmica entre mercado e empresa, na qual estrutura e estratégia se determinam mutuamente. A referida matriz teórica é apresentada a partir da origem da formulação do seu conceito econômico para empresa (7.2.2.1). Em seguida, são analisadas as suas contribuições à aplicação do Direito da Concorrência (7.2.2.2).

⁵⁴⁰ DANTAS, Alexis; KERTSNETZY, Jacques; PROCHNIK, Victor. Empresa, Indústria e Mercados. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 15.

7.2.2.1 Recursos, coerência e inovação

A formulação teórico-econômica heterodoxa da empresa, apresentada nessa seção, é uma conjunção de dois grupos de autores. O primeiro decorre das formulações de Edith Penrose, especialmente, em de seu livro *“The Theory of the Growth of the Firm”*, de 1959, somadas às contribuições de autores como David Teece e Gary Pisano. O segundo é concebido a partir dos fundamentos expostos por Alfred Chandler, notadamente em seu artigo *“Organizational Capabilities and the Economic History of the Industrial Enterprise”*, publicado em 1992. Neste grupo, estão também os autores Richard Nelson, Sidney Winter e Giovanni Dosi, por exemplo.

Logo, a convergência entre essas duas tendências teóricas neoschumpeterianas permite entender a empresa como “um repositório de ativos e capacitações voltados para a valorização do seu capital, em especial por meio de processos inovativos⁵⁴¹”, de modo que passa a ser vista como um sistema voltado à criação, manutenção e renovação de vantagens competitivas e ativos estratégicos. Portanto, a empresa é direcionada a ampliar o conjunto de capacidades, sob o seu controle, e não apenas a uma melhor alocação de recursos⁵⁴².

Percebe-se que o objetivo desses autores é desvincular a microeconomia de uma abstrata “teoria dos preços”, então a empresa deixa de ser vista como uma simples função de produção, o que se articula com a ideia de concorrência, a qual deixa de ser apenas por preços. Atrelada a essa constatação, soma-se a crítica à racionalidade maximizadora, difundida por algumas teorias ortodoxas. A percepção de incerteza e a complexidade do mercado passam a ser características da realidade econômica, enquanto as soluções subótimas (*satisfacting*) passam a ser aceitáveis. Em síntese, o cálculo maximizador pode ser desejado, mas nem sempre alcançado⁵⁴³.

Outra constatação que essa teoria permite realizar é que a alocação interna de recursos é mais complexa do que a definição de preços e quantidades. Deve-se levar em consideração processos de produção, organização interna, distribuição e investimento em inovação com P&D. Em outros termos, o crescimento das empresas gera a necessidade de capacidades organizacionais dela, o que aumenta a importância de ativos intangíveis, presentes nas

⁵⁴¹ GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 37.

⁵⁴² RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 115.

⁵⁴³ GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 36.

rotinas⁵⁴⁴. Essas capacidades são influenciadas pela trajetória passada e estão restringidas pela fronteira tecnológica. A história da empresa e da indústria em questão é fundamental nessa abordagem, pois tem o condão de limitar o comportamento futuro da empresa⁵⁴⁵. Em síntese, de acordo com Mario Possas, “firmas com rotinas mais adequadas à obtenção de maior lucratividade levam a seu maior crescimento no mercado, portanto maior *market share*”⁵⁴⁶.

Nesta vereda, torna-se forçoso observar que os pressupostos dinâmicos dessa teoria são baseados nos processos de busca e seleção de inovação e imitação. Assim, importa dizer que as capacidades inovadoras da empresa organizam a sua estrutura interna e suas interações com o mercado, de maneira a determinar a lucratividade e taxas de crescimento⁵⁴⁷. Logo, a exploração das oportunidades, geradas por novas tecnologias, e as aptidões de lucrar com esses princípios científicos é ponto central para entender a trajetória de crescimento e a diversidade das empresas.

Por conseguinte, entende-se que a apropriação dos lucros, decorrentes da inovação, é estabelecida a partir da relação entre o regime de apropriabilidade, o paradigma do projeto dominante, e os ativos complementares. Diante disso, é imprescindível esclarecer que o regime de apropriabilidade são os fatores ambientais os quais possibilitam o inovador se apropriar dos lucros gerados pela inovação, enquanto o paradigma do projeto dominante é o estágio da ciência, no qual um determinado padrão é estabelecido, o que permite que a competição deixe de ser pelo projeto e passe a ser pelo preço. Os ativos complementares, por sua vez, são aqueles exigidos para obtenção do menor custo de produção e distribuição⁵⁴⁸.

Nesta esteira, David Teece compreende que as situações mais comuns no mercado são de regime de apropriabilidade fraco, ou seja, aqueles caracterizados pela dificuldade de se proteger a tecnologia inovadora. Nos casos em que a tecnologia principal é fácil de imitar, os ativos complementares assumem papel central na apropriação dos lucros da inovação, ou seja, empresas que dominam canais de distribuição ou de manufatura especializada posicionam-se de maneira mais vantajosa, mesmo se não tiverem sido elas que tenham criado a tecnologia

⁵⁴⁴ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 116.

⁵⁴⁵ GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005, p. 40.

⁵⁴⁶ POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 68, São Paulo, 2008, p. 287.

⁵⁴⁷ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 118.

⁵⁴⁸ TEECE, David J. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy*, v. 15, n. 6, 1986, p. 286 e s.

inovadora. O acesso a canais de distribuição e de manufatura é, portanto, central na dinâmica concorrencial⁵⁴⁹.

Deste modo, compreende-se que o sucesso da inovação está mais relacionado à estrutura de ativos complementares e às estruturas contratuais empregadas para acessar os ativos complementares, do que precisamente à cota de mercado inovador⁵⁵⁰. Essa percepção contribui para desconstruir a concorrência como um mecanismo reduzido à questão do preço, ou como um conjunto de precondições estruturais e comportamentais que viabilizam equilíbrio competitivo (modelo de concorrência perfeita). Portanto, o desequilíbrio é a norma que resulta dos esforços deliberados e generalizados de diferenciação entre os agentes econômicos para obter lucros monopolísticos⁵⁵¹.

As características da economia contemporânea de alta tecnologia indicam que o regime de apropriabilidade é produto consciente da firma e não apenas dados fornecidos pelo ambiente externo. Em outros termos, os fenômenos como software *open source* e as formas de partilha deliberada de propriedade intelectual estão sendo utilizados com mais intensidade e com finalidades lucrativas. Essa constatação recoloca em questão o protagonismo da proteção da propriedade intelectual na definição da velocidade e no direcionamento do processo de inovação⁵⁵².

7.2.2.2 Aplicação no Direito da Concorrência

Entende-se a empresa, a partir de uma perspectiva econômica, como uma organização voltada à inovação com apropriação privada de lucros e não uma estrutura de minimização de custos de transação, já que, ao inovar, a empresa faz algo que não se praticava no mercado, portanto não há referências para comparar a produção externa e interna à mesma. Dessa

⁵⁴⁹ Para uma análise mais precisa da atualidade do “Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration”, de David Teece, publicado em 1986, ver LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano Teodoro. Direitos de propriedade intelectual e a economia da obtenção de lucros da inovação tecnológica: as contribuições de David Teece. In: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar et al. *Temas de direito e economia*, n. 6. Natal: UFRN, 2017, p. 123-140.

⁵⁵⁰ TEECE, David J. Reflections on “Profiting from Innovation”. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006, p. 1132 e s.

⁵⁵¹ POSSAS, Mario Luiz. Eficiência seletiva: uma Perspectiva Neo-Schumpeteriana Evolucionária sobre Questões Econômicas Normativas. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 1 (93), 2004, p. 90.

⁵⁵² Outra constatação no mercado de alta tecnologia confirma a relevância dos ativos complementares: nem sempre o primeiro inovador é aquele que mais usufrui da sua própria inovação. Gary Pisano ressalta que a primeira geração de fabricantes de computadores desapareceu. A própria IBM saiu do referido mercado, após vender o negócio de computadores para empresa chinesa. A Apple inventou a interface gráfica do usuário, mas foi a Microsoft que dominou o mercado de computadores. A Merck foi pioneira no mercado de medicamentos de colesterol (Zocor), mas foi a Pfizer que alcançou a posição dominante no referido mercado. A Excite e Lycos foram os primeiros reais mecanismos de busca na internet, mas eles perderam espaço para o Yahoo que, em seguida, deu lugar ao Google. PISANO, Gary. Profiting from innovations and the intellectual property revolution. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006, p. 1123.

maneira, a teoria dos custos de transação não supre todas as expectativas de descrição teórica, visto que essa doutrina foca nas trocas existentes e nas possibilidades das trocas serem substituídas por produção interna⁵⁵³.

Nesse sentido, oportuna é a afirmação de que a percepção da relevância das capacitações e inovações contribui significativamente à aplicação do Direito da Concorrência⁵⁵⁴. Um exemplo clássico de concorrência “schumpeteriana” é a liderança de mercado de empresas inovadoras, que pode até promover elevada concentração no mercado com a exclusão de concorrentes. Outro caso é a ampliação da apropriação privada de lucros decorrentes de patentes, que pode, inclusive, criar monopólios para determinadas tecnologias.

Por este viés, pode-se depreender que o desdobramento mais polêmico da análise proposta por essa teoria heterodoxa da firma está relacionado à insuficiência das dimensões produto e geográfica, para definir os mercados relevantes. De outra forma, pode-se deduzir que perceber a atividade da empresa a partir das competências e dos negócios centrais (*core business*) reduz a relevância de ativos variados que são ofertados em diversos outros mercados. Por conseguinte, a interação entre essa diversidade de dados não se insere plenamente nos conceitos de mercado relevante de produtos ou geográfico, conforme elucida Ricardo Ruiz.

Essa teoria permite deslocar o foco da estrutura industrial e migrar para as capacitações da firma e para a sua capacidade de inovar. De acordo com o referido autor:

[...] as teorias da firma centradas na inovação colocam em questão a análise antitruste focada na estrutura e desloca o foco para a conduta inovadora, para as barreiras à imitação e seleção de mercado. Os ativos transacionáveis perdem peso como eficiente modo de intervenção, pois o poder de mercado reside na capacidade de inovação e no controle de ativos tácitos ou não comercializáveis. Por outro lado, as condutas que visam à manutenção dos ativos correntes são cada vez mais geradoras de ineficiências, pois bloqueiam a emergência de novas tecnologias. Esse é um grande desafio: como balancear as condutas que buscam manter a rentabilidade dos ativos correntes e aquelas que tentam contestar o seu valor por meio de inovação?⁵⁵⁵.

⁵⁵³ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 119.

⁵⁵⁴ Sobre os tipos de atividades inovativas possíveis, ver PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, Lia. Teoria da Firma e Empresa Inovadora. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação*: Fundamentos teóricos e a economia global. Curitiba: Prismas, 2017, p. 107.

⁵⁵⁵ RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 121.

Com base nisso, compreende-se que a teoria econômica heterodoxa da empresa privilegia uma política concorrencial centrada na avaliação dos estímulos à inovação, ao aprendizado tecnológico e à prospecção tecnológica privada. Então, o objetivo passa a ser a indução da inovação e a mudança estrutural, permitindo a dinamicidade da economia e o processo contínuo de inovação. Logo, a importância da autoridade concorrencial é reforçada, sobretudo na análise dos estímulos à inovação e na avaliação dos instrumentos clássicos de proteção da inovação.

A origem schumpeteriana dessa teoria impõe uma reflexão acerca do tamanho ideal das empresas⁵⁵⁶. Existe uma tendência, daqueles que se alinham à teoria do referido economista austríaco, de compreender que as grandes empresas dispõem de mais aptidão para inovar. Isso decorreria do fato de elas terem mais recursos para investir em atividades inovativas e de conseguirem financiar mais facilmente suas atividades de P&D. Além disso, elas dispõem de ativos complementares e de maior escopo de atuação no mercado, o que reduziria os riscos de investimentos.

Entretanto, essa hipótese não pode ser completamente confirmada, conforme elucidam Lia Hasenclever e Patrícia Ferreira. Após resgate de análises empíricas, as autoras destacam o fato de a atividade inovativa crescer mais do que proporcionalmente com o tamanho da empresa até certo limite, depois deste a relação pode ser negativa ou inexistir. Ou seja, em dado momento, a intensidade de investimento em P&D reduz com o aumento do tamanho da empresa. Além disso, constatou-se que as pequenas ou muito grandes empresas são as mais intensivas em P&D. É igualmente importante o fato das pequenas empresas terem suas atividades menos burocratizadas, o que contribui à manutenção de seu espírito empreendedor⁵⁵⁷.

Deste modo, entende-se que as contribuições dessa corrente da releitura e atualização da obra de Schumpeter não devem ser interpretadas como um aval à concentração do mercado, por si só. Na verdade, elas devem ser compreendidas como uma perspectiva mais realista da dinâmica do capitalismo do Século XXI, sobretudo nos mercados de alta tecnologia⁵⁵⁸. Em outras palavras, percebe-se que a reflexão deve-se centrar na análise dos

⁵⁵⁶ Ver PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, Lia. Teoria da Firma e Empresa Inovadora. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 101.

⁵⁵⁷ HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia. Estrutura de Mercado e Inovação In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 98 e s.

⁵⁵⁸ Ver POSSAS, Mario Luiz. *Limites normativos da análise econômica antitruste*. Instituto de Economia da UFRJ, Jan./2009, p. 3.

recursos e das capacitações que as empresas acumulam para inovar e nos seus processos de inovação, não no seu tamanho de maneira abstrata.

A inovação é um elemento interno ao processo concorrencial e não um resultado da “concorrência perfeita”. Assim, as autoridades da concorrência não podem excluir de suas análises a avaliação dos estímulos a inovar, sobretudo nos mercados caracterizados pela existência de um monopólio, de um oligopólio ou por altas barreiras a entrada. Essa compreensão decorre do fato de a possibilidade de desenvolvimento de outras tecnologias, produtos ou serviços, ser justamente a garantia do elemento dinâmico do mercado.

A percepção da concorrência, enquanto fenômeno dinâmico, permite constatar que a obtenção dos lucros da inovação não é unicamente condicionada à existência da propriedade intelectual. A capacidade inovadora de uma empresa é mais ligada aos ativos complementares, ou seja, àqueles exigidos para a obtenção de um menor custo de produção ou distribuição. Dessa constatação decorrem duas outras. A primeira é que ela recoloca em questão a propriedade intelectual enquanto elemento fundamental para a inovação. A segunda é que ela desloca o foco da análise concorrencial da estrutura industrial para a capacidade da empresa ou do setor de inovar.

À vista do exposto, os aportes teóricos da Economia Industrial são convergentes com as premissas constitucionais de 1988, na medida em que colaboram na aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência conducente à inovação. Entretanto, a atuação revisitada do CADE, proposta por essa convergência de fundamentos teóricos, deve ancorar-se em critérios objetivos que respeitem a segurança jurídica. Por conseguinte, emerge dessa constatação a necessidade de retomar alguns aspectos específicos da experiência europeia na intervenção concorrencial para proteger diretamente a inovação.

CAPÍTULO 8. CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

O Direito da Concorrência da União Europeia tem sido aplicado com objetivo deliberado de proteger diretamente a inovação. As autoridades europeias responsáveis pela concorrência incorporaram, nos últimos anos, o entendimento segundo o qual elas podem contribuir para o sucesso dos inovadores, apesar de não poder prever ou controlar a inovação. A aplicação renovada desse ramo do Direito permite reduzir os obstáculos para que esse processo ocorra, garantindo que empresas dominantes atentem contra a criação de novos produtos e serviços, inclusive antes que novas ideias mostrem aos consumidores o que podem realizar⁵⁵⁹.

Diante disso, Magrethe Vestager entende que a inovação é a resposta à necessidade de se competir, pois se trata do principal elemento dinâmico do processo de concorrência, uma vez que, caso determinada empresa não inove, seu concorrente inovará. Assim, importa dizer que se reconhece que a empresa possa ter os retornos de sua criação, mas ela não pode pôr em prática estratégias para impedir que outros tenham a possibilidade inovar e competir⁵⁶⁰. A supracitada responsável pela Concorrência na Comissão Europeia concebe a revolução digital, vivida atualmente, bem como reforça a necessidade de deixar aberta as possibilidades para que as empresas sejam livres para produzir novos produtos e serviços, notadamente as que tenham a capacidade de ampliar a qualidade de vida dos consumidores⁵⁶¹.

Destarte, a originalidade do modelo europeu repousa mormente na sua aplicação para punição das práticas unilaterais. Com efeito, os esforços das autoridades europeias, responsáveis pela concorrência para incorporar os contemporâneos aportes da Economia Industrial no Direito da Concorrência, viabilizaram a emergência de um modelo que pode influenciar uma renovada atuação do CADE. As características da experiência do Direito Brasileiro da Concorrência, assim como do contexto legal e econômico do país, reforçam a importância dos aportes de dois eixos do modelo europeu, quais sejam: a intervenção para manter os estímulos à inovação (8.1) e a regulação da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual (8.2).

⁵⁵⁹ VESTAGER, Magrethe. Setting innovation free. *Bpifrance Inno Génération*, Paris, 12 october 2017.

⁵⁶⁰ VESTAGER, Magrethe. How competition supports innovation. *Regulation4Innovation*, Brussels, 24 May 2016.

⁵⁶¹ VESTAGER, Magrethe. Competition: the mother of invention. *European Competition and Consumer Day*, 18 April 2016.

8.1 Manutenção dos estímulos à inovação

Os modelos de negócio, que emergiram com o advento da Economia da Informação, são frequentemente caracterizados pela complementariedade dos produtos, cuja interação entre estes é viabilizada pela interoperabilidade. Essa peculiaridade se soma à outra, os efeitos de rede, os quais contribuem para formação de novos monopólios, devido ao aumento das barreiras à entrada⁵⁶². Esse quadro descrito reforça a necessidade de se questionar acerca das estratégias de empresas dominante, que podem visar à manutenção da sua posição de mercado, pelo desestímulo ao processo de inovação no setor em questão.

Já a experiência europeia indica que as autoridades responsáveis pela concorrência podem atuar no sentido de avaliar essas estratégias abusivas de empresas dominantes, atentando-se à possibilidade de os concorrentes estarem mais aptos a inovar do que a própria empresa que promove uma manutenção artificial de sua posição no mercado. A abordagem do Direito da Concorrência da União Europeia ao caso Microsoft e o seu reforço, anos mais tarde, com a decisão da Comissão no caso Google são centrais para a compreensão dessa função reguladora da autoridade concorrencial sobre a inovação.

Esses julgados supracitados informam as diferenças centrais entre a tradição norte-americana e a europeia, revelando significantes aportes a uma renovada atuação do CADE. Portanto, a emergência de uma reformulação da intervenção do CADE deve se ancorar em duas frentes: a promoção da interoperabilidade (8.1.1) e a punição da alavancagem abusiva em mercado conexo (8.1.2).

8.1.1 Promoção da interoperabilidade

A manutenção da interoperabilidade com empresas dominantes pode possibilitar inovações complementares, providas por outras empresas. Além disso, a interoperabilidade viabiliza a concorrência com a referida empresa dominante, a qual a estimula a continuar a criar novos produtos, serviços ou modelos de negócios.

Dessa maneira, o objetivo da promoção da interoperabilidade é a manutenção do progresso técnico, principalmente nesse tipo de mercado de alta tecnologia, na medida em que diversas técnicas jurídicas podem ser empregadas para esse fim, sendo uma das principais a regulação setorial. A União Europeia, por exemplo, promulgou a Diretiva 2009/24/CE, de 23

⁵⁶² GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 17.

de abril de 2009, que trata do assunto e que regulamenta a proteção jurídica dos programas de computador, definindo os contornos da interoperabilidade⁵⁶³.

Deste modo, deduz-se que a aplicação do Direito da Concorrência pode ser igualmente importante para a promoção da interoperabilidade, sobretudo quando uma empresa em posição dominante colocar em prática estratégia abusiva de recusa de contratar. Assim, importa dizer que o Direito Brasileiro da Concorrência não possui um corpo de decisões suficientemente sólido na promoção da interoperabilidade (8.1.1.1), o que reforça a necessidade de compreender os aportes da experiência europeia (8.1.1.2).

8.1.1.1 Experiência brasileira

A abrangência da promoção da interoperabilidade não é algo suficientemente definido pela legislação brasileira e pela própria experiência do CADE. Algumas decisões já trataram dos impactos à interoperabilidade, mesmo que indiretamente, decorrentes da utilização abusiva da exclusividade derivada dos direitos de propriedade intelectual. Entre elas, destacam-se o caso *Blu-ray*⁵⁶⁴ e *Phillips-DVD*⁵⁶⁵, por exemplo.

Outro caso em que a análise do CADE tangenciou os danos à interoperabilidade foi a decisão sobre o cartel do cimento no Brasil⁵⁶⁶. A investigação do órgão constatou que empresas, indivíduos e associações das empresas não apenas fixaram preços e quantidade de cimento e concreto no mercado brasileiro, como também dividiram o mercado e celebraram acordos de não concorrência. Por fim, assevera-se também que aumentaram artificialmente as barreiras à entrada de novos concorrentes, por meio da instrumentalização dos órgãos responsáveis por ditar normas técnicas necessárias para se inserir no mercado. Em vista disso,

⁵⁶³ “A função de um programa de computador é comunicar e trabalhar com outros componentes de um sistema de computador e com os utilizadores e, para este efeito, é necessária uma interconexão e uma interacção lógica e, quando necessário, física, no sentido de permitir o funcionamento de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. As partes do programa que permitem tal interconexão e interacção entre os componentes de um sistema são geralmente conhecidas como «interfaces». Esta interconexão e interacção funcionais são geralmente conhecidas como «interoperabilidade»; esta interoperabilidade é definida como a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas.” PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2009/24/CE, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica de computadores, considerando 10.

⁵⁶⁴ Para análise do caso *Blu-ray*, ver seção 3.1.2.3.

⁵⁶⁵ Para análise do caso *Phillips-DVD*, ver seção 3.2.1.2.

⁵⁶⁶ BRASIL. CADE. *Voto do Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis no Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79. SDE c Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem et al.*, 22 jan. 2014.

os efeitos dessas estratégias prejudicaram, além dos consumidores, pequenas e médias empresas, causando danos à estrutura de mercado⁵⁶⁷.

Esses casos se referem à possibilidade de instrumentalização de pool de patentes ou normas técnicas para finalidades anticoncorrenciais, envolvendo, em alguma medida, a restrição da interoperabilidade. Entretanto, o que se pretende analisar precisamente é o abuso de posição dominante, especialmente nos mercados de alta tecnologia. Em outras palavras, pode-se dizer que a reflexão proposta é sobre a intervenção do CADE em mercados caracterizados pela presença de empresas em posição dominante, que é reforçada pelos efeitos de rede. Cumpre frisar ainda que a estratégia restritiva da interoperabilidade normalmente é revelada por intermédio da recusa de contratar.

Apesar de novas características decorrentes, especialmente, das peculiaridades da economia digital, a recusa de contratar é uma das condutas clássicas no Direito da Concorrência. Nessa vereda, aduz-se que a experiência do CADE foi reconstituída por Priscila Gonçalves, a qual constatou que, até a década de 2000, prevalecia a adoção de pressupostos neoclássicos. Em outros termos, a pesquisa verificou que houve reduzida intervenção na limitação da liberdade dos agentes, assim como indicou inconsistência nas motivações para arquivar os referidos casos e ampla aceitação das justificativas comerciais para a recusa.

A autora supracitada indica que a postura do CADE mudou nos últimos anos, conforme se constata com algumas importantes condenações, apesar de não haver muitas decisões nos mercados de alta tecnologia. Os casos ao longo dos anos 2000 são caracterizados pela maior relevância dada à avaliação da existência do poder de mercado. Por vezes, houve a adoção do critério neoclássico para a definição do poder de mercado, o qual se restringe à avaliação da possibilidade de variação de preço. Em outros casos, articulou-se o elemento do preço com outras variáveis como a diversificação dos produtos ou serviços⁵⁶⁸.

A maioria das condenações do CADE, pela recusa de contratar, deriva de acordos de exclusividade, por isso o CADE costuma realizar um balanço entre os efeitos anticompetitivos e eficiências compensatórias, como nos casos Philip Morris/Souza Cruz⁵⁶⁹,

⁵⁶⁷ Ver BAGNOLI, Vicente; MADI, Maria Fernanda. *Standards* como eventual limite à concorrência: breve consideração acerca do cartel de cimento no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 2, 2016, p. 127 e s.

⁵⁶⁸ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 fls. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, USP, São Paulo, 2008, p. 292.

⁵⁶⁹ O CADE concluiu Termo de Cessação de Conduta (TCC), em 2000, com a Souza Cruz devido à exclusividade de vendas, que resultou na impossibilidade de estabelecimentos atacadistas e varejistas

Microsoft⁵⁷⁰ e shopping centers⁵⁷¹. Nos julgados Messer/White Martins⁵⁷² e Powertech/Matec⁵⁷³, por sua vez, a ausência de justificativas objetivas para a recusa teve preferência sobre a ponderação concorrencial. Em determinados casos, o CADE aceitou o fato de que os objetivos dos agentes econômicos podem ser inferidos a partir dos efeitos das práticas, mesmo que potenciais. Em outros termos, eventuais eficiências, decorrentes da conduta, não foram suficientes para justificar uma prática cujo objetivo é o fechamento do mercado. Esse foi o entendimento decorrente dos casos Power-tech/Matec e Microsoft, por exemplo⁵⁷⁴.

A partir dessa compreensão, é possível sistematizar as principais etapas de avaliação do CADE nesse tipo de conduta: (i) existência de posição dominante; (ii) caráter indispensável do bem; (iii) existência de dois mercados (quando se trata de mercados conexos); (iv) restrição da concorrência; e (v) avaliação de justificativas objetivas.

Compreende-se que o julgado Power-tech/Matec se aproxima da lógica europeia de avaliação. Nesse caso, o pressuposto que emerge da abordagem do CADE é que a condição de posição dominante exige, da referida empresa, responsabilidade especial de não atentar

comercializarem marcas de cigarros fabricadas ou distribuídas pela representada. O CADE considerou que a prática era ilícita porque não havia eficiências suficientes para compensar os danos à concorrência.

⁵⁷⁰ O CADE condenou a Microsoft, em 2004, por recusa abusiva de fornecer produtos a outros distribuidores diferentes à TBA, empresa com a qual havia acordo de exclusividade. A finalidade era impedir que outras empresas participassem de licitações federais realizadas para adquirir os produtos Microsoft. Essa estratégia levou à dispensa de licitação para a compra de seus produtos, criando uma distribuidora exclusiva. O prejuízo à concorrência era reiterado pelo fato dela também ter se recusado a vender diretamente ao Governo Federal. O CADE considerou que não houve eficiências compensatórias suficientes para justificar a redução da concorrência. OCDE, BID. *Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2005, p. 24-25.

⁵⁷¹ O CADE condenou o Condomínio Shopping Center Iguatemi e o Shopping Center Reunidos do Brasil Ltda., em 2003, devido à recusa abusiva de contratar, com base em contratos de exclusividade. A autoridade concorrencial fundamentou-se na identificação de posição dominante no mercado *upstream*, constatação da existência de fechamento de mercado e afastamento dos argumentos dos Representados sobre a racionalidade de sua conduta.

⁵⁷² O CADE condenou a White Martins por recusa de contratar abusiva, decorrente da celebração de contrato com cláusula de exclusividade com a Ultrafêtil. Ficou constatado que a aquisição de gás carbônico junto a outras fontes não era impossível, mas elevaria sobremaneira os custos a Messer. Além disso, a White Martins adquiria quantidade de gás muito superior àquela que a sua planta produtiva tinha capacidade para processar, com objetivo de excluir os concorrentes (açambarcamento). O órgão concluiu que não havia eficiências decorrentes do contrato. O CADE acatou quatro argumentos para punir a White Martins: (i) detentora de posição dominante; (ii) aquisição de gás carbônico junto a outras fontes existentes não era impossível, mas implicaria elevados custos para a Messer; (iii) a White Martins adquiria excedentes que eram em pares desperdiçados, o que impediu a entrada de Messer e outros potenciais competidores; e (iv) não havia eficiências oriundas do contrato de exclusividade.

⁵⁷³ O CADE condenou Powertech por recusa abusiva de fornecer insumos a prestadores de serviços independentes, inviabilizando o conserto de produtos fornecidos pela Matec (centrais telefônicas PABX). A análise do órgão considerou a existência de produtos distintos, a transparência dos custos, o fechamento do mercado decorrente de altos custos associados à troca de equipamentos e a dinâmica da competição entre as empresas.

⁵⁷⁴ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 fls. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, USP, São Paulo, 2008, p. 293.

contra a concorrência. Além disso, a existência de mercados conexos foi um desafio enfrentado pelo CADE na referida decisão, e essa abordagem aproxima-se das problemáticas decorrentes da interoperabilidade. Entretanto, a abordagem da autoridade, nesse caso em espécie, não é suficiente para solucionar os problemas decorrentes dos mercados de tecnologia na Economia Digital. Sobre o assunto, Ana Frazão afirma que:

Em mercados de tecnologia, condutas relativas à recusa de contratar tornam-se ainda mais relevantes, diante da importância das redes. Em setores em rede, é necessária a ação coletiva de um conjunto de produtores e de compradores para que o sistema funcione adequadamente. Em geral, esse tipo de mercado é caracterizado por um conjunto de bens e serviços complementares, como *hardwares* e *softwares*, telecomunicações etc. Assim, quanto maior o número e a variedade de participantes, maior o interesse do consumidor. Nesse contexto, como visto anteriormente, a compatibilidade entre as tecnologias torna-se fundamental para a penetração de novos produtos. Daí o potencial anticompetitivo da recusa de contratar⁵⁷⁵.

Em face disso, entende-se que as características da Economia Digital exigem uma intervenção concorrencial ancorada em análise econômica mais realista. No entanto, a necessidade da preservação da segurança jurídica só é viável a partir da observância da própria tradição jurídica brasileira. Esse percurso permite analisar, com mais consistência, os aportes do Direito Europeu.

8.1.1.2 Aportes do modelo europeu

A decisão europeia sobre a recusa de contratar de Microsoft consagrou um quadro de análise compreendido dos seguintes argumentos: (i) o caráter indispensável do bem para o concorrente; (ii) a eliminação da concorrência sob um mercado secundário; (iii) o obstáculo para aparição de um produto novo; e (iv) a ausência de condição objetiva. Um dos principais aportes do julgado em espécie, conforme visto anteriormente, foi o alargamento do conceito de produto novo, englobando melhorias complementares a um produto já existente⁵⁷⁶.

Cumprе salientar que as decisões no Direito brasileiro não são ancoradas em quadros de análise como na Europa, mas foi possível sistematizar os principais argumentos utilizados, conforme se expôs anteriormente. A análise em questão permite concluir que existe uma convergência, especialmente na decisão Power-tech/Matec, com o quadro de análise europeu.

⁵⁷⁵ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência*: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 465.

⁵⁷⁶ Para análise do caso Microsoft, ver seção 5.1.2.2, a qual trata da proteção da interoperabilidade.

Desta forma, sustenta-se que a nova proposta de avaliação do CADE, nos casos de recusa de contratar que impede a interoperabilidade, deve retomar os cinco elementos da decisão Power-tech/Matec, a saber: (i) existência de posição dominante; (ii) caráter indispensável do bem; (iii) existência de dois mercados conexos; (iv) restrição da concorrência; e (v) avaliação de justificativas objetivas.

No que diz respeito à restrição da concorrência, deve-se incorporar as contribuições do Direito Europeu, sobretudo na sua terceira etapa do quadro de análise: a avaliação do obstáculo para aparição de produto novo. Todavia, essa etapa deve ser interpretada de maneira mais ampla, como restrição do desenvolvimento técnico, alinhando-se à argumentação inicial da Comissão Europeia.

Cumprе frisar que o argumento, no sentido de alargar o conceito de produto novo, foi desenvolvido pelo Tribunal, cujo objetivo era afiliar a decisão Microsoft aos julgados Bronner, Magill e IMS. Entretanto, essa nova abordagem gerou polêmica entre parte dos concorrencialistas europeus, visto que o Tribunal aceitou as melhorias complementares como “produtos novos”.

Neste diapasão, impende asseverar que a atuação renovada do CADE pode afastar essa polêmica ao se centrar no desincentivo ao desenvolvimento tecnológico como o elemento central da restrição da concorrência. Logo, o órgão deve englobar nessa avaliação não apenas novos produtos, mas também as suas melhorias, que têm igual importância para o bem-estar dos consumidores e para a estrutura competitiva do setor.

Essa nova interpretação encontra-se em consonância com o disposto no art. 5, XXIX, da Constituição da República, na medida em que o Constituinte vincula o privilégio temporário dos titulares de propriedade intelectual ao desenvolvimento tecnológico e econômico. Portanto, a promoção da exclusividade tem uma finalidade econômica e social estabelecida claramente no texto constitucional⁵⁷⁷. Assim, a incidência do Direito da Concorrência, na promoção da interoperabilidade, deve ser voltada à promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico.

Dessa feita, reitera-se que a legislação concorrencial tipifica algumas condutas fundamentais à proteção jurídica da interoperabilidade. Cumpre frisar que o legislador, no art. 36, da Lei 12.529/2011, considerou infração da ordem econômica os atos que tenham objeto ou efeitos de:

⁵⁷⁷ Art. 5, XXIX, da Constituição da República, dispõe que: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; [...] V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; [...] XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; [...] XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Esses dispositivos listados devem ancorar a abordagem do CADE, quando este decidir casos envolvendo recusa de contratar no contexto contemporâneo da Economia Digital. A avaliação da restrição da concorrência deve envolver os desdobramentos da instrumentalização dos efeitos de rede para a exclusão de tecnologias ou de empresas concorrentes, mesmo que elas não signifiquem um produto novo, mas tão somente melhorias complementares. A manutenção da interoperabilidade, por intermédio do Direito da Concorrência, também permite estimular o potencial de inovações *open source*, que tem sido responsável pela criação de novos produtos, serviços e modelos de negócio⁵⁷⁸. Em síntese, essa perspectiva renovada de atuação do CADE permite garantir a dinamicidade do setor, por meio da proteção do elemento propulsor do processo concorrencial, a própria inovação.

8.1.2 Avaliação da alavancagem em mercado conexo

A reflexão sobre os possíveis desdobramentos anticompetitivos da alavancagem em mercado conexo não é fenômeno que decorre da emergência da Economia Digital. Todavia, os efeitos de rede e sua articulação com os mercados de dois lados permitem um novo olhar dessa prática, reforçando a necessidade de atuação renovada do CADE em casos, envolvendo empresas em posição dominante.

Convém pôr em relevo que a alavancagem em mercado conexo pode ocorrer por meio da venda casada anticoncorrencial. Essa prática foi investigada pelo CADE em algumas ocasiões, porém a utilização de diferentes critérios, para julgar a sua abusividade, dificulta a sistematização da evolução das decisões. Igualmente, algumas práticas do Google, envolvendo a autopreferência abusiva, estão sendo investigadas pela autoridade brasileira e ainda estão pendentes de julgamento (8.1.2.1). O contexto descrito da experiência brasileira

⁵⁷⁸ Ver GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence – À l'aube de l'arrêt Microsoft. *Concurrences*, n. 2, 2007.

reforça a necessidade de compreender como o Direito da União Europeia tem sido aplicado nesses casos em espécie, evidenciando a sua oposição a determinados critérios adotados sob a influência da Escola de Chicago (8.1.2.2).

8.1.2.1 Experiência brasileira

A preocupação do CADE com os possíveis desdobramentos anticoncorrenciais dos efeitos de alavancagem está devidamente exposta na sua Resolução n. 20, de 1999 do CADE⁵⁷⁹. De acordo com a referida norma:

[...] o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. Os principais efeitos anticompetitivos estão relacionados à "alavancagem" de poder de mercado de um produto para outro, elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor, ao mesmo tempo em que promove o "bloqueio" do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada). A prática de vendas casadas também pode constituir uma forma de burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que a empresa seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao "pacote". Efeitos anticompetitivos sobre serviços pós-venda também podem ocorrer. Possíveis eficiências econômicas da mesma natureza dos casos anteriores devem ser avaliadas, com ênfase na possibilidade de se tratar de produtos complementares de tipo "sistema" e/ou de apresentarem economias de escopo na produção⁵⁸⁰.

Esse dispositivo revela que a autoridade concorrencial brasileira entende a importância de levar em consideração os efeitos de alavancagem. No entanto, essa percepção contrasta com a reduzida quantidade de condenações pela prática de venda casada. Os julgados da Xerox e da Sharp, em 1993, costumavam ser indicados como as principais punições pela referida prática, mas essas decisões não são suficientes para estabelecer padrões objetivos para análise da referida conduta. Apesar desse contexto, a venda casada é uma prática clássica no Direito da Concorrência, cuja previsão está inserida no art. 36, da Lei 12.529/2011, considerando possivelmente ilícita a subordinação da “venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

⁵⁷⁹ Cumpre salientar que a Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999 do CADE, foi revogada parcialmente pela Resolução n. 45, de 28 de março de 2007. Os anexos da primeira resolução foram mantidos, entretanto, não costumam ser referenciados nas decisões do CADE.

⁵⁸⁰ BRASIL. CADE. *Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999*, p. 5.

Torna-se pertinente, assim, citar o caso *Aceco*, julgado em 2010, o qual trata de venda casada. Diante disso, a decisão do CADE não reconheceu a existência de infração à ordem econômica, porém permitiu fixar os critérios a serem avaliados pela autoridade na análise desse tipo de conduta. De acordo com o relator, quatro requisitos devem ser observados: “a) existência de dois produtos e/ou serviços separados; b) existência de algum elemento de coerção; c) existência de posição dominante no mercado principal ou condicionado; d) caracterização de efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal”⁵⁸¹.

Já no que diz respeito à análise da autopromoção abusiva em mercado secundário, importa destacar que alguns casos do Google estão sendo investigados pelo CADE. Três processos foram instaurados pela Superintendência-Geral do CADE, entre os quais, está a denúncia pelo privilégio inadequado aos próprios sites temáticos do Google, como o Google Shopping, na busca orgânica. Esse mesmo processo investiga também se a plataforma de busca da Google estaria diminuindo a busca orgânica em relação à patrocinada. Ademais, o CADE está investigando se a empresa estaria utilizando mecanismos para confundir o usuário na identificação dos resultados da busca orgânica e patrocinada⁵⁸².

Já a segunda prática investigada é a denominada “*scraping*”, na qual o Google estaria supostamente “raspando” o conteúdo concorrencialmente relevante de sites rivais para o uso de seus próprios buscadores temáticos⁵⁸³. A denúncia feita afirma que o Google Shopping estaria se apropriando indevidamente dos comentários de clientes de outros sites de comparação de preço, assim como revela que a denunciada não permitiria que essa mesma prática fosse realizada pelas concorrentes⁵⁸⁴.

Enquanto a terceira prática analisada trata das supostas restrições anticompetitivas do contrato de prestação de serviços da plataforma de publicidade online do Google. Essa empresa teria imposto restrições que dificultariam o gerenciamento das campanhas publicitárias dos anunciantes. Assim, o Google estaria impedindo o *multihoming*, visto que não permitiria o anúncio simultâneo no Google e em outros buscadores concorrentes. Frisa-se que a interoperabilidade, decorrente do *multihoming*, não somente diminui os custos no

⁵⁸¹ BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz na averiguação preliminar n. 08700.005025/2007-07. *Tribunal de Contas da União/Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.*, 23 jun. 2010, § 20.

⁵⁸² BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.*

⁵⁸³ BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.009082/2013-03. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.*

⁵⁸⁴ BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de bucas online*. 11 out. 2013.

gerenciamento das campanhas nas diferentes plataformas de busca, como também possibilita a comparação do desempenho em cada uma delas. Portanto, as restrições ao compartilhamento de informações desestimulam os anunciantes a também veicularem campanha em buscadores rivais⁵⁸⁵. De acordo com a notícia do CADE:

As condutas investigadas, caso comprovadas, podem dificultar a entrada e o desenvolvimento de concorrentes no mercado brasileiro de buscas online, além de incrementar o já elevado poder de mercado do Google nesse segmento – próximo a 99% segundo algumas análises. Desse modo, resultariam em obstáculos a inovações, menos opções de empresas, produtos e serviços aos usuários e, eventualmente, impactos nos preços de produtos e serviços ofertados aos consumidores online⁵⁸⁶.

Nesta esteira, percebe-se que a preocupação com a aplicação das regras de Direito da Concorrência, para evitar o caráter anticoncorrencial dos efeitos de alavancagem em mercado secundário, é comum nas duas práticas expostas (venda casada e autopromoção abusiva em mercado secundário). Entretanto, algumas características da Economia da Informação exigem que determinados critérios clássicos sejam revisitados.

O fato de eventualmente existirem direitos de propriedade intelectual não exclui a competência do CADE para intervir nesses casos em que se constata a utilização abusiva do direito de exclusividade. Ressalta-se novamente que o fundamento constitucional decorre do art. 5, XXIX, da Constituição da República. O fundamento legal, por sua vez, insere-se no art. 36, XIX, da Lei 12.529/2011, que considera infração a ordem econômica pelo fato de “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”. Infere-se que a interpretação desses dois dispositivos garante a possibilidade de o CADE avaliar esse tipo de prática, analisando, em última instância, se o setor é mais propício a inovar do que a própria empresa em posição dominante, a qual se propõe a fechar o mercado artificialmente.

Com isso, entende-se que a experiência do Direito da União Europeia consagrou uma nova abordagem na avaliação da venda casada, notadamente no caso Microsoft. Além disso, a recente condenação da Comissão Europeia no julgado Google Shopping reforça os parâmetros que caracterizam a originalidade do modelo europeu na intervenção nesse tipo de mercado. O papel central da inovação, na abordagem europeia do Direito da Concorrência,

⁵⁸⁵ BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19. *Microsoft Corporation/Google Inc.*

⁵⁸⁶ BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online*. 11 out. 2013.

oferece importantes aportes a uma renovação na prática do CADE proposta no presente trabalho.

8.1.2.2 Aportes do modelo europeu

A experiência europeia tem-se consolidado, nos últimos anos, como uma orientação oposta aos direcionamentos difundidos por alguns teóricos estritamente ortodoxos, principalmente os da Escola de Chicago. Esse grupo teórico entende que uma empresa em monopólio a qual vincula as vendas no mercado principal a produtos secundários não aumenta necessariamente o lucro, se comparada com a decisão de não os vincular. Também os seguidores da Escola de Chicago interpretam que, quanto mais o mercado secundário for competitivo, diversificado e inovador, maior será o preço do bem primário. Portanto, o fechamento do mercado secundário poderia significar ganhos de eficiência, por exemplo, no quesito qualidade dos produtos do mercado secundário⁵⁸⁷.

Na realidade, as recentes decisões europeias têm sustentado a insuficiência de alguns elementos defendidos pela Escola de Chicago. Um dos exemplos, reiterados pela Autoridade da Concorrência Francesa, na sua contribuição sobre a discussão em análise na OCDE, é a assimetria informacional entre o cliente e a empresa. Ou seja, o consumidor que opta por um determinado produto primário não tem obrigatoriamente consciência dos custos e da qualidade dos bens oferecidos no mercado secundário (§ 7).

Daí a Autoridade da Concorrência Francesa não apenas sugere que as práticas de fechamento de mercados secundários sejam atenuadas, com intuito de reduzir os seus desdobramentos anticoncorrenciais, como também propõe a redução da duração do fechamento, permitindo a venda separada dos bens primário e secundário, ou mesmo promovendo a abertura dos mercados secundários. No seu relatório 12-A-21, relativo ao funcionamento do conserto e da manutenção dos veículos, recomendou-se que fosse progressivamente retirada a proteção dos direitos de desenho e modelos nas peças de troca visíveis. O objetivo dessa decisão foi de promover uma maior concorrência no fornecimento dessas peças. Além disso, a autoridade demandou uma melhor comunicação das informações técnicas necessárias para o conserto de veículos e uma maior clareza nas condições de garantia dos veículos (§ 47).

⁵⁸⁷ OCDE. La concurrence sur les marchés secondaires – Contribution de la France (21-23 juin 2017). 11 maio 2017, § 6.

Com isso, faz-se necessário informar que as contribuições da experiência europeia podem ser agrupadas em dois blocos. O primeiro bloco diz respeito à avaliação da clássica prática de venda casada sob a influência da constatação da integração tecnológica e de suas possíveis consequências anticoncorrenciais. O segundo aporte diz respeito ao caso Google Shopping, especialmente porque o caso Brasil ainda não foi julgado, e o modelo europeu oferece parâmetros importantes de análise.

Integração tecnológica e venda casada

A decisão europeia do caso Microsoft sobre o abuso de venda casada consagrou o quadro de análise composto por quatro etapas, com a necessária definição da: (i) posição dominante; (ii) ausência de escolha para o consumidor; (iii) existência de dois produtos; e (iv) restrição de concorrência. No caso em tela, o grande desafio da aplicação desse quadro de análise foi a constatação das duas últimas etapas, conforme visto anteriormente, de modo que decorreu das especificidades da integração tecnológica e de sua articulação com os efeitos de rede⁵⁸⁸.

As tecnologias de informação e comunicação e informação são caracterizadas pela difusão de produtos complementares, os quais, vale destacar, podem, em determinado momento, alcançar autonomia e criar novos mercados ou modelos de negócio. Portanto, a aplicação do Direito da Concorrência deve levar em consideração as estratégias que têm a finalidade de restringir o surgimento ou a manutenção de novos produtos ou melhoria dos já existentes no mercado conexo. Os efeitos de rede reafirmam a necessidade dessa precaução, pois eles reforçam o poder de mercado de empresas que costumam atuar praticamente em monopólio. De acordo com Jérôme Gсталter:

Com efeito, a prática imputada a Microsoft consistiu em exercer um efeito de alavancagem a partir do mercado de sistemas operacionais em direção ao mercado de leitores multimídias. Raciocinando assim, a Comissão se afastou das teorias da Escola de Chicago, visando a demonstrar a ausência de incentivo a praticar um efeito de alavancagem, em razão da existência de um retorno de monopólio único. Em contrapartida, as conclusões da Comissão podem ser aproximadas dos trabalhos dos economistas que pretendem demonstrar que a venda casa pode engendrar um efeito de alavancagem na presença de mudanças tecnológicas rápidas, de economias de escala ou de efeitos de rede⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Para a análise da venda casada no caso Microsoft, ver seção 5.2.1.

⁵⁸⁹ Tradução livre a partir do original: “En effet, la pratique reprochée à Microsoft a consisté à pratiquer un effet de levier à partir du marché des systèmes d’exploitation vers le marché des lecteurs multimédias. En raisonnant

Nesse âmbito, vale afirmar que a análise dos efeitos de rede deve ser incorporada na avaliação da licitude das vendas casadas, quando o CADE estiver avaliando casos, envolvendo os modelos de negócios da Economia Digital. Para promover essa atuação renovada do referido órgão, faz-se necessário estabelecer o quadro de análise proposto no caso *Aceco* como parâmetro. A fixação das etapas de análise permite diálogo mais claro entre as decisões, contribui para a previsibilidade da atuação do órgão e não perde de vista uma aproximação mais realista dos benefícios e malefícios da referida prática.

Desta forma, a avaliação dos quadros de análise europeu e brasileiro (caso *Aceco*) permite constatar que eles são convergentes em praticamente todas as etapas. Entretanto, é possível indicar que a abordagem dada pelas autoridades concorrenciais europeias na investigação das restrições à concorrência é o cerne das contribuições desse modelo. Então, a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia passou a promover a inovação pela manutenção da complementariedade entre os produtos nos modelos de negócio da Economia da Informação.

Esse ramo do Direito tem sido aplicado para reduzir os malefícios da instrumentalização anticoncorrencial dos efeitos de rede, por parte dos novos monopólios da Economia da Informação. Com isso, a preocupação não se restringe apenas aos preços praticados a curto termo, mas também à concorrência a longo prazo. O desdobramento dessa precaução com os mercados secundários permite uma estrutura concorrencial apta ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, podendo criar ambiente mais propício ao surgimento de inovações de ruptura.

À vista do exposto, verifica-se que a constatação da superdominância e da sua manutenção, ao longo dos anos, serve igualmente como fundamento para intervenções que estimulem a competitividade, mesmo que no mercado secundário. Esse tipo de atuação pode ser norteado pela preocupação em proteger a inovação. Por essa razão, a recente decisão do Google Shopping insere-se nesse mesmo contexto, reafirmando a originalidade do modelo europeu.

ainsi, la Commission s'est écartée des théories de l'école de Chicago visant à démontrer l'absence d'incitation à pratiquer un effet de levier en raison de l'existence d'une rente de monopole unique. En revanche, les conclusions de la Commission peuvent être rapprochées des travaux d'économistes visant à démontrer que la vente liée peut engendrer un effet de levier en présence de changements technologiques rapide, d'économies d'échelle ou d'effets de réseau." GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 446.

Google Shopping

A decisão da Comissão Europeia, sobre a prática de autopreferência abusiva em mercado conexo, reforça importante diferença entre as abordagens do Direito da Concorrência da União Europeia e o *Antitrust Law* estadunidense. Nos EUA, a *Federal Trade Commission* encerrou as investigações sobre as atividades de busca do Google em janeiro de 2013. O seu principal argumento foi que a política posta em prática pelo Google Shopping se justificava pelas inovações que melhoram os seus produtos e a experiência dos usuários, mesmo que possam ter causado danos aos concorrentes⁵⁹⁰.

Deste modo, o modelo europeu formulou outros argumentos e considerou ilícito o comportamento da referida empresa. O fundamento da punição é a responsabilidade especial da empresa em posição dominante, a qual não pode atentar contra a estrutura concorrencial dos mercados conexos, especialmente se o seu objetivo for privilegiar seus próprios produtos⁵⁹¹.

Em face disso, verifica-se que o CADE encontra-se novamente em uma encruzilhada cuja relevância é central na regulação dos modelos de negócio na Economia Digital. O julgamento dos casos, envolvendo o Google, deverá levar em consideração as experiências estrangeiras, sobretudo a europeia e norte-americana, para a definição dos parâmetros de intervenção⁵⁹². Logo, o ponto central é a avaliação das restrições à concorrência, pois reside nela a incompatibilidade entre os modelos propostos nos EUA e na Europa.

É importante frisar que a incorporação de qualquer elemento de um dos dois modelos não pode ocorrer sem a devida contextualização, sob pena de a decisão não corresponder às necessidades do Brasil, nem às características da sua própria tradição jurídica. Entretanto, não se pode deixar de lado que a decisão do CADE deverá levar em consideração essa oposição entre as duas experiências, evidenciando se uma empresa superdominante pode utilizar-se do seu poder de mercado para restringir a concorrência em mercado conexo.

Entende-se que o órgão brasileiro deve se aproximar da abordagem europeia, compreendendo os danos à estrutura concorrencial da estratégia de privilegiar o Google Shopping na pesquisa orgânica. Portanto, faz-se necessário reconhecer a existência de um

⁵⁹⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. For release. *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*. 3 jan. 2013.

⁵⁹¹ Para análise da decisão europeia do Google Shopping, ver seção 5.2.2.

⁵⁹² Ver FIDELIS, Andressa Lin. Entre o “laissez-faire” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, p. 66-86.

mercado de dois lados, no qual um deles é formado pelos usuários, que pagam pelas pesquisas com seus próprios dados, e o outro é composto pelos anunciantes⁵⁹³. Ressalta-se inclusive que a referida empresa possui cerca de 99% de poder de mercado no Brasil, de acordo com avaliação do CADE.

Por sua vez, a existência dos efeitos de rede reforça a posição dominante da Google e reduz as possibilidades de escolha dos internautas, o que não deve ser considerado obrigatoriamente ilícito. Entretanto, o fato de essa condição de superdominância se estender no tempo reitera a necessidade de a autoridade investigar, com cautela, as possíveis infrações concorrenciais.

A abusividade de sua conduta surge no momento no qual a empresa instrumentaliza essas características do seu próprio modelo de negócio para expandir a sua posição dominante de maneira artificial. Os efeitos de alavancagem no mercado conexo, decorrentes dessa estratégia, levam ao fechamento do mercado secundário e eliminam a possibilidade de novos produtos ou serviços. Esse contexto causa danos à estrutura de mercado, afastando novos competidores e prejudicando consumidores.

Diante disso, compreende-se que os algoritmos podem ser instrumentalizados para tornar mais difícil a compra de produtos dos rivais, impedindo-os de concorrer com a empresa em posição dominante. Além disso, a falta de clareza aos consumidores, na adoção dos algoritmos, e seus mecanismos de ajustes, na definição dos resultados, reforçam o caráter anticoncorrencial da prática da Google. Com efeito, os usuários não têm clareza de qual algoritmo está sendo usado para criar a lista de resultados. A situação se agravou na medida em que o Google privilegiou suas próprias ferramentas de pesquisa de preço. Ademais, outros concorrentes teriam sido retirados das primeiras páginas de resultado.

Com efeito, não se propõe uma suspeição generalizada, por parte das autoridades concorrenciais, dos algoritmos em análise, os quais podem ser utilizados para encontrar preços mais baixos ou mesmo para outras finalidades cuja aplicação traz benefícios aos consumidores. Entretanto, os seus malefícios e sua instrumentalização para finalidades anticoncorrenciais devem ser investigados e eventualmente punidos. Nesse sentido, Magrethe Vestager ressaltou também que esses sistemas automáticos podem contribuir para uma tendência de cartelizar, com base na fixação de preços, por exemplo. De acordo com a responsável pela concorrência na Comissão Europeia:

⁵⁹³ Ver VESTAGER, Margrethe. *Making data work for us*. Data Ethics event on Data as Power, Copenhagen, 9 set. 2016.

[...] como responsáveis pela concorrência, nós precisamos manter-nos atentos aos cartéis que usam software para atuar mais efetivamente. Se essas ferramentas permitem que empresas façam funcionar seus cartéis mais estritamente, talvez devamos refletir isso nas multas que impomos. E as empresas também precisam saber que, quando elas decidem usar um sistema automático, elas serão responsáveis pelo que ele faz. Então, elas deveriam saber melhor como que o sistema funciona.⁵⁹⁴

De fato, percebe-se que a adoção de uma aproximação ao modelo europeu significa respaldar uma atuação mais rigorosa do CADE na avaliação de infrações cometidas por esses novos monopólios da Economia de Informação. Portanto, o Google é um exemplo da superdominância constante ao longo dos anos, que se têm utilizado da característica do seu próprio modelo de negócio para aumentar artificialmente o seu poder de mercado. Daí a exclusão abusiva de outros competidores tem desdobramentos imediatos no processo de inovação, o que restringe o principal elemento dinâmico do processo de concorrência. Assim, um dos principais aportes da inspiração no modelo europeu é fortalecer o CADE enquanto um regulador da inovação.

8.2 Utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual

A utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual está comumente relacionada ao estímulo ao processo inovador, nas artes e na ciência. Todavia, o aumento do alcance da proteção dessas normas jurídicas, bem como a extensão do tempo de exclusividade, tem alertado as autoridades concorrenciais em diversos países. As estratégias anticompetitivas, relacionadas aos ditos direitos, têm sido objeto do debate público, o que acaba reforçando a necessidade de uma aplicação renovada do Direito da Concorrência.

O direito brasileiro possui reduzido corpo decisório sobre o assunto, conforme visto, o que contrasta com as características jurídicas e econômicas do país⁵⁹⁵. Essa constatação da superdominância de determinadas empresas, principalmente no mercado farmacêutico, e de tecnologias de informação e comunicação, exige atenção maior do CADE na avaliação das estratégias abusivas relacionadas a direitos de propriedade intelectual.

⁵⁹⁴ Tradução livre do original: “[...] as competition enforcers, we need to keep an eye out for cartels that use software to work more effectively. If those tools allow companies to enforce their cartels more strictly, we may need to reflect that in the fines that we impose. And businesses also need to know that when they decide to use an automated system, they will be held responsible for what it does. So they had better know how that system works.”. VESTAGER, Margrethe. *Algorithms and competition*. Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 March 2017.

⁵⁹⁵ Para uma análise da dependência econômica e de sua relação com o sistema de propriedade intelectual Pós-TRIPS, ver Capítulo 1.

A experiência europeia tem contribuído para reforçar a utilização das regras de Direito da Concorrência como maneira de resgatar a utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual. A sua atuação, no eixo da punição de práticas unilaterais envolvendo os ditos direitos, reforça o caráter original desse modelo. As autoridades europeias apresentam-se, em casos específicos, como um regulador da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual. Essa intervenção se dá, principalmente, pela punição por instrumentalização do sistema de patentes (8.2.1) e pela proibição da depreciação abusiva dos concorrentes (8.2.2).

8.2.1 Punição por instrumentalização do sistema de patentes

A proliferação e a queda na qualidade dos direitos de propriedade intelectual contribuem para a constatação da insuficiência dos instrumentos clássicos do Direito de Propriedade Intelectual para punir a instrumentalização do sistema de patentes⁵⁹⁶. Atrelado ao contexto descrito, soma-se a incidência de diversas normas, decorrentes da regulação setorial, agravando a complexidade na análise de casos sobre direitos de propriedade intelectual.

O resultado da conjugação dessas características contemporâneas do sistema de patentes é a dificuldade do INPI em analisar esse tipo de conduta, visto que ele funda sua atuação nos preceitos clássicos do Direito da Propriedade Intelectual. A experiência brasileira já tem revelado a importância da aplicação do Direito da Concorrência para punir esse tipo de conduta, principalmente nos casos de abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais (8.2.1.1). Entretanto, alguns aportes do Direito da União Europeia são relevantes para elucidar como empresas produtoras de medicamentos de referência estão atuando para manter artificialmente sua posição no mercado (8.2.1.2).

8.2.1.1 Experiência brasileira

O Caso Eli Lilly trata de abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, constatado a partir do momento no qual a empresa induziu o Judiciário ao erro, conforme visto. Na ocasião, procedimentos administrativos sobre direitos de propriedade intelectual foram instrumentalizados para finalidade ilícita. Esse comportamento descrito decorreu, em parte, da mudança ilegal do pedido de proteção patentária junto ao INPI.

⁵⁹⁶ Ver KOVAR, Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010, p. 315 e s.

O prolongamento indevido da exclusividade em questão causou danos à estrutura concorrencial, pois impediu, indevidamente, a entrada de genéricos⁵⁹⁷, assim como aumentou o custo dos medicamentos adquiridos pelo Estado, conforme visto anteriormente⁵⁹⁸. Esse caso evidencia a dificuldade do Poder Judiciário e do INPI em punir esse tipo de conduta, conferindo ao Direito da Concorrência posição privilegiada para a análise desse tipo de estratégia. Nesse sentido, infere-se que a abordagem e as técnicas deste ramo do Direito permitem articular elementos de análise que vão além dos conceitos clássicos dos direitos de propriedade intelectual, facilitando a apreensão do conteúdo global dos acontecimentos.

Cumpre frisar que o caso envolveu diversos ramos do Direito e exigiu uma complexa análise, por parte do órgão, tratando inclusive da aplicação do acordo TRIPS no Direito brasileiro. O julgado em questão também revela que o CADE está inserido na tendência existente em vários países, uma vez que está promovendo a correção de determinadas disfunções do processo expansionista da proteção dos direitos de propriedade intelectual⁵⁹⁹. Todavia, a experiência europeia permite lançar um olhar ainda mais crítico sobre o assunto.

8.2.1.2 Contribuição do modelo europeu

A aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia tem revelado a insistência de empresas produtoras de medicamentos de referência (*princeps*) em afastar abusivamente fabricantes de genéricos. Então, o sistema de patentes tem sido, reiteradas vezes, utilizado para a extensão ilícita da exclusividade decorrente de direitos de propriedade intelectual (*evergreening*).

No caso AstraZeneca, essa prática foi condenada, após ser constatado que informações falsas concedidas pela empresa em posição dominante possibilitaram a extensão de sua exclusividade. O seu objetivo foi usufruir do benefício dos certificados complementares de proteção para afastar seus concorrentes.

Além disso, houve o lançamento de produto novo sem significar uma inovação real, prática que se insere no objetivo geral de excluir os produtores de genéricos de maneira arbitrária⁶⁰⁰. Outrossim, o lançamento de um produto, sem o caráter inovador, fez parte da estratégia abusiva global de AstraZeneca, por conseguinte se trata do conceito de inovação

⁵⁹⁷ Para análise da política industrial no setor farmacêutico brasileiro, ver a seção 1.1.2.2.

⁵⁹⁸ Para análise do caso Eli Lilly, ver a seção 3.2.2.3.

⁵⁹⁹ Para análise dos desdobramentos do Acordo TRIPS no direito interno brasileiro, ver a seção 1.2.1.2.

⁶⁰⁰ Para análise do caso AstraZeneca, ver seção 6.1.1.

abusiva, que contribui para uma análise mais precisa da instrumentalização de direitos de propriedade intelectual para finalidades anticoncorrenciais. De acordo com Robert Kovar:

A patente não é mais concebida unicamente como meio de se apropriar da exploração de uma invenção, ela se encaixa cada vez mais nas estratégias que muitas vezes visam a frustrar os desenvolvimentos tecnológicos dos concorrentes. Além disso, pouco importa que a invenção, para a qual a concessão de uma patente é solicitada, apresenta um interesse verdadeiro para uma exploração industrial, permitindo melhorar os produtos ou criar novos. O que conta é o aumento da sua capacidade de prejuízo em relação a outros operadores cujas iniciativas se encontram atrapalhadas ou mesmo paralisadas. É nesse caso que se tem o direito de falar em inovação abusiva. A proteção que merece normalmente uma invenção é então desviada do objetivo que funda a sua legitimidade. Não se trata de promover as “artes e as ciências”, mas, bem ao contrário, de contrariar os projetos que podem seguir nesse sentido e preservar as posições estabelecidas, assegurando aos que detêm vantagens ilegítimas⁶⁰¹.

As vantagens ilegítimas, decorrentes da utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual, não são convergentes com a promoção do desenvolvimento técnico ou artístico. Dessa constatação emerge a necessidade de articular a aplicação de outros ramos do Direito para promover a utilização legítima desses direitos. Nesse contexto, a autoridade responsável pela concorrência se apresenta como instituição apta a corrigir determinadas disfunções decorrentes da situação descrita.

O caso *Servier* é outro julgado relevante do Direito da Concorrência da União Europeia para a construção de uma prática renovada do CADE, no que diz respeito à proteção da inovação. Na ocasião, a empresa foi condenada pela instrumentalização anticoncorrencial da autocomposição para a solução de litígios⁶⁰². Dois aportes ao CADE são possíveis de serem constatados: (i) a aquisição de determinada tecnologia pode-se inserir dentro de uma estratégia abusiva para prolongar artificialmente a posição no mercado, e (ii) as empresas genéricas também podem assumir posturas anticoncorrenciais.

⁶⁰¹ Tradução livre do original: “Le brevet n’est plus conçu seulement comme un moyen de s’approprier l’exploitation d’une invention, il s’inscrit de plus en plus dans des stratégies qui visent souvent à contrecarrer les développements technologiques des concurrents. Aussi, peu importe que l’invention pour laquelle la délivrance d’un brevet est sollicitée présente un intérêt véritable pour une exploitation industrielle en permettant d’améliorer des produits ou d’en créer de nouveaux. Ce qui compte c’est davantage sa capacité de nuisance à l’égard d’autres opérateurs dont les initiatives s’en trouvent gênées voire paralysées. C’est en cela qu’on est en droit de parler d’innovations abusives. La protection que mérite normalement une invention est alors dévoyée du but qui fonde sa légitimité. Il ne s’agit pas de promouvoir les «arts et les sciences» mais tout au contraire, de contrarier les projets pouvant aller dans ce sens et préserver des positions établies assurant à ceux qui les détiennent des avantages illégitimes”. KOVAR, Robert. *Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence*. *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010, p. 317.

⁶⁰² Para análise do caso *Servier*, ver seção 6.1.2.

Uma empresa em posição dominante que adquire nova tecnologia ou que lança novo produto, mesmo que seja muito similar ao anterior, não representa um abuso, por si só. Entretanto, essa prática pode-se inserir em um contexto mais amplo, no qual essas estratégias, aparentemente lícitas, servem para prolongar arbitrariamente a posição no mercado. De acordo com Lauren Leblond:

[...] muitos dos indícios deixam pensar que as estratégias dos laboratórios de medicamentos de referência são, muitas vezes, adotadas por um detentor de patente na intenção exclusiva de restringir a concorrência pelo preço dos laboratórios de genéricos e a concorrência pela inovação dos laboratórios de medicamentos de referência. No entanto, o direito da patente é aqui impotente. Ele não reconhece nem as distinções relativas às patentes secundárias ou principais, nem a noção de patente defensiva. Esses são apenas termos empregados pela indústria farmacêutica. Além disso, a patente é concedida quando um certo número de critérios técnicos e objetivos são reunidos: nem o mérito da invenção nem a intenção do titular da patente são condições de concepção ou manutenção da patente. Esses conceitos não têm influência sob as regras da patente⁶⁰³.

Os referidos julgados europeus revelam que institutos considerados lícitos por outros ramos do Direito podem se mostrar ilícitos, se analisados sob a lente do Direito da Concorrência. Assim, a inovação abusiva e a aquisição abusiva de tecnologia são exemplos que precisam ser levados em consideração pelo CADE ao julgar casos envolvendo direitos de propriedade intelectual.

8.2.2 Proibição da depreciação dos concorrentes

A depreciação de concorrentes é punida normalmente como um ato de concorrência desleal e só será aplicado o Direito da Concorrência quando houver dano à estrutura concorrencial⁶⁰⁴. Entretanto, o CADE não tem uma linearidade na definição objetiva dos

⁶⁰³ Tradução livre do original: “[...] beaucoup d’indices laissent penser que les stratégies des laboratoires de princeps sont trop souvent adoptées par un détenteur de brevet dans l’intention exclusive de restreindre la concurrence par les prix des laboratoires de génériques et la concurrence par l’innovation des laboratoires de princeps. Or, le droit du brevet est ici impuissant. Il ne reconnaît ni les distinctions relatives aux brevets secondaires ou principaux, ni la notion de brevet défensif. Ce ne sont que des termes employés par l’industrie pharmaceutique. En outre, le brevet est délivré lorsqu’un certain nombre de critères techniques et objectifs sont réunis : ni le mérite de l’invention ni l’intention du détenteur de brevet ne sont des conditions d’octroi ou de maintien du brevet. Ces concepts n’ont pas d’influence sur les règles du brevet”. LEBLOND, Lauren. *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Études en faveur de la promotion européenne de l’innovation. Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 421.

⁶⁰⁴ É importante frisar a OCDE destaca a relevante experiência o Chile sobre o julgamento de casos de concorrência desleal com efeitos anticoncorrenciais, notadamente após a mudança legal de 2003. OCDE, Competition Law and Policy in Chile 2011.

critérios utilizados para avaliar esses danos à concorrência (8.2.2.1). Por esse motivo, a experiência europeia pode contribuir na sistematização de um quadro de análise preciso, que leve em consideração especialmente as novas práticas de empresas titulares de direitos de propriedade intelectual (8.2.2.2).

8.2.2.1 Experiência brasileira

A depreciação ou difamação de concorrentes é vedada em diversas legislações. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37, proíbe a publicidade abusiva e a define, no § 1, como qualquer publicidade que contenha alguma falsidade capaz de induzir em erro o consumidor. Esse dispositivo se soma aos artigos 187 e 927 do Código Civil, que tratam da responsabilidade civil. A Lei de Propriedade Intelectual, por sua vez, em seu art. 195, estabelece que comete crime de concorrência desleal aquele que:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;[...].

Nessa esteira, Natália Figueiredo ressalta que a interseção entre concorrência desleal e Direito da Concorrência no Brasil remonta a Lei n. 4.137/62, a qual previa a concorrência desleal como uma das categorias de ilícito concorrencial. Já as legislações posteriores, de 1994, e a mais recente, de 2011, não listaram a referida conduta no rol, o que não impede a sua punição pelas ditas normas. O CADE já se manifestou sobre o assunto da seguinte maneira:

Parece-nos cristalino que, no caso sob apreço, a intervenção do Conselho apenas possa fazer-se presente (i) se o dano puder transbordar a lide privada para ganhar contornos difusos (ii) sob a condição *sine qua non* de que o ilícito possa ser tipificado como infração à ordem econômica. Observo, primeiramente, que a primeira das condições se encontra perfeitamente preenchida, ante a constatação do poder de mercado da representada. Por outro lado, o que faz com que uma infração de concorrência desleal se transforme em um ilícito antitruste é (i) a existência de poder de mercado e (ii) a possibilidade de que tal prática crie dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de

fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços e, portanto, tenha a possibilidade de gerar efeitos nocivos aos consumidores⁶⁰⁵.

A existência de poder de mercado e os danos à estrutura da concorrência são os dois critérios para que a concorrência desleal seja considerada infração à ordem econômica. O CADE analisou alguns casos da depreciação dos concorrentes, dos quais se ressaltam, em primeiro lugar, o cartel contra os genéricos; e em segundo lugar, o caso Kaiser vs. Ambev.

Deste modo, o cartel contra os genéricos foi condenado pela tentativa de boicote à entrada de genéricos no Brasil. Esse caso tratou de representação do Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF) contra uma série de empresas produtoras de medicamentos de referência⁶⁰⁶. O voto do relator foi no sentido de evidenciar a existência da reunião entre as empresas representadas para discutir assuntos referentes à dinâmica do mercado. Além disso, foi reconhecida a campanha realizada pelas empresas denominada “não troque a sua receita”, para boicotar a entrada dos genéricos. No entanto, o relator entendeu que não havia provas suficientes, nem foi estabelecido o nexo causal entre a conduta das representadas e os efeitos concretos ou potenciais. Por esses motivos, o relator votou pelo arquivamento do processo e afirmou ainda:

Dentre as peculiaridades do caso que justificam o arquivamento do processo encontram-se o quadro de incerteza que marcou a introdução dos genéricos no Brasil e a indefinição das linhas de ação propostas pelas representadas. Não ficou claramente demonstrado se as representadas visavam efetivamente esclarecer o público sobre as diferenças, então obscuras, sobre medicamentos similares e genéricos, ou se, ao revés, procuraram dificultar, como inferido pela SDE, a introdução no mercado destes últimos. Não se demonstrou, tampouco, se as idéias discutidas na reunião eram minimamente aptas a produzir quaisquer efeitos anticoncorrenciais, já que não procedeu a qualquer análise da estrutura e do funcionamento do mercado de distribuição de medicamentos em geral no país⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08000.026056/1996-30. *Oxigases/White Martins*, p. 4.

⁶⁰⁶ As empresas representadas foram: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda., Eli Lilly do Brasil Ltda., Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A, Produtos Roche Química e Farmacêutica 8/A, Pharmacia Brasil Ltda. (sucessora de Searle do Brasil Ltda. e, posteriormente, Monsanto do Brasil Ltda.), Laboratório Biosintética Ltda., Bristol-Myers Squib Brasil 8/A, Aventis Pharma Ltda., Bayer 8/A, Eurofarma Laboratórios Ltda., Akzo Nobel Ltda., Glaxo Wellcome 8/A, Merck Sharpe Dohme Farmacêutica e Veterinária Ltda., Astra Zeneca da Brasil Ltda., Boeringher Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Aventis Behring Ltda. (sucessora de Centeon Farmacêutica Ltda.), Sanofi-Synthelabo Ltda. (sucessora de Sanofi Winthrop Farmacêutica Ltda.), Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., Janssen-Cilag Farmacêuticas Ltda. e Byk Química Farmacêutica Ltda.

⁶⁰⁷ BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva no Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. *Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF) x Abbott Laboratórios do Brasil Ltda et al.*, 23 fev. 2005, p. 12.

A despeito do voto do relator, o plenário do CADE votou pela condenação das empresas envolvidas, seguindo o voto-vista. O entendimento do órgão foi no sentido de que os informes publicitários, que custaram milhões de reais à Associação Brasileira de Indústrias Farmacêuticas (ABIFARMA), e a reunião entre as concorrentes produtoras de medicamento de referência são elementos suficientes para a condenação dos laboratórios participantes, mesmo que seus objetivos não tenham sido alcançados. De acordo com o voto-vista:

Portanto, considero existirem nos autos elementos suficientes para a condenação de todos os laboratórios participantes da reunião que contribuíram com seus nomes e suas estruturas corporativas ao incipiente boicote. De fato, é possível observar que não houve consumação substantiva das infrações, mas considero-os incursos, ainda que seus objetivos não tenham sido alcançados, às hipóteses do artigo 21, incisos, I, IV, V e XI da Lei 8.884/94, consistentes na: 1) fixação, em acordo com os laboratórios concorrentes, de condição de venda aos distribuidores de medicamentos, consubstanciada na exigência de que estes não trabalhassem com genéricos; 2) limitação ao acesso de novas empresas ao mercado; 3) criação de dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento dos distribuidores de medicamentos; 4) recusa de venda de bens dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, condutas estas que, no caso concreto, configuram a incidência do artigo 20, incisos I, n e IV do mesmo diploma legal⁶⁰⁸.

Um dos principais argumentos utilizados pelo CADE foi a campanha publicitária da ABIFARMA, junto à classe médica e à população, contra os genéricos. Desta feita, cumpre frisar que a referida estratégia foi levada em consideração pelo órgão no momento da condenação, apesar deste não ter condenado a empresa⁶⁰⁹.

Outro caso igualmente relevante é o da Kaiser/Ambev, o qual tratou principalmente do lançamento de marcas de combate *Puerto del SOL* e *Puerto del MAR*, com a suposta finalidade de impedir ou dificultar a entrada da marca *SOL pilsen* no mercado brasileiro (*brand preemption*). Além disso, a Ambev também foi investigada pela alegada depreciação dos produtos da Kaiser por meio de campanha difamatória, a qual decorreria de estratégia de

⁶⁰⁸ BRASIL. CADE. Voto-vista do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos no Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. *Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF) x Abbott Laboratórios do Brasil Ltda et al.*, 13 out. 2005, p. 31.

⁶⁰⁹ Alguns autores criticam a ausência de análise mais profunda dos efeitos da campanha publicitária sobre a entrada de medicamentos genéricos, no caso do cartel contra os genéricos. De acordo com Natália Figueiredo: “Considerando que um dos principais motivos para a condenação das empresas foi a campanha publicitária da ABIFARMA e supostos programas midiáticos contra os genéricos, parece razoável supor que uma análise probatória mais detalhada sobre a natureza dessas campanhas (i.e. existência de informações falsas, enganosas, denigratórias) e seus efeitos sobre a entrada de medicamentos genéricos deveria ter sido realizada pelo CADE antes que pudesse chegar a qualquer conclusão.” FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Poder da Marca, Interações entre direito antitruste e direito industrial*. 2014. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, p. 182.

confusão entre uma marca de escopo muito restrito e outra de menor qualidade. No entanto, nenhuma das duas alegações prosperou, e o voto do relator pelo arquivamento foi acatado pelos demais conselheiros do CADE⁶¹⁰.

Logo, o CADE entendeu que uma empresa em posição dominante não abusa da sua posição dominante pelo simples fato de lançar um novo produto. Todavia, o órgão não definiu todos os elementos necessários para a aplicação do Direito da Concorrência nos casos de uma empresa denegrir a outra. O modelo europeu, notadamente a partir das experiências da Autoridade da Concorrência Francesa, contribui na sistematização dos critérios a serem observados pelo órgão responsável pela concorrência na avaliação desse tipo de conduta.

8.2.2.2 Aportes do modelo europeu

A decisão do CADE no caso Kaiser/Ambev retomou julgados estadunidenses sobre efeitos anticoncorrenciais da prática de depreciação, assim como se identificou que não existe completa convergência nos EUA sobre os critérios que devem ser utilizados para a avaliação da citada conduta. Deste modo, importa asseverar que alguns tribunais norte-americanos estabelecem os seguintes critérios: (i) a existência de publicidade claramente falsa; (ii) a adoção de publicidade claramente material; (iii) a indução evidente de fazer os consumidores acreditarem na referida falsidade; (iv) o público-alvo da publicidade ser os consumidores sem conhecimento no assunto; (v) o prolongamento da publicidade por razoável período de tempo; e (vi) a dificuldade de a propaganda não ser suscetível de neutralização por parte do rival.

Outros tribunais estadunidenses entendem que só há necessidade de constatação de dois critérios: (i) a propaganda ser falsa; e (ii) a estratégia de neutralização da publicidade falsa ter-se tornado difícil ou custosa para a vítima. Por fim, ainda há tribunais os quais concebem que a depreciação de produtos de concorrentes nunca leva a uma responsabilização antitruste⁶¹¹.

De fato, a decisão do CADE privilegiou a comparação com a experiência americana no caso em evidência. Apesar disso, não reproduziu todas as seis etapas do teste supracitado,

⁶¹⁰ BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no Processo Administrativo n. 08012.008554/2008-93. *Kaiser/Ambev*, 5 fev. 2014.

⁶¹¹ BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no Processo Administrativo n. 08012.008554/2008-93. *Kaiser/Ambev*, 5 fev. 2014, p. 80 e s.

visto que as etapas iv, v e vi não foram endossadas⁶¹². A análise da autoridade brasileira restringiu-se ao elemento de falsidade da campanha e seus efeitos sobre o mercado. Essa constatação permite maior aproximação à experiência europeia, que possui critérios objetivos que dão conta da avaliação desse tipo de conduta, os quais não foram suficientemente desenvolvidos no referido julgado.

A decisão do caso Buprenorfina da Autoridade Francesa da Concorrência, sobre aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia nos casos de depreciação dos concorrentes, estabeleceu o seguinte quadro de análise, após a constatação da posição dominante: (i) verificar a existência da depreciação; (ii) examinar se o discurso é capaz de influenciar a estrutura de mercado; e (iii) avaliar a relação de causalidade entre a dominação da empresa em questão e a prática de depreciação.

No caso em tela, o órgão francês comprovou que a empresa Schering-Plough utilizou-se de sua notoriedade e confiança para substituir *de facto* as autoridades de saúde responsáveis. A intenção da empresa em questão foi de afastar ou dificultar a entrada dos genéricos, com intuito de aprisionar artificialmente o consumidor aos medicamentos de referência⁶¹³. Nesse contexto descrito, reside a possibilidade de alteração da estrutura do mercado, com a manutenção arbitrária da posição dominante da empresa condenada. Convém pôr em relevo que o caso em espécie se insere na já mencionada tendência de determinadas fabricantes de medicamentos de referência colocar em prática estratégias contra os genéricos.

Então, verifica-se que a análise do CADE deve obedecer ao quadro de análise aproximado à experiência europeia, estabelecendo as seguintes etapas: (i) existência de posição dominante; (ii) constatação de depreciação capaz de gerar danos à estrutura concorrencial; (iii) confirmação do nexo causal entre posição dominante e depreciação. É importante levar em consideração também a existência de divulgação de alguma informação falsa para confirmar a depreciação. De acordo com Natália Figueiredo:

Nessa linha, pode-se dizer que um agente que assume o risco de publicidade ilícita espera ter benefícios, isto é, vantagens sobre os concorrentes. Dessa maneira, mais importante do que qualquer consideração sobre a capacidade dos concorrentes neutralizarem a publicidade difamatória, é necessário verificar se o agente econômico não está criando barreiras à entrada, sinalizando para potenciais entrantes as retaliações a que poderiam estar sujeitos. Diante disso, pode-se afirmar que o mais importante para a

⁶¹² Para uma crítica aos três últimos critérios propostos por alguns tribunais americanos na análise dos efeitos anticoncorrenciais da prática de depreciação, ver FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Poder da Marca, Interações entre direito antitruste e direito industrial*. 2014. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, p. 183.

⁶¹³ Para análise do caso Buprenorfina, ver seção 6.3.

configuração de uma publicidade difamatória como uma infração antitruste é, afora a constatação de poder de mercado do agente que a veicula, verificar o potencial enganoso da mensagem publicitária⁶¹⁴.

No que diz respeito aos danos à estrutura concorrencial, por fim, importa destacar que não devem ser consideradas lícitas as estratégias de manutenção arbitrária de posição dominante, sobretudo quando encerram o consumidor em solução mais cara ou quando restringem a possibilidade de inovação do setor.

⁶¹⁴ FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Poder da Marca, Interações entre direito antitruste e direito industrial*. 2014. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014, p. 184.

Um dos principais aspectos da originalidade do modelo europeu é a preocupação das autoridades europeias responsáveis pela concorrência com as infrações à ordem econômica. Esse motivo é reforçado ao constatar o vasto corpo decisório desse eixo de aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. Portanto, a primeira contribuição da sistematização das decisões sobre a proteção da inovação pela aplicação dessas normas tem natureza mais geral, pois informa a quantidade de estratégias abusivas já punidas pelas autoridades europeias.

Já a segunda contribuição do Direito da União Europeia à formulação de uma prática renovada do CADE diz respeito ao esforço da fixação de quadros de análise, permitindo a atualização dos critérios de decisão consagrados pelo órgão, sem perder de vista a previsibilidade necessária na intervenção concorrencial. Em outros termos, a adoção da técnica dos quadros de análise garante a segurança jurídica e a adequação dos requisitos para punição das infrações clássicas às necessidades contemporâneas da economia.

Enquanto a terceira contribuição do Direito da União Europeia é indicar que a atuação do INPI encontra limitações na avaliação da abusividade de estratégias de titulares de direitos de propriedade intelectual. Essa restrição se revela essencialmente com a incorporação dos aportes contemporâneos da Economia Industrial no Direito da Concorrência, sobretudo nos mercados de alta tecnologia.

A atuação renovada do CADE deve fundar-se na proteção da inovação para garantir uma estrutura concorrencial mais competitiva, viabilizando não apenas inovações de ruptura, mas também condições adequadas para pequenas e médias empresas se apresentarem como competidoras das empresas em posição dominante. Importa salientar, por último, que essa proposta de abordagem do Direito Brasileiro da Concorrência encontra alguns desafios culturais, teóricos e institucionais que merecem maior análise.

CAPÍTULO 9. DESAFIOS DO CADE NA REGULAÇÃO DA INOVAÇÃO

O principal desafio da política concorrencial de um país com heranças do subdesenvolvimento é colaborar com a superação da dependência econômica. Em outras palavras, pode-se afirmar que a atuação da autoridade da concorrência deve objetivar a competição baseada nos méritos entre empresas multinacionais estrangeiras e empresas de pequeno e médio porte, normalmente, nacionais. Sabe-se que o Direito da Concorrência não é uma solução para todos os problemas econômicos de um país, entretanto ele punir práticas exclusionárias, baseadas no exercício abusivo de poder de mercado⁶¹⁵. Essa atuação do órgão da concorrência contribui para um desenvolvimento econômico mais inclusivo, fundamentado na redução e prevenção das barreiras à entrada⁶¹⁶.

O tema da regulação da inovação também agrega desafios de outras naturezas, principalmente se a atuação dos grupos de interesse de grandes empresas multinacionais for levada em consideração. Sabe-se que o processo de harmonização internacional de direitos de propriedade intelectual foi fortemente influenciado por um viés privatista, o qual privilegia as grandes corporações titulares dos ditos direitos. Esse motivo se soma a outros, colocando em evidência uma necessária reformulação de determinadas concepções clássicas da atuação dos órgãos de direito de propriedade intelectual, essencialmente em países como o Brasil. No entanto, o quadro econômico posto de superdominância de empresas multinacionais de alta tecnologia, por si só, é um motivo suficiente para a redefinição da atuação do CADE nesse setor.

Diante disso, o presente capítulo tem como objetivo analisar dois conjuntos de desafios da implementação de uma função reguladora da inovação pela atuação do CADE. O primeiro diz respeito à questão semântica da expressão “regulação econômica”, a qual possui polissemia que dificulta o debate teórico e essa própria modalidade de intervenção do Estado na economia (9.1). Já o segundo trata dos desafios de aplicação do conceito de regulação da inovação, sobretudo na conturbada relação entre CADE e INPI (9.2).

⁶¹⁵ FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, n. 4, v. 79:69, 2016, p. 78.

⁶¹⁶ FOX, Eleanor. Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries. *Law & Economics Research paper series*, Working Paper n. 11-04, New York University School of Law, 2012, p. 4.

9.1 Desafios semânticos da noção de regulação da inovação pelo CADE

A aplicação da função reguladora da inovação pelo CADE encontra na polissemia do termo “regulação econômica” um grande desafio para sua implementação. De fato, é possível constatar entre juristas brasileiros uma imprecisão na definição do conceito e do conteúdo jurídico da referida noção. Essa ausência de harmonização semântica se agrava pelo fato de essa polissemia também ser existente em outras ciências sociais, notadamente na economia.

Assim, pode-se asseverar que o processo de reformulação da relação entre Estado e economia, com o advento da redemocratização do Brasil e da Constituição da República de 1988, contribuiu para uma ressignificação da regulação econômica, bem como a emergência do fortalecimento da economia de mercado ocorreu também com a redefinição da Administração Pública. Importa frisar que esse processo foi caracterizado pela centralidade do tema das agências reguladoras no debate público.

Em face disso, cumpre atestar que a complexidade do quadro econômico, político e jurídico se acentua pelo fato de vários juristas e economistas terem formação no exterior, os quais, muitas vezes, aplicam conceitos e teorias estrangeiras sem a devida contextualização com a realidade brasileira. Por esse motivo, faz-se necessário elucidar as imprecisões teóricas da oposição entre as noções de regulação e concorrência no Brasil (9.1.1) para, em seguida, compreender as particularidades da regulação da inovação pelo CADE (9.1.2).

9.1.1 Imprecisões da oposição entre as noções de regulação e concorrência no Brasil

O termo “regulação” foi ressignificado no debate público do Brasil, principalmente a partir do pacto constitucional de 1988 em torno do fortalecimento de uma economia de mercado. Nesse contexto, foram criadas agências reguladoras (Autoridades Administrativas Independentes - AAI), que faziam parte de uma ampla reforma da Administração Pública brasileira, ocorrida ao longo dos anos 1990. Torna-se imprescindível salientar que essa iniciativa estava atrelada ao aprofundamento das privatizações das empresas estatais brasileiras, conforme anteriormente elucidado⁶¹⁷.

Por um lado, determinados juristas estabeleciam relação direta entre a regulação e as iniciativas de desregulamentação e privatização da economia brasileira. Por outro lado, os demais teóricos vinculavam a regulação a uma perspectiva mais intervencionista do Estado na

⁶¹⁷ Para retomar as reformas que caracterizaram a década de 1990, ver seção 1.1.1.3.

Economia. Nesta acepção, a regulação seria oposta à promoção da livre concorrência, visto que esta seria alcançada com o afastamento da intervenção do Estado no mercado⁶¹⁸.

Essa falta de clareza terminológica tem como gênese posições ideológicas definidas sobre qual deve ser a relação entre Estado e Economia. Além disso, os conflitos entre tradições estrangeiras, no Direito brasileiro, também colaboraram para a dificuldade de harmonização semântica (9.1.1.1). A partir dessa visão, infere-se que a interpretação da trajetória do Direito brasileiro é a maneira mais adequada para propor uma unidade conceitual em torno dessas expressões (9.1.1.2).

9.1.1.1 Distorções decorrentes dos conflitos entre tradições

A expressão “regulador”, na sua origem, faz referência a uma tecnologia puramente mecânica do campo da relojoaria. Esse conceito foi retomado pela biologia para evocar mecanismos de retroação para manter um sistema em certa constância⁶¹⁹. O aprofundamento da utilização de metáforas organicistas nas Ciências Sociais levou à utilização sociológica da expressão “regulação”. De acordo com Thomas Boccon-Gibod:

A utilização sociológica da noção de regulação é mais ou menos contemporânea à própria aparição das ciências sociais, na segunda metade do século XIX. Fruto de uma transposição dos conceitos utilizados na análise dos organismos individuais para os grupos sociais, a noção, apesar ou por causa de seu sucesso, jamais recebeu significado inequívoco, dando lugar nos primeiros momentos a um intenso debate epistemológico, cujos desafios morais e políticos superavam a simples questão da conformidade da metáfora organicista nas Ciências Sociais [...]. Assim, além de seu interesse intrínseco, nós podemos considerar o conceito de regulação como uma verdadeira chave de inteligibilidade da história das Ciências Sociais⁶²⁰.

⁶¹⁸ O debate sobre as teorias da regulação econômica apresentados nesse capítulo remontam às pesquisas realizadas ainda no mestrado, cujos resultados foram expostos na versão publicada da dissertação, em 2016, sob o título: *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Todavia, na presente tese, há um aprofundamento teórico mais precisamente no que diz respeito à dimensão semântica dos conceitos de regulação e concorrência no Direito brasileiro.

⁶¹⁹ LANNEAU, Régis. Régulation (épistémologie). In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 526.

⁶²⁰ Tradução livre do original: “L’usage sociologique de la notion de régulation est à peu près contemporain de l’apparition des sciences sociales elles-mêmes, dans la seconde moitié du XIXe siècle. Fruit d’une transposition des concepts servant à l’analyse des organismes individuels vers celle des groupes sociaux, la notion n’a en dépit ou du fait de son succès, jamais reçu de signification univoque, donnant même lieu dans les premiers temps à un intense débat épistémologique, dont les enjeux moraux et politiques dépassaient de très loin la simple question du bien-fondé de la métaphore organiciste en Science sociales [...]. Ainsi, au-delà de son intérêt intrinsèque, on peut considérer le concept de régulation comme une véritable clé d’intelligibilité de l’histoire des sciences sociales”. BOCCON-GIBOD, Thomas. Régulation (sociologie). In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 506.

Não há pretensão de reconstruir a história desse conceito nas Ciências Sociais, nem de evocar com profundidade a epistemologia da regulação jurídica. Todavia, é possível perceber que a polissemia da expressão não é restrita à experiência brasileira, mas remonta outras tradições e a própria origem da incorporação desse termo nas Ciências Sociais.

O objeto de análise em espécie é a utilização da expressão *regulação econômica* e sua relação com as reformas ocorridas no Direito Administrativo brasileiro, notadamente a partir da década de 1990. Vale salientar que, até então, a Administração Pública era caracterizada pela articulação entre centralização administrativa e legalismo. Esse contexto foi remodelado com a influência da tradição norte-americana, incorporado pelas reformas institucionais da época em questão⁶²¹. Esse processo se assemelha, até certo ponto, ao ocorrido na França, ao longo da década de 1980⁶²².

Experiência norte-americana

O nascimento da regulação econômica nos EUA ocorreu ainda no final do século XIX, com a consolidação da compreensão segundo a qual a intervenção federal deverá ocorrer quando os interesses nacionais estiverem em jogo. Essa visão levou ao enquadramento jurídico de determinados mercados de acordo com um sistema novo, caracterizado pela atuação de agências federais de regulação. A primeira delas foi criada em 1887, o *Interstate Commerce Commission* (ICC).

Com a crise de 1929 e as eleições de Roosevelt, em 1932, houve um aprofundamento da utilização das técnicas de regulação econômica. Esse contexto contribuiu para a difusão deste fenômeno enquanto sinônimo de maior intervenção do Estado na economia. Nesse sentido, Manuek Tirard afirma:

A rigorosa delimitação das agências, no início, remete ao particularismo norte-americano: trata-se de aceitar a ação pública (federal) apenas de maneira detalhada e limitada. A iniciativa privada deveria permanecer largamente dominante. Partindo daí, é possível considerar os vínculos com a França. Deve-se enfatizar que essa intervenção pelas agências americanas foi indireta, pois ela passou por um enquadramento regulamentar (restritivo na origem, tem-se que o repetir) do comportamento das empresas privadas. Comparativamente, na França, o desenvolvimento da ação pública na virada

⁶²¹ Ver PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, 40(4), jul./ago. 2006, p. 536 e s.

⁶²² Para uma análise das agências reguladoras (autoridades administrativas independentes) no Brasil e na França, ver LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 146-181, jul. 2016.

do século XX foi mais direta e mais intrusiva, vendo-se prospetar os conceitos de poder e serviço público. Esse período marca o verdadeiro nascimento (T. concl., 8 fév. 1873, *Blanco*) e a extensão do Direito Administrativo compreendido como direito derogatório de uma administração responsável pelo interesse geral, em oposição aos conceitos americanos⁶²³.

O modelo norte-americano, baseado em uma original interação entre as agências reguladoras e mercado, opunha-se a outras experiências de Direito Administrativo, principalmente na França. Desta forma, percebe-se que a oposição entre as ideias de regulação e concorrência existente na tradição estadunidense foi reforçada com a emergência da influência da Escola de Chicago, de meados da década de 1970 à crise de 2008.

A importância desse grupo teórico se somou ao alcance das formulações neoliberais na América Latina, consolidando, em parte dos juristas brasileiros, a vinculação da regulação a uma percepção mais interventora do Estado na Economia. A concorrência, por sua vez, estaria ligada a uma menor ação estatal, na medida em que seria o processo de interação “natural” entre competidores.

Essa oposição conceitual, de matriz norte-americana, ainda é utilizada por muitos juristas e economistas brasileiros, todavia ela não converge completamente com a realidade jurídica e econômica do País. A trajetória da incorporação da regulação na França, e seus desafios, favorece lançar um olhar crítico na utilização jurídica dessas expressões no Brasil.

Experiência francesa

A regulação do mercado, na sua acepção contemporânea, surgiu no Direito francês na década de 1980. Ou seja, o advento desse instrumento de regulação econômica se insere no contexto de privatizações das empresas públicas francesas e de reformulação da Administração Pública do país, com a criação de autoridades administrativas

⁶²³ Tradução livre do original: “Le strict bornage des agences à leur début renvoie au particularisme américain: il ne s’agissait d’accepter l’action publique (fédérale) que de manière circonstanciée et limitative. L’initiative privée devait rester largement dominante. Partant de là, il est possible d’envisager des liens avec la France. Il faut souligner que cette intervention par les agences américaines a été indirecte, puisqu’elle est passée par un encadrement réglementaire (à l’origine restreint, il faut le répéter) du comportement d’entreprises privées. Comparativement, en France, le développement de l’action publique au tournant du XXe siècle a été plus direct et plus intrusif, en voyant prospérer les concepts de puissance et de service publics. Cette période marque la véritable naissance (T. concl., 8 fév. 1873, *Blanco*) puis l’extension du droit administratif entendu comme le droit dérogatoire d’une administration en charge de l’intérêt général, à l’opposé des conceptions américaines”. TIRARD, Manuel. Droit compare (USA). In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 289.

independentes⁶²⁴. A despeito disso, não existe um vínculo direto entre os referidos órgãos e a noção de regulação por duas razões. Primeiro, porque nem todas as AAI exercem a regulação do mercado, como a “*Commission nationale de l’informatique et des libertés*” (CNIL), por exemplo. Segundo, porque nem todas as autoridades que exercem função reguladora são autoridades administrativas independentes.

Desta forma, o legislador francês estabeleceu esse tipo de competência a determinadas autoridades ministeriais ou mesmo a certas pessoas privadas, como o “*Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*”. De acordo com Arnaud Sée:

A noção de regulação de mercado é hoje presente no Direito Administrativo positivo. Ela foi empregada na maior parte das fontes. Mas um tal fenômeno desafia o jurista, pois a noção de regulação conhece utilizações variadas. O Direito positivo não dá nenhuma definição do que é a regulação do mercado nessa matéria. Mas essa noção não se deixa apreender facilmente e é objeto de uma profunda polissemia. Com efeito, quando a noção de regulação de mercado é um dos tópicos mais tratados pela doutrina jurídica dos últimos vinte anos, sua utilização cautelosa no direito positivo incita à prudência⁶²⁵.

A utilização da expressão regulação econômica no Direito francês, mesmo reconhecendo a sua polissemia, não se opõe obrigatoriamente à ideia de concorrência. Um exemplo que ilustra essa percepção é o fato de a Autoridade da Concorrência francesa ser considerada responsável pela “regulação da concorrência nos mercados”. Conforme elucida Nathanaël Kos’isaka:

Entre as autoridades de regulação [na França], a Autoridade de Concorrência é seguramente uma das mais emblemáticas e uma das mais poderosas. *Encarregadas de regular o funcionamento da concorrência nos mercados, a autoridade ocupa uma posição central na organização da vida econômica francesa.* Pela sua missão, essa entidade poderá intervir em quase todos os setores da vida econômica. Essa posição nevrálgica permite explicar, ao menos em parte, a atenção particular na autoridade, não apenas pelos profissionais forenses, mas, também, da doutrina. *Especialmente no imaginário coletivo, a Autoridade de Concorrência aparece como arquétipo*

⁶²⁴ A expressão “*régulation*” é um anglicismo, dado que o termo não existia no dicionário francês, considerado muitas vezes uma transposição inapropriada do inglês “*regulation*”. FRISON-ROCHE, Marie Anne. La victoire du citoyen-client. *Revue Sociétal*, Paris, SERPE, n. 30, 4ième tr. 2000, p. 52.

⁶²⁵ Tradução livre do original: “La notion de régulation du marché est aujourd’hui présente dans le droit administratif positif. Elle a été employée dans la plupart de ses sources. Mais un tel phénomène interroge le juriste, car la notion de régulation connaît des utilisations variées. Le droit positif ne donne aucune définition de ce qu’est la régulation du marché dans cette matière. Or cette notion ne se laisse pas appréhender facilement et fait l’objet d’une profonde polysémie. En effet, alors que la notion de régulation du marché compte parmi les sujets les plus abondamment traités par la doctrine juridique de ces vingt dernières années, son utilisation précautionneuse en droit positif incite à la prudence”. SÉE, Arnaud. Régulation (conceptions doctrinales). In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 514.

*de entidade que coloca em prática esse “poder” um pouco fugidio que é a regulação*⁶²⁶ (grifos acrescidos).

O emprego da expressão regulação, para explicar a atuação da Autoridade da Concorrência francesa, pode gerar certa resistência em parte dos juristas brasileiros. Entretanto, ela se justifica na medida em que a ideia de Direito da Concorrência na França não se confunde com uma abstenção de atuação do Estado, responsável por intervir no mercado para adequá-lo à ordem pública.

Portanto, é possível constatar que o conceito de regulação da concorrência permite entender a regulação do mercado como uma função, a qual tem seu conteúdo e limites estabelecidos pelo legislador. Essa função reguladora, conferida a determinadas autoridades de regulação, consiste em garantir o imperativo de interesse geral de proteção e de promoção da concorrência em determinados mercados⁶²⁷.

A partir dessa percepção, os juristas franceses designam a regulação setorial como uma função reguladora exercida em um setor específico, o qual normalmente passou por um processo de desregulamentação. Já a regulação da concorrência é exercida pela aplicação das normas de Direito da Concorrência, que eventualmente podem dialogar com a regulação setorial, por intermédio do fenômeno da “interregulação”⁶²⁸.

Diante disso, depreende-se que há uma divergência entre o emprego dos termos *regulação* e *concorrência* na França e nos EUA. Na verdade, não há uma oposição entre esses conceitos no primeiro país, apesar de reconhecer que a regulação setorial se utiliza de instrumentos e tem objetivos diferentes da regulação da concorrência. Nos EUA, por sua vez, costuma-se constatar uma oposição entre as duas ideias, que se agravou com a influência da Escola de Chicago no *Antitrust Law*.

Desta forma, juristas que tiveram sua formação mais influenciada por alguma dessas tradições, por vezes, empregam esses termos sem elucidar os sentidos diversos conferidos à

⁶²⁶ Tradução livre do original: “Parmi les autorités de régulation, l’Autorité de la concurrence est surement l’une des plus emblématiques et l’une des plus puissantes. Chargée de réguler le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, l’autorité occupé une place centrale dans l’organisation de la vie économique française. De par sa mission, cette entité va pouvoir intervenir dans quasiment tous les secteurs de la vie économique. Cette position névralgique permet d’explique, au moins en partie, l’attention particulière dont fait l’objet l’Autorité de la part non seulement des praticiens mais, aussi, de la doctrine. D’autant plus que dans l’imaginaire collectif, l’Autorité de la concurrence apparait comme l’archétype même de l’entité mettant en œuvre ce « pouvoir » un peu fuyant qu’est la régulation⁶²⁶”. KOS’ISAKA, Nathanaël. Autorité de la concurrence. In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 63.

⁶²⁷ SÉE, Arnaud. Régulation (conceptions doctrinales). In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 516.

⁶²⁸ Ver DELZANGLES, Hubert. Interrégulation. In: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 370-378.

ideia de regulação e de concorrência. Essa confusão semântica favorece o aprofundamento de distorções no debate acadêmico e na própria aplicação do Direito.

9.1.1.2 Harmonização a partir do desenvolvimento da experiência brasileira

A compreensão da oposição ou convergência entre as expressões *regulação* e *concorrência* nas experiências francesa e estadunidense permite lançar um olhar crítico ao próprio desenvolvimento da regulação econômica brasileira. Nesse viés, infere-se que a apreensão dos diferentes significados, em cada país, viabiliza compreender parte das distorções do emprego dessas expressões no Brasil.

É conveniente pôr em relevo que incorporar a dicotomia regulação/concorrência no direito brasileiro, da forma que é feita por juristas mais influenciados pelo modelo americano, tem uma dupla incoerência. A primeira é o fato de ignorar que o Direito Brasileiro da Concorrência é, desde a sua gênese e ressignificado pela Constituição da República de 1988, responsável por estabelecer limites públicos ao poder econômico⁶²⁹. Em outros termos, a concorrência não deve ser vista no Direito brasileiro como sinônimo da simples interação privada entre concorrentes, a qual conduziria a um equilíbrio estático do mercado. A segunda é o fato de que a ideia de regulação remonta a uma experiência anterior à década de 1990 e às contemporâneas agências reguladoras. Portanto, a conformação da atividade econômica a uma ordem pública precede o próprio pacto da Constituição de 1988.

A experiência francesa, por sua vez, permitiu uma renovação da Administração Pública e da relação entre Estado e atividade econômica, sem perder de vista traços fundamentais da sua própria tradição do seu Direito Administrativo. Todavia, a comparação com o modelo francês ao brasileiro, permite observar que não há correspondentes por completo, como será exposto a seguir. Percebe-se que alguns desafios superados pela tradição francesa ainda são presentes no Direito brasileiro, e essa é uma importante razão para estudar aquela experiência.

As influências desses modelos no Direito brasileiro são fundamentais. Entretanto, apreende-se que a harmonização semântica das expressões *concorrência* e *regulação* deve ocorrer a partir do desenvolvimento da experiência do próprio país. Por conseguinte, a compreensão dessa questão conceitual permite identificar com maior precisão os complexos

⁶²⁹ Para uma análise da evolução do Direito Brasileiro da Concorrência, ver seção 2.1.1.

desafios da atuação de um órgão de defesa da concorrência, mormente em países de economia periférica, como o Brasil.

Desenvolvimento da experiência brasileira

A ideia de o Estado brasileiro intervir na Economia para controlar a produção e circulação de produtos em setores específicos remonta, pelo menos, ao início do século XX. Entre as instituições responsáveis por esse tipo de atuação, pode-se citar o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), Instituto Nacional do Sal (1940) e o Instituto Nacional do Pinho (1941)⁶³⁰.

O período descrito é caracterizado por uma economia dirigida pelo Estado, notadamente por meio de regulamentos. Ademais, o advento do pacto político, jurídico e econômico em torno da opção pela economia de mercado, a partir da Constituição da República de 1988, ressignificou o conceito de regulação. A criação das agências reguladoras, por exemplo, representou o enfraquecimento da concepção de administração centralizada. Esses órgãos passaram a ser responsáveis por funções regulatórias e são dirigidos por colegiados, os quais têm membros nomeados por prazos determinados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal⁶³¹.

Ao refletir sobre as agências reguladoras no Brasil, Carlos Ragazzo trata de três momentos distintos, a partir da década de 1990. O primeiro está vinculado ao debate acerca da autonomia das agências reguladoras, uma vez que esse modelo se opunha à própria tradição administrativista brasileira. O segundo relaciona-se à legitimidade, visto que agrupariam competência de três poderes, sem que os seus membros se submetessem às eleições. O terceiro está relacionado à inflação regulatória, dada a quantidade de normas produzidas pelas agências reguladoras⁶³². Importa frisar que existe uma certa sobreposição entre esses momentos, mas eles revelam que as agências reguladoras são objeto de reflexão constante no debate público.

Desse modo, entende-se que a ideia de regulação, no Brasil, articula três poderes diferentes: o de editar regras, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações.

⁶³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 2, n. 4, p. 187-209, jan./mar. 2004, p. 189.

⁶³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

⁶³² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 206 e s.

Enquanto a análise dos órgãos responsáveis pela regulação permite identificar três eixos distintos de atuação: a regulação de monopólios, controlando preços e qualidade; a regulação para a competição, assegurando a livre concorrência; e a regulação de serviços públicos, objetivando a sua universalização, qualidade e preço justo⁶³³.

Vale destacar ainda que a reconstrução da experiência brasileira permite compreender algumas diferenças com o processo de incorporação de elementos da regulação autônoma na França, nos anos 1980. Entre as diferenças mais marcantes, está o fato de já haver previsão no próprio texto constitucional brasileiro, em seu art. 174, de que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica. Portanto, esse dispositivo encerra qualquer dúvida sobre a legitimidade dessa técnica jurídica.

Entretanto, reside, nas aproximações entre a experiência brasileira e a francesa, o principal aporte da análise sobre a oposição entre regulação e concorrência. A compreensão do conceito de função reguladora, estabelecida pelo legislador a um órgão regulador, permite entender que o CADE exerce uma função reguladora do mercado brasileiro. Essa atividade não se confunde, em seu objetivo e técnicas empregadas, com a regulação setorial exercida, por exemplo, pela ANAC, ANATEL, ANEEL, ANP, entre outras.

A harmonização semântica proposta, neste trabalho, ancora-se na utilização da expressão *regulação* para fazer referência tanto à concorrência, quanto à regulação setorial. Reconhece-se também que várias funções regulatórias podem ser exercidas por esses órgãos, as quais se expressam por meio de técnicas diferentes. Portanto, essa reflexão sobre a semântica tem desdobramentos teóricos, visto que exclui a oposição entre a ideia de regulação e a de concorrência, da maneira que, muitas vezes, é difundida no Brasil. Além disso, essa releitura dos conceitos expostos contribui também para compreender melhor a própria aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência.

Aportes da harmonização semântica para a atuação do CADE

A harmonização semântica da expressão regulação econômica proposta está inserida na compreensão da ideologia constitucional de 1988, que afasta a possibilidade de formular uma concepção de Estado que se abstenha de intervir no mercado para adaptá-lo à ordem pública. A compreensão do CADE, enquanto regulador do mercado, está alinhada à ordem econômica constitucionalmente posta, mas igualmente às origens do Direito Brasileiro da

⁶³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

Concorrência e da sua finalidade, juridicamente estabelecida, de controlar o abuso ao poder econômico.

Dessa maneira, uma interpretação constitucional da atuação do CADE significa que o referido órgão deve ser voltado à promoção da superação das heranças do subdesenvolvimento no Brasil. Portanto, as normas concorrenciais são instrumentos de implementação e políticas públicas, conforme afirma Paula Forgioni:

Nega-se ou transcura-se o caráter instrumental das normas antitruste, considerando-as apenas maneiras de “eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado” ou promotor da “eficiência alocativa”, em visão seguramente ultrapassada ou viciada, pois que despreza uma das mais poderosas ferramentas de que pode lançar mão o Estado contemporâneo para implementação de suas políticas econômicas. Nesse raciocínio, esposado por muitos teóricos, especialmente aqueles ligados à Escola de Chicago, pregar-se, acima de tudo, a não utilização das normas antitruste como instrumento de política econômica⁶³⁴.

Com base nessa informação, entende-se que o CADE não se deve restringir a uma avaliação simplificada das eficiências e ineficiências de cada caso apurado, visto que ele comporta diversas funções reguladoras. De outro modo, pode-se dizer que a atuação do órgão responsável pela concorrência também deve levar em consideração a articulação da política concorrencial a outras políticas econômicas, entre as quais a industrial e de inovação. Além disso, o CADE deve incorporar na sua intervenção a avaliação da instrumentalização de institutos jurídicos para finalidades anticoncorrenciais, como os direitos de propriedade intelectual e outras técnicas contratuais, por exemplo.

A percepção do fato de que o CADE conjuga diversas funções reguladoras, voltadas àquela principal que é o controle do abuso do poder econômico, contribui igualmente para as críticas às teses teóricas universalistas. Em outros termos, determinadas teorias se propõem a serem passíveis de aplicação em toda e qualquer configuração socioeconômica, independentemente dos contextos estruturais⁶³⁵. Todavia, a ausência de contextualização importa em intervenções ineficazes ou, até mesmo, incoerentes com o próprio Direito do país. Pelos motivos expostos, a função reguladora do mercado exercida pelo CADE permite compreender que ela é composta por diferentes outras funções, entre as quais está a de regular a inovação.

⁶³⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192.

⁶³⁵ Sobre o conteúdo da convergência da aplicação das normas concorrenciais nos países com heranças do subdesenvolvimento, ver CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o Direito da Concorrência nos países em desenvolvimento*. 2017. 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 38 e s.

9.1.2 Regulação da inovação pelo CADE

A regulação da inovação exercida pelo CADE deve ocorrer dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, notadamente na Lei n. 12.529/2011. Compreender as limitações e competências desse órgão é fundamental para entender a sua importância para a manutenção das estruturas econômicas que estimulem o processo contínuo de inovação no mercado brasileiro.

Cumprе ressaltar que a delimitação da função reguladora proposta no presente trabalho não implica mudanças legislativas, visto que a lei atual já prevê as técnicas e remédios concorrenciais suficientemente eficazes para a proteção da inovação. Uma das principais contribuições dessa pesquisa está na proposta de reinterpretar a própria atuação do CADE, com especial ênfase no eixo das condutas anticoncorrenciais.

Assim, deduz-se que a autoridade concorrencial tem contribuição fundamental na constituição de uma ordem pública conducente à inovação. Essa compreensão de sua atuação com esse viés deve decorrer a partir de uma proposta de conceito (9.1.2.1), para entender que a proteção da inovação pela Direito da Concorrência tem como finalidade manter o desequilíbrio dinâmico do mercado (9.1.2.2).

9.1.2.1 Proposta de conceito

A necessidade de a autoridade concorrencial brasileira regular a inovação decorre da superação do argumento clássico, segundo o qual a inovação é apenas um resultado da concorrência, de forma que se considera que a inovação é o principal elemento dinâmico da concorrência⁶³⁶. Importa frisar que não cabe à autoridade concorrencial escolher qual tecnologia será vitoriosa, pois esta não é capaz de antecipar os desdobramentos de novos produtos, serviços ou modelos de negócio em determinado mercado⁶³⁷. Entretanto, o referido órgão é responsável por contribuir para a estruturação do mercado capaz de manter os estímulos para uma constante inovação.

Em face disso, infere-se que o CADE regula a inovação quando ele intervém diretamente na estrutura de um mercado com o objetivo de estabelecer, ou reestabelecer, os estímulos necessários conducentes ao processo contínuo de inovação. O adjetivo “direta”

⁶³⁶ Para retomar os aportes da Economia da Inovação aos fundamentos teóricos da proteção da inovação pelo CADE, ver seção 7.1.2.

⁶³⁷ Ver VESTAGER, Magrethe. Setting innovation free. *Bpifrance Inno Génération*, Paris, 12 october 2017.

qualifica a originalidade dessa interpretação, sobretudo no eixo do controle de práticas e ancora-se em uma aproximação ao modelo europeu. As práticas exclusionárias ganham maior relevância na atuação concorrencial baseada na promoção da inovação, visto o seu potencial dano à concorrência dinâmica, especialmente quando praticadas por um monopólio ou oligopólio⁶³⁸. Todavia, entende-se que a regulação da inovação pelo CADE ocorre no controle de estruturas e no de condutas.

Regulação da inovação no controle de estruturas

O controle de estruturas no Brasil envolve tanto as fusões e aquisições quanto determinados acordos comerciais, conforme visto anteriormente⁶³⁹. No que diz respeito às fusões e aquisições, verifica-se que a venda de ativos relacionados a direitos de propriedade intelectual já é um instrumento recorrentemente utilizado pelo CADE. No entanto, não se pode compreender essa atuação do CADE, como reguladora da inovação, nos termos propostos no presente trabalho, a despeito de envolver os ditos direitos.

No controle de fusões e aquisições, existe uma regulação da propriedade intelectual, todavia, a finalidade não é promover diretamente o processo contínuo de inovação. Na realidade, a intenção é, primordialmente, reduzir o poder de mercado decorrente da concentração de portfólio de marcas em uma mesma empresa, após a operação. Essa foi a finalidade da intervenção do CADE nos casos Kolynos, Ambev e Brfoods⁶⁴⁰, por exemplo. Essa preocupação com a concentração de portfólio de marcas pode, eventualmente, contribuir indiretamente para a inovação no setor. Esse desdobramento é igualmente importante, mas não é englobado no conceito proposto no presente trabalho.

No que diz respeito à avaliação dos acordos comerciais, os quais também se inserem no controle de estruturas, pode-se falar em possibilidade de regulação da inovação⁶⁴¹. Esse

⁶³⁸ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, 2012, p. 317.

⁶³⁹ Para retomar os aspectos fundamentais da aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência no controle das estruturas para proteger a inovação, ver seção 2.2.2.2.

⁶⁴⁰ Para retomar a análise dos casos Kolynos, Ambev e Brfoods, ver seção 3.1.1.

⁶⁴¹ “[...] os agentes econômicos vêm progressivamente adotando estratégias de organização da atividade empresarial que não dependem da constituição de pessoa jurídica nem da estruturação de um grupo societário, como são exemplos os consórcios, as *joint ventures* contratuais – que não envolvem a criação de uma sociedade para o exercício da empresa comum –, as alianças, as parcerias e os contratos associativos. Em todas essas situações, as empresas contratantes, embora mantenham sua autonomia jurídica e não constituam propriamente um grupo societário, podem unir-se para o exercício de uma empresa comum, formando, portanto, uma nova estrutura empresarial”. FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Indústria e Direito da Concorrência*, v. 6, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441.

eixo de atuação do CADE é responsável por avaliar os benefícios de cooperações entre empresas destinadas a desenvolver projetos de inovação. É pertinente salientar que, nos EUA e na Europa, as autoridades responsáveis pela concorrência criaram guias os quais exercem uma função reguladora na inovação, na medida em que enquadram os parâmetros de cooperação entre as empresas para a inovação. A experiência do CADE, nesse quesito, é reduzida e incoerente, conforme visto⁶⁴². Por essa razão, ressalta-se a necessidade de guia específico que trate da cooperação para a inovação no Brasil.

Esses guias vinculam a atuação do próprio CADE, mas não excluem o controle de legalidade. A despeito disso, tem sido uma técnica empregada com frequência para garantir maior segurança jurídica às empresas, conferindo transparência aos critérios utilizados pela autoridade concorrencial no momento da intervenção. Não é objeto do presente trabalho estabelecer os critérios de avaliação desse tipo de acordo, mas importa ressaltar a importância desses guias no processo de *catch-up* tecnológico do Brasil.

Recentemente, a Comissão Europeia examinou três aquisições de empresas mundiais gigantes de sementes, pesticidas e de agricultura digital⁶⁴³, Dow/DuPont⁶⁴⁴, ChemChina/Syngenta⁶⁴⁵ e Bayer/Monsanto⁶⁴⁶. A originalidade desses julgados diz respeito sobretudo à importância da inovação na avaliação de uma concentração, notadamente na primeira e terceira decisões. É importante frisar que o setor é caracterizado por fortes barreiras à entrada, que decorrem, principalmente, dos investimentos em P&D, necessários para o desenvolvimento das tecnologias compatíveis com os critérios necessários para as autorizações administrativas, relativas à proteção do meio ambiente e da saúde.

No caso Dow/Dupont, a nocividade da operação decorria da estrutura de mercado, visto que o oligopólio se transformava em monopólio em determinados segmentos, pois as empresas não eram sempre atuantes em todos os mercados. Assim, a Comissão constatou dois

⁶⁴² Para análise da atuação do CADE nos casos de acordos sobre direitos de propriedade intelectual com efeitos anticompetitivos, ver seção 3.1.2. Ver também CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015 e AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULA, Germano Mendes de. *Joint Ventures e a política antitruste brasileira*. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 16, n. 3, set-dez., 2012.

⁶⁴³ A agricultura digital emprega métodos computacionais de alto desempenho, rede e sensores, comunicação máquina para máquina, conectividade entre dispositivos móveis, computação em nuvem, método e soluções analíticas para processar grandes volumes de dados e construir sistemas de suporte à tomada de decisões de manejo. Ver: MASSRUHA, Silvia Maria Fonseca Silveira; LEITE, Maria Angelica de Andrade. AGRO4.0 – Rumo à agricultura digital. In: MAGNONI Júnior, Lourenço et al. *JC na Escola Ciência, Tecnologia e Sociedade: mobilizar o conhecimento para alimentar o Brasil*. São Paulo, Centro Paula Souza, 2017, p. 28-35.

⁶⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7932. *Dow/DuPont*. 27 mar. 2017.

⁶⁴⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7962. *ChemChina/Syngenta*. 5 abr. 2017.

⁶⁴⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.8084. *Bayer/Monsanto*. 11 abr. 2018.

tipos de efeitos, o de “congelamento de inovações” e o de “predação dos concorrentes”. Para a provação dessa operação, as partes notificantes propuseram ceder alguns produtos existentes, ativos tangíveis e intangíveis, subjacentes a esses produtos, bem como certos membros de funcionários. A estrutura mundial de P&D de DuPont também foi cedida, para dar condições a uma nova entidade capaz de fazer pressão concorrencial.

No caso Bayer/Monsanto, o objetivo da Comissão era, igualmente, manter uma concorrência efetiva, de maneira que permitisse, aos agricultores, terem a possibilidade de escolher entre diferentes produtos, a preços razoáveis, mas sobretudo, permitir a continuidade da inovação. Dessa maneira, Bayer se obrigou a ceder a totalidade de sua atividade no ramo das sementes de vegetais. No que diz respeito a agricultura digital, Bayer teve de conceder, a BASF, uma licença sob a cópia de sua oferta mundial e de seus produtos e serviços ainda em desenvolvimento na matéria em espécie.

As decisões da Comissão em questão conferem um novo olhar sob a regulação da inovação no domínio das aquisições, pois ela permite compreender a aplicação do Direito da Concorrência para criar novos atores no mercado de tecnologias. A intervenção concorrencial permitiria aumentar a capacidade de inovação de uma empresa para que possa ser capaz de competir na nova estrutura de mercado decorrente da aquisição. Dessa maneira, essa nova empresa seria capaz de produzir os produtos existentes, mas igualmente de desenvolver novas tecnologias.

Regulação da inovação no controle de condutas

O controle de condutas é o principal eixo da regulação da inovação, conforme proposto no presente trabalho. Essa constatação parte da premissa de que se faz necessário revisar o entendimento segundo o qual o CADE deve focar apenas no combate aos cartéis. Conforme dito anteriormente, trata-se de importante atividade do órgão, o qual tem sido essencial para reformular e promover uma nova cultura econômica no país.

Todavia, o reduzido corpo de decisões sobre outras práticas é um importante alerta sobre a necessidade de se reformular a atuação do CADE, sobretudo em casos que envolvem a utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual e estratégias que reduzem os estímulos à inovação. De outra forma, a autoridade concorrencial deve exercer uma dupla função, enquanto regulador da inovação no controle de condutas: (i) verificar se os concorrentes são mais aptos a inovar do que a empresa que comete determinada prática

abusiva para excluir inovações de produtos, serviços ou modelos de negócio; e (ii) exercer um controle da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.

Os argumentos de origem ortodoxos que assimilam que os direitos de propriedade intelectual promovem a eficiência dinâmica, enquanto que o Direito da Concorrência tem como foco na promoção do bem-estar estático, não devem prosperar. Os casos analisados, pelo CADE, mas especialmente pelas autoridades europeias, reforçam a compreensão de que nem sempre o monopólio legal, decorrente dos direitos de propriedade intelectual, conduz a investimento em novos produtos. Deste modo, deduz-se, em consonância ao argumentado por Mark Lemley, que os monopolistas podem ser “preguiçosos” ou “insensatos”, uma vez que terão menos incentivos estruturais para investir em tecnologias disruptivas⁶⁴⁷.

9.1.2.2 Regulação do desequilíbrio concorrencial

É comum relacionar o conceito de regulação à necessidade de se manter equilíbrio em uma determinada atividade econômica ou serviço público. Essa ideia é empregada no direito brasileiro por intermédio da noção de “serviço adequado”, quando se trata de regulação do serviço público. Nesse caso, a regulação é voltada a garantir que o serviço seja prestado, respeitando as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, conforme dispõe o art. 6, §1º, da Lei n. 8.112/95.

Entretanto, o objeto de pesquisa não trata obrigatoriamente de serviços públicos, mas de atividades estritamente de mercado. Por essa razão, a noção de equilíbrio remete a duas interpretações da ideia de regulação, as quais se podem revelar incoerentes com a própria aplicação do Direito da Concorrência. A primeira diz respeito à ideia de concorrência perfeita a qual, conforme visto anteriormente, apresenta um déficit de realismo devidamente explicado pela Economia Industrial⁶⁴⁸. Em outros termos, a regulação do CADE não garante a concorrência perfeita, portanto, não gera equilíbrio. A segunda diz respeito à colusão como desdobramento da intervenção concorrencial. Ou seja, a regulação, para manter um equilíbrio em um setor, pode contribuir para a comunicação de informações sensíveis entre concorrentes, reduzindo a própria competição entre os pretendentes.

⁶⁴⁷ LEMLEY, Mark. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 397*, p. 2 e s. Para análise da importância da inovação da análise concorrencial dinâmica, ver também CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o Direito da Concorrência nos países em desenvolvimento*. 2017. 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 79 e s.

⁶⁴⁸ Para uma interpretação da concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico, ver seção 7.1.

Por esses motivos, concebe-se que o CADE tem papel fundamental na promoção de uma ordem pública conducente à inovação, porém se afasta da ideia de manutenção de equilíbrio. Constata-se que a compreensão de regulação da inovação se ancora na ideia de desequilíbrio, ou seja, o órgão da defesa da concorrência tem uma função de preservar determinadas estruturas necessárias para garantir o elemento dinâmico do capitalismo. Emerge dessa dedução a relevância das inovações de ruptura e os desafios da autoridade concorrencial em promover as estruturas que conduzam a esse tipo de inovação

Importância das inovações de ruptura

A OCDE considera que a importância das inovações de ruptura decorre do fato de essas novidades reestruturarem ou criarem mercados inteiros, não se restringindo apenas às melhorias de produtos ou serviços já existentes⁶⁴⁹. A noção de ruptura, portanto, está relacionada a uma mutação radical dos mercados, a qual não foi possível ser antecipada. O desdobramento desse tipo de fenômeno é a redução ou destruição de mercado dos atores históricos, como ocorreu com a Nokia que perdeu o primeiro lugar no mercado de telefones portáteis depois do lançamento do iPhone, por exemplo (§ 4).

Neste raciocínio, interpreta-se que os benefícios da inovação de ruptura estão vinculados a, pelo menos, dois fatores. O primeiro diz respeito à possibilidade de entrada de novos competidores, de diferentes tamanhos, mas importa destacar a relevâncias das pequenas e médias empresas. O segundo diz respeito aos benefícios aos consumidores, que terão acessos a produtos mais performáticos.

Diante disso, o estereótipo da empresa de ruptura, presente no imaginário da sociedade, é uma empresa pequena e jovem. Entretanto, a OCDE indica que isso não é obrigatoriamente verdade, como pode ser percebido com o exemplo da Nestlé que revolucionou o mercado de café, graças ao Nespresso, provocando a fabricação de diversas cafeteiras e do próprio preparo do café. Grandes empresas também podem interferir em mercados dos quais elas não participavam inicialmente, como foi o caso do setor de música, o qual foi reformulado com o lançamento do Ipod e Itunes, acelerando a desmaterialização do produto (§ 10 e 11).

A despeito dessa observação, é oportuno destacar que as características jurídicas e econômicas contemporâneas, principalmente em países com heranças do

⁶⁴⁹ OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 1.

subdesenvolvimento, privilegiam o exercício do poder econômico de grandes empresas, especialmente no setor de altas tecnologias. Por essa razão, reforça-se a necessidade de o CADE levar em consideração os estímulos das inovações de ruptura de pequenas e médias empresas.

Além disso, cumpre frisar que certos mercados de ruptura são caracterizados por efeitos de rede, e isso importa em uma característica fundamental a ser analisada: a existência de uma fase de forte crescimento para uma empresa de ruptura. De acordo com a OCDE:

Pegamos o crescimento do Google depois que essa empresa revolucionou as pesquisas na internet e o mercado de publicidade. Google alcançou a posição de número um dos motores de pesquisa nos Estados Unidos dez meses após seu lançamento. Facebook foi criado em 2004 para servir de rede social aos estudantes de Harvard, então ele conheceu um crescimento viral e não apenas suplantou MySpace, que foi a primeira rede social americana, mas também superou em muito a sua influência e popularidade, e atende a um bilhão de utilizadores em 2012⁶⁵⁰.

O rápido crescimento dessas empresas, o qual se pode articular a existência de direitos de propriedade intelectual, pode-se tornar uma questão sensível ao Direito da Concorrência. Essa constatação reforça a necessidade de compreender a importância das autoridades concorrenciais na proteção da inovação de ruptura.

Estrutura econômica conducente às inovações de ruptura

A análise do caso europeu Microsoft é essencial para compreender a importância da autoridade concorrencial na proteção do progresso técnico e científico, o qual pode ser expresso em uma simples inovação complementar⁶⁵¹. Conforme exposto anteriormente, a inovação de ruptura apresenta um grau mais profundo de modificação do próprio mercado, reconfigurando radicalmente as relações econômicas. Desta forma, depreende-se que os órgãos concorrenciais também são fundamentais na formulação de estímulos que conduzam às inovações de ruptura.

⁶⁵⁰ Tradução livre do original: “Prenons la croissance de Google après que cette entreprise a révolutionné les recherches sur l’internet et le marché de la publicité. Google s’est hissée à la place de numéro un des moteurs de recherche aux États-Unis dix-mois après son lancement. Facebook a été créé en 2004 pour servir de réseau social aux étudiants de Harvard, puis a connu une croissance virale et a non seulement supplanté MySpace, qui était jusque-là le premier réseau social américain, mais a aussi surpassé de loin son influence et sa popularité, et a atteint un milliard d’utilisateurs en 2012”. OCDE, Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 22.

⁶⁵¹ Para uma análise da decisão europeia sobre a Microsoft, ver seções 5.1 e 5.2.

Alguns autores entendem que a não intervenção das autoridades concorrenciais é mais adequada, pois a velocidade das inovações de ruptura causaria um alto grau de instabilidade do mercado. Em outros termos, novos competidores poderiam sempre inovar a qualquer momento e questionar o poder de mercado da empresa dominante. Todavia, verifica-se que as características contemporâneas da Economia Digital, com a emergência de novos monopólios e o aprofundamento da instrumentalização anticoncorrencial de direitos de propriedade intelectual, exigem uma percepção renovada sobre o assunto.

Em face disso, os problemas concorrenciais podem decorrer em dois grupos de situações diversas. O primeiro está relacionado a atores históricos e à possibilidade, conforme elucida a OCDE, de eles serem privilegiados com os quadros normativos existentes. Um exemplo, que em certa medida se insere no assunto, é a dificuldade de a empresa Uber se estabelecer em certos mercados, dada a sua incompatibilidade com certas normas as quais estabelecem quase que um monopólio aos taxistas.

O segundo grupo de problemas concorrenciais está relacionado às estratégias de empresas que promoveram inovações de ruptura, porém se utilizam estratégias para impedir que novos competidores promovam inovações de ruptura. Essas estratégias podem ser de dois tipos: (i) encerramento do mercado, vinculando os consumidores aos produtos já existentes; ou (ii) compra de empresa de ruptura, reduzindo os efeitos do novo produto sob o processo de competição. A solução para esse tipo de problema deve ser estabelecida pela reformulação da atuação das autoridades concorrenciais, de maneira a permitir que elas priorizem a eficiência, a inovação e os investimentos dinâmicos, no lugar de privilegiar a eficiência estática e a concorrência pelos preços⁶⁵².

Uma série de fatores é considerada pelo relatório da OCDE como obstáculo ao surgimento e estímulo a inovações de ruptura. A primeira é vinculada a eventual existência de quadros normativos que privilegiem atores históricos, dificultando a formulação de política de concorrência conducente às ditas inovações. A segunda é a instrumentalização de demandas judiciais, caracterizadas por serem infundadas ou por haver pouca fundamentação, para afastar concorrentes potencialmente disruptivos. Pequenas e médias empresas que se deparam com esse obstáculo não têm estímulo para se apresentar como potencial concorrente daquela empresa já estabelecida. Esse contexto pode contribuir para firmar acordos com o intuito de obter licenças dos atores históricos ou mesmo de simplesmente sair do mercado. Essas possibilidades suscitam preocupações de ordem concorrencial, levando questões como a

⁶⁵² STREEL, Alexandre de Alexandre; LAROUCHE, Pierre. L'innovation de rupture et la mise en oeuvre de la politique de la concurrence, *Forum mondial sur la concurrence*, 8 set. 2017, p. 6.

qualidade das patentes e suas incitações a inovar para o domínio da definição da política concorrencial⁶⁵³.

Ademais, outras formas de práticas anticoncorrenciais contra inovações de ruptura são possíveis, notadamente em casos de abuso de posição dominante. Nesses casos, a autoridade concorrencial pode assumir função estratégica, ao garantir que os mercados sejam contestáveis, impedindo que as empresas em posição dominante dificultem, ou impeçam, o acesso dos consumidores a esses novos produtos⁶⁵⁴. Por esse motivo, a autoridade deve promover a interoperabilidade, quando se tratar de indústrias de rede. Além disso, deve intervir para realizar um controle da utilização anticoncorrencial de direitos de propriedade intelectual. Constata-se, portanto, que o conceito de regulação da inovação pela autoridade concorrencial reforça a importância da contribuição do CADE na promoção de inovações de ruptura.

9.2 Desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE

A superação dos desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE se insere no contexto de necessária superação de certo “fetichismo institucional”, característico do pensamento jurídico brasileiro. Entende-se que concepções abstratas, como a “economia de mercado”, não têm uma expressão institucional única, natural e necessária. Por esse motivo, países com heranças do subdesenvolvimento, como o Brasil, devem ressignificar formas jurídico-institucionais predominantes nas democracias industriais ricas⁶⁵⁵.

Logo, a proposta de redefinição da atuação do CADE impõe renovadas análises no que concerne às práticas institucionais do referido órgão. As polêmicas de maior complexidade giram em torno da relação entre o Direito Brasileiro da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual. A oposição entre esses ramos do direito, ou mesmo as afirmações vagas de complementariedade entre essas normas jurídicas, não é suficiente para resolver os desafios jurídicos e econômicos que o tema impõe. Por esses motivos, a reinterpretação da atuação do CADE não somente deve envolver uma utilização renovada dos remédios concorrenciais (9.2.1), como também, devem ser estabelecidos outros termos da dinâmica institucional entre CADE e INPI (9.2.2).

⁶⁵³ OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 34.

⁶⁵⁴ STREEL, Alexandre de Alexandre; LAROUCHE, Pierre. L’innovation de rupture et la mise en oeuvre de la politique de la concurrence, *Forum mondial sur la concurrence*, 8 set. 2017, p. 12.

⁶⁵⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17.

9.2.1 Utilização renovada dos remédios concorrenciais

O fato de a regulação da inovação poder incidir sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual impõe, ao CADE, a necessidade de repensar os instrumentos aptos a implementar suas decisões. Sabe-se que os remédios concorrenciais são as medidas ou instrumentos previstos em lei para sanar e punir os danos à concorrência causados pelos comportamentos anticoncorrenciais⁶⁵⁶. Em síntese, a aplicação de multas pode não ser suficiente a fim de contribuir para uma estrutura econômica conducente à inovação. Esta deve vir acompanhada de outras ferramentas, como guias sobre acordos de cooperação para inovação e sobre condutas que visem a impedir o processo contínuo de inovação.

Além disso, importa destacar que a experiência com a consensualidade administrativa no combate a cartéis, por meio dos acordos de leniência, deve também ser explorada na regulação da inovação pelo CADE. Nesse sentido, importa declarar que as técnicas de consensualidade administrativa têm sido de importante valia na experiência europeia e podem contribuir em decisões mais céleres e menos questionadas no Judiciário (9.2.1.1). Entretanto, as sanções impositivas, como a multa, mas especialmente as licenças compulsórias de direitos de propriedade intelectual, têm importante papel na implementação da regulação da inovação pela autoridade concorrencial brasileira (9.2.1.2).

9.2.1.1 Consensualidade administrativa

A utilização de instrumentos da consensualidade administrativa é um desdobramento do processo de “contratualização do Direito da Concorrência” (*contractualisation du droit de la concurrence*). Esse fenômeno tem se aprofundado na experiência europeia por intermédio da solução dos conflitos pelas técnicas dos “*engagements*”, os quais são considerados como um dos principais instrumentos de intervenção das autoridades responsáveis pela concorrência na Europa⁶⁵⁷.

Costumam-se identificar, no Direito brasileiro, três grupos de instrumentos de consensualidade administrativa. O primeiro são os procedimentais, os quais são empregados

⁶⁵⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de.; RUIZ, Ricardo Machado (coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 19.

⁶⁵⁷ Ver GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Les nouveaux monopoles de la société de l’information. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 562.

pontualmente em fases dos processos administrativos, como nos casos de audiências e consultas públicas. O segundo são os orgânicos, os quais decorrem da participação de especialistas ou agentes econômicos nos colegiados dos órgãos da Administração Pública. O terceiro são os contratuais, os quais são instrumentos bilaterais, como acordos de leniência e compromissos de cessação de prática⁶⁵⁸.

Neste diapasão, o CADE tem-se utilizado recorrentemente da consensualidade administrativa, principalmente no combate aos cartéis e na imposição de critérios para aprovação de fusões e aquisições. No entanto, no que diz respeito à regulação da inovação, notadamente nos casos envolvendo condutas relacionadas a direitos de propriedade intelectual, o órgão ainda não utiliza suficientemente os compromissos de cessação de prática⁶⁵⁹. Apesar disso, as vantagens para esse eixo de atuação do CADE são indiscutíveis, porém esses benefícios precisam ser analisados sem perder de vista os desafios existentes do emprego da consensualidade administrativa no Brasil.

Vantagens para a regulação da inovação pelo CADE

A utilização de técnicas de consensualidade administrativa para encerrar processos administrativos concorrenciais não é novidade no CADE, e essas práticas têm sido empregadas nos mais diferentes eixos de atuação do órgão. A legislação atual prevê três institutos diferentes: o acordo de leniência, o acordo no controle de concentrações e o compromisso de cessação de prática no controle de infrações. O primeiro instituto é voltado ao combate aos cartéis, o segundo aos casos de fusões e aquisições e o terceiro às condutas. Portanto, o compromisso de cessação de prática no controle de infrações é o que importa mais no presente estudo. De acordo com Thiago Marrara:

Parece correto dizer que as chances de cumprimento da decisão consensual como forma de afastar um pretensão ilícito administrativo são mais altas que as de respeito a uma decisão sancionatória imposta pela Administração Pública ao particular de modo autoritário e unilateral. Ao colaborar com a legitimidade das ações regulatórias e com a execução da decisão consensualmente elaborada, o acordo concretiza o princípio da democratização e, simultaneamente, o princípio da eficiência em termos de

⁶⁵⁸ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, 2017, p. 277.

⁶⁵⁹ Para retomar a evolução do tratamento normativo dos termos de cessação no CADE, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 fl. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 231.

efetividade ou eficácia. Não fosse isso, a depender do próprio conteúdo do acordo celebrado, não é de se negar que o TCC também será capaz de atingir objetivos preventivos gerais, reduzindo os riscos de ilícitos concorrenciais para além do processo administrativo concreto⁶⁶⁰.

Diante disso, percebe-se que a busca por soluções consensuais colabora para decisões mais céleres dos processos administrativos concorrenciais e garantem maior efetividade do julgado. Por conseguinte, o processo de negociação leva a decisões com menos riscos de judicialização e permite uma imediata resposta à sociedade. Logo, compreende-se que a grande vantagem ao investigado é a suspensão imediata do procedimento de apuração ou a suspensão de processo administrativo sancionador, bem como o seu arquivamento definitivo, no momento em que as suas obrigações forem cumpridas⁶⁶¹.

Por esses motivos, entende-se que o CADE deve-se utilizar desses instrumentos para intervir no sentido de manter os estímulos à inovação ou controlar a utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual⁶⁶². Em outros termos, as punições por multas podem ser conjugadas a outros remédios estruturais que promovam a interoperabilidade ou o controle da extensão da posição dominante em mercado conexo, por exemplo.

Desafios pendentes

O controle do Judiciário sobre os instrumentos de consensualidade administrativa é importante desafio para garantir a segurança jurídica desses institutos. Desse modo, infere-se que não cabe ao juiz analisar o conteúdo do acordo. Todavia, é papel do Judiciário garantir a regularidade do desenvolvimento da consensualidade e proporcionar que os efeitos do acordo não impeçam ou restrinjam direitos de terceiros. Diante disso, cabe ao Judiciário impedir a captura da Administração Pública, podendo exigir as atas de negociação, por exemplo. Essa exigência não implica necessariamente a transcrição das tratativas, visto que isso poderia minar a estratégia negocial da Administração Pública⁶⁶³.

A complexidade das relações econômicas e jurídicas atuais, muitas vezes, exige do CADE a conjugação de diversas técnicas de intervenção. Ou seja, não se deve analisar cada

⁶⁶⁰ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 382.

⁶⁶¹ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, 2017, p. 279.

⁶⁶² Para retomar as contribuições do Direito da Concorrência da União Europeia para a regulação da inovação, ver o Capítulo 8.

⁶⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 fl. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 301.

uma delas de maneira separada, mas promover uma sinergia entre essas intervenções para a realização dos objetivos institucionais do órgão. Assim, os instrumentos de consensualidade seriam mais facilmente aplicados se houvesse um guia específico do CADE não somente sobre acordos de cooperação para a inovação, mas também sobre condutas envolvendo estratégias de desestímulo à inovação.

Outrossim, o reconhecimento da importância da consensualidade não deve-se confundir com a idealização desses institutos, uma vez que estes podem gerar dissensos, os quais só serão resolvidos pelos instrumentos de administração unilateral clássicos. Conforme aduz Thiago Marrara:

Na verdade, em inúmeros casos, a transformação da consensualização em consensualidade depende exatamente de alguns riscos e estímulos gerados pela existência de mecanismos de Administração unilateral. Em outras palavras, os modelos convivem. Mecanismos consensuais se acoplam a estratégias unilaterais e, de outro lado, medidas estatais coercitivas podem servir de incitação ao diálogo e ao acordo⁶⁶⁴.

Portanto, a intervenção pela consensualidade não exclui os instrumentos clássicos, como é o caso da licença compulsória de direitos de propriedade intelectual. Na realidade, esta técnica pode ser interpretada como um elemento necessário na própria negociação dos termos do acordo.

9.2.1.2 Licenças obrigatórias de direitos de propriedade intelectual

A possibilidade de utilização das licenças compulsórias de direitos de propriedade intelectual é uma polêmica que não se restringe às questões concorrenciais. No Brasil, a atualidade desse debate pode ser percebida pela quantidade de projetos de lei, tramitando no Congresso Nacional, sobre o assunto⁶⁶⁵. Além disso, a concessão, em 2007, e a sua renovação, em 2012, de licença compulsória de patente de medicamento para tratamento da AIDS reforçam a perenidade do debate público sobre a utilização desse instituto. Nesse contexto, importa pôr em relevo que o licenciamento compulsório no Brasil disposto na legislação de propriedade intelectual não tem os objetivos e procedimentos iguais às previsões da legislação concorrencial.

⁶⁶⁴ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, 2017, p. 276.

⁶⁶⁵ MENEGUIN, F. B. *A proteção da propriedade intelectual e o licenciamento compulsório no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Julho/2016 (Texto para Discussão n. 198), p. 14.

Licenças compulsórias na Lei n. 9.279/96

As licenças obrigatórias de patentes são uma técnica clássica do Direito da Propriedade Intelectual, previstas pelo Acordo TRIPS (art. 31) e pela legislação brasileira. O art. 68 e seguintes da Lei n. 9.279/96 definem o regime jurídico clássico desse instituto no Brasil. Além dos motivos de abuso de patentes ou abuso de poder econômico, as licenças compulsórias poderão ser concedidas nos casos de falta de fabricação do produto; fabricação incompleta do produto; falta de uso integral do processo patenteado; ou insatisfação das necessidades do mercado na comercialização do produto.

Portanto, a licença compulsória, tal como disposta na lei em espécie, somente poderá ser requerida após decorridos três anos da concessão da patente. Entende-se que essa licença compulsória, disposta na legislação de direitos de propriedade intelectual, não tem caráter de penalidade, visto que cumpre o objetivo de sujeitar o exercício da titularidade às condições legais⁶⁶⁶.

Em maio de 2007, o Brasil concedeu licença compulsória do medicamento Efavirenz, cuja patente pertence ao laboratório Merck Sharp & Dohme⁶⁶⁷. Na época, tratava-se do medicamento mais utilizado no tratamento da AIDS⁶⁶⁸. Em 2012, a licença compulsória do referido medicamento foi renovada:

Após decretar o licenciamento compulsório, o Ministério da Saúde passou a importar da Índia genéricos pré-qualificados pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Essa medida provocou um impacto imediato de US\$ 31,5 milhões de economia para o País. Paralelamente, foi iniciado o desenvolvimento da produção nacional do Efavirenz. A decisão do governo federal foi de desenvolver a formulação do medicamento e incentivar a produção do princípio ativo. Para isso, os laboratórios Farmanguinhos e Lafape (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco) estabeleceram uma parceira com as empresas privadas Globequímica (SP), Cristália (SP) e Nortec (RJ), que formaram um consórcio. Desde 2009, a apresentação farmacêutica mais utilizada do Efavirenz passou a ser produzida no Brasil, na forma de genérico. O laboratório indiano forneceu o medicamento até 2010, e seus estoques duraram até 2011. Com isso, a produção passou a ser inteiramente nacional⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 446.

⁶⁶⁷ Ver CORREA, Carlos, The use of compulsory licences in latin America. In: HILTI, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds), *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015, p. 52 e s.

⁶⁶⁸ A licença compulsória foi concedida pelo decreto n. 6.108, de 4 de maio de 2007.

⁶⁶⁹ PORTAL BRASIL. Brasil renova licenciamento compulsório de antirretroviral usado no tratamento da Aids, *Notícias*, 8 de maio 2012.

Nesta esteira, infere-se que o argumento do licenciamento compulsório é a necessidade de assegurar a viabilidade da resposta brasileira contra o HIV, uma vez que o tratamento é inteiramente garantido pelo sistema público de saúde. Logo, a utilização do licenciamento compulsório é uma estratégia do governo brasileiro e se insere em uma trajetória que remonta o ano de 2001, momento no qual o então Ministro da Saúde anunciou o licenciamento compulsório da patente do medicamento Nelfinavir, fabricado pela Roche. No entanto, no mesmo dia, a empresa aceitou reduzir o preço do medicamento em 40%, o que interrompeu o processo de licenciamento. Em 2003, foi anunciado pelo Ministro da Saúde que o governo poderia adotar o licenciamento compulsório novamente, o que viabilizou a redução do preço de cinco medicamentos (Belfinavir, Lopinavir, Efavirenz, Tenofovir e Atazanavir)⁶⁷⁰.

Percebe-se que a licença compulsória tem sido utilizada como forma de conseguir reduzir os preços, especialmente de medicamentos no tratamento da AIDS. Essa finalidade não é obrigatoriamente a mesma do referido instituto, de acordo com o disposto a Lei n. 12.529/2011. Diante disso, cumpre analisar as peculiaridades da lei de concorrência brasileira.

Licenças compulsórias na Lei n. 12.529/2011

A importância da previsão de licenciamento compulsório como remédio concorrencial está expressa no TRIPS e na Agenda para o Desenvolvimento. Nesse caso, esse instrumento não serve unicamente como possível controle de preços, mas pode ir além, no sentido de contribuir para uma estrutura de mercado mais conducente à inovação. Compreende-se que as licenças compulsórias previstas na legislação concorrencial têm características distintas do instituto previsto na Lei n. 9.279/96. Importa destacar que, na legislação concorrencial, as licenças assumem caráter punitivo⁶⁷¹. De outra forma, pode-se afirmar que se trata de um remédio concorrencial, o qual só será aplicado quando houver a existência de abuso de poder econômico.

Pelo menos duas interpretações são possíveis sobre o cabimento do licenciamento compulsório como remédio concorrencial. A primeira é mais restritiva, segundo a qual esse

⁶⁷⁰ MORAIS, Rafael Pinho de. Antitrust and compulsory licensing in BRICS and Developing countries. JENNY, Frederic, KATSOUACOS, Yannis. (Eds.) *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects*. Springer, 2016, p. 155. Ver também KWEITEL, Juana; REIS, Renata. *A primeira licença compulsória de medicamento na América Latina*, ICTSD. 1º jun. 2007.

⁶⁷¹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 446.

instrumento só poderia ser utilizado no caso de cultivares. Essa leitura é defendida com base no art. 31, da Lei n. 9.456/97, segundo o qual: “o requerimento de licença será dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento e decidido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”. De acordo com Carlos Ragazzo, apenas nas licenças compulsória de cultivares, o CADE poderia concedê-las. Essa leitura decorre da compreensão de que se faz necessário previsão expressa em outra lei para que o CADE tenha competência para decidir sobre o assunto⁶⁷².

A segunda interpretação do cabimento das licenças compulsórias ancora-se em perspectiva mais ampla da competência do CADE. A reforma legislativa de 2011 reforça esse entendimento, na medida em que ampliou as possibilidades de licença compulsória a todos os direitos de propriedade intelectual e não apenas às patentes, como dispunha a legislação anterior⁶⁷³. É importante destacar que a legislação concorrencial não estabeleceu com detalhes os critérios do procedimento administrativo para licença compulsória, devendo-se aplicar, no que for convergente, os dispositivos da Lei n. 9.279/96. Por fim, faz-se pertinente salientar que o texto legal dispõe que o CADE poderá recomendar aos órgãos competentes a licença compulsória, ou seja, não é este órgão que concederá efetivamente a licença, mas o INPI. Portanto, esse dispositivo coloca em evidência a necessária análise da interface institucional entre os dois órgãos.

9.2.2 Dinâmica institucional entre CADE e INPI

A definição do funcionamento da dinâmica institucional entre CADE e INPI costuma ser orientada pelas diferentes interpretações acerca da relação entre a lei de concorrência e a lei de propriedade intelectual. A recente decisão da ANFAPE ilustra como a interação entre esses dois órgãos merece ainda ser debatida. Em síntese, o entendimento do CADE foi no sentido de considerar que não cabe ao órgão condenar, como conduta anticoncorrencial, o exercício de um direito de exclusividade estabelecido pela lei de propriedade intelectual⁶⁷⁴.

Desta forma, a interpretação puramente dogmática do CADE não está de acordo com as necessidades jurídicas e econômicas do assunto, revelando a necessidade de se rediscutir criticamente a complementariedade entre os dois ramos do Direito em questão. Diante disso, faz-se necessário elucidar a insuficiência do INPI, enquanto regulador da propriedade

⁶⁷² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Eficácia jurídica da norma de preço abusivo, *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012, p. 196-197.

⁶⁷³ Para uma análise da reforma legislativa de 2011, ver seção 2.1.1.

⁶⁷⁴ Para uma análise do caso ANFAPE, ver seção 3.2.1.3.

intelectual (9.2.2.1), o que traz uma nova perspectiva de convergência entre este órgão e o CADE (9.2.2.2).

9.2.2.1 Insuficiência do INPI enquanto regulador da propriedade intelectual

A experiência europeia e algumas decisões brasileiras do CADE permitem entender que autoridades responsáveis pelo registro de direitos de propriedade intelectual não podem ser consideradas como únicas reguladoras dos ditos direitos, já que a atuação destes órgãos se ancora nos pressupostos clássicos do Direito da Propriedade Intelectual. Nesse sentido, os efeitos práticos em países com fortes heranças do subdesenvolvimento podem ser no sentido de servirem mais aos interesses de multinacionais. Portanto, esses órgãos nem sempre são capazes de reconhecer e punir todos os comportamentos abusivos contemporâneos, envolvendo direitos de propriedade intelectual, principalmente de empresas de alta tecnologia.

Por esta forma, a sustentação de uma espécie de soberania do INPI, para intervir em casos envolvendo os ditos direitos, frequentemente difundida no Brasil, acaba reforçando a gestão privatista dos direitos de propriedade intelectual. Essa concepção não está de acordo com os fenômenos de aprofundamento da globalização, advento da Economia Digital e proliferação da proteção pelos direitos de propriedade intelectual. Portanto, torna-se oportuno conceber a atuação do INPI a partir das não convencionais políticas de gestão pública dos ditos direitos, uma vez que essas não são suficientes às necessidades econômicas e sociais do país.

INPI e a gestão privatista dos direitos de propriedade intelectual

A importância dada ao INPI na gestão da política de direitos de propriedade intelectual se insere em contexto global de fortalecimento dos escritórios de patentes. A segunda metade do século XIX é caracterizada pelo crescimento dos referidos órgãos, o qual contribuiu para o fortalecimento do próprio sistema de patentes. Ademais, esses escritórios tornaram-se parte do processo de evolução das empresas do setor químico, que se utilizavam bastante de seus serviços para poder comercializar seus produtos. Esse contexto se soma ao fato de as elites políticas dos Estados líderes em patentes terem mantido os esforços para o crescimento do sistema de patente, visto como essencial para garantir a capacidade de indústrias pesadas de

carvão, ferro e aço, bem como nas tecnologias baseadas em produtos químicos e eletricidade⁶⁷⁵.

Torna-se oportuno ressaltar que existe uma relação direta entre a concessão de patentes e a tributação, o que revela a importância desses órgãos na composição do orçamento público. Em síntese, conceder um direito de propriedade intelectual possibilita a cobrança de impostos sobre a utilização comercial daquele conhecimento. Assim, esse direito privado de comando sob um recurso cria um fluxo de receita privada, cujo tamanho será determinado por vários fatores, como a demanda pela tecnologia e a disponibilidade de substitutos. Essa compreensão contribui para perceber as motivações de grandes corporações se interessarem tanto pelas reformas da administração de escritórios de patentes⁶⁷⁶.

Os escritórios de direitos de propriedade intelectual, de acordo com Peter Drahos, passaram progressivamente a funcionar, privilegiando os principais requerentes de patentes. No Brasil, a atuação do INPI também contribuiu para aumentar o valor privado das patentes de empresas multinacionais e para reduzir o valor social das informações sobre invenções. De acordo com o autor:

Em uma esquizofrenia que eu encontrei em outros escritórios de patentes, o INPI, um escritório que distribui monopólios apoiados pelo governo principalmente para multinacionais estrangeiras, vê-se como parte do paradigma de livre concorrência do mercado, e não como agente do capital monopolista estrangeiro⁶⁷⁷.

A superproteção dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo no período pós-TRIPS, possui, na sua essência, uma seletividade. Em outros termos, o discurso expansionista de proteção promove principalmente os interesses de multinacionais, situação que agrava a dependência econômica e tecnológica de países com heranças do subdesenvolvimento, como o Brasil. Esse motivo reforça a necessidade de promover uma nova atuação do INPI, reavaliando a sua relação com outros órgãos.

⁶⁷⁵ DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University press, 2010, p. 111.

⁶⁷⁶ DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University press, 2010, p. 8.

⁶⁷⁷ Tradução livre do original: In a schizophrenia I encountered in other patent offices, NIIP, an office that hands out government-backed monopolies to mainly foreign multinationals, sees itself as part of the free market competition paradigm rather than the agent of foreign monopoly capital. DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University press, 2010, p. 255.

INPI e a gestão publicista de direitos de propriedade intelectual

A gestão dos direitos de propriedade intelectual deve ser vista como uma política pública, que se estabelece em nome do interesse geral. Esse entendimento permite compreender melhor os desafios que incidem na sua formulação e aplicação, essencialmente no que diz respeito às complexidades das competências administrativas e governamentais. Além disso, permite reconhecer a presença de grupos de interesse muito ativos nesse domínio, os quais influenciam a normatização nacional, mas também internacional do assunto⁶⁷⁸.

O viés publicista da gestão da política de direitos de propriedade intelectual ancora-se na reflexão constante de sua utilização para a promoção da inovação técnica e cultural. Todavia, as complexidades de ordem econômica e jurídica, que envolvem essa temática, desafiam as competências clássicas do INPI. Portanto, faz-se necessário integrar a atuação desse órgão a uma rede de governança, conforme aduz Peter Drahos. Este autor define uma série de atores externos aos tradicionais gestores das políticas de propriedade intelectual, entre os quais se destacam departamentos governamentais de saúde, meio ambiente, autoridades concorrenciais, organizações da sociedade civil, movimentos tecnológicos interessados na promoção de software livre e universidades, por exemplo⁶⁷⁹.

Cumprir frisar que o INPI continua possuindo papel importante nessa gestão da propriedade intelectual, tendo em vista que as informações sobre os direitos de propriedade intelectual são públicas. Diante disso, o seu papel clássico de reconhecer a existência de direito de propriedade intelectual deve ser agregado a três outras preocupações. A primeira é verificar com mais precisão se o inventor está entregando uma invenção de valor social. A segunda é se concentrar nas formas de morar a difusão social da informação inventiva. A terceira é garantir que o sistema seja maximamente transparente⁶⁸⁰.

9.2.2.2 Convergência necessária entre CADE e INPI

O fortalecimento do CADE, enquanto regulador da inovação, insere-se na necessária composição de uma rede de atores externos ao INPI para intervir nesse domínio. As

⁶⁷⁸ WARUSFEL, Bertrand, La propriété intellectuelle comme politique publique. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 391-410 e p. 400.

⁶⁷⁹ DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University press, 2010, p. 291.

⁶⁸⁰ DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University press, 2010, p. 291.

autoridades concorrenciais podem favorecer a solução de lacunas ou inadequações das leis de propriedade intelectual, sobretudo após a intensificação da harmonização característica do Pós-TRIPS⁶⁸¹.

Nesse sentido, a recente decisão do caso ANFAPE colocou em evidência uma interpretação da interação entre esses dois órgãos que pode comprometer a consolidação da necessária gestão publicista dos direitos de propriedade intelectual. Entretanto, os fundamentos de promoção do desenvolvimento técnico e artístico, dispostos constitucionalmente, permitem uma interpretação renovada da relação entre CADE e INPI, como resposta ao contexto jurídico e econômico do século XXI.

Atual relação CADE e INPI na decisão ANFAPE

O CADE já possui algumas decisões, ainda que em pequena quantidade, as quais permitem estabelecer determinados fundamentos para a função reguladora da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência. Todavia, a recente análise empregada no caso ANFAPE ancorou-se em determinados argumentos que podem significar um certo retrocesso na reformulação da relação entre o CADE e INPI.

De acordo com o julgamento do CADE no caso ANFAPE, a função social do desenho industrial pode ser observada quando a sua finalidade de excluir outros competidores é posta em prática. Portanto, via de regra, esse tipo de comportamento não deve ser julgado anticoncorrencial. A despeito disso, o órgão estabeleceu algumas práticas que podem ser lesivas à concorrência ou consumidores, a saber: (i) aumento excessivos de preços; (ii) escassez deliberada de produtos; (iii) não disponibilização de bem ou serviço essencial ao desenvolvimento de uma atividade num mercado derivado; (iv) recusa capaz de exclusão de toda e qualquer concorrência efetiva no mercado derivado; (v) prática de evergreening; (vi) venda casada de produto patenteado com outro não protegido; e (vii) sham litigation⁶⁸².

Apesar de reconhecer a possibilidade de essas práticas terem efeitos anticoncorrenciais, não se argumentou os critérios de sistematização e o porquê da exclusão da prática julgada no caso ANFAPE. Essa constatação é fundamental, pois coloca em questão o argumento segundo o qual a legislação de direitos de propriedade intelectual considera lícito

⁶⁸¹ Ver REICHMAN, Jerome. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, 46:4, 2009, p. 1181 e s.

⁶⁸² BRASIL. CADE. Voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Industria de Veículos Automotivos Ltda. et al.*, 14 fev. 2018, p. 191-194.

determinado comportamento, logo o “microssistema concorrencial” não poderia considerá-lo ilícito. De outra forma, pode-se dizer que algumas dessas sete práticas elencadas podem ser consideradas lícitas por outros ramos do Direito, portanto, não haveria razão de elas não serem excluídas da aplicação das normas concorrenciais.

O CADE entendeu também que o conjunto normativo não permitia compreender que a finalidade do desenho industrial das montadoras era voltada à exploração do mercado principal (§259). Ou seja, a interpretação do órgão se reduziu a uma questão dogmática desvinculada às melhores práticas do próprio CADE e de outras experiências estrangeiras. Igualmente, a interpretação dada à utilização da técnica do licenciamento compulsório pelo CADE foi bastante reduzida (§237). Não se pretende concordar com o remédio proposto pelo voto vencido do relator, o qual obrigava que as empresas cessassem a conduta, aproximando-se do licenciamento obrigatório de um desenho industrial. Todavia, os argumentos empregados na decisão do CADE fragilizam ou conferem certa incoerência à sua intervenção para regular os direitos de propriedade intelectual e a inovação.

A decisão do CADE, em certa medida, reforça uma espécie de soberania do INPI na gestão dos direitos de propriedade intelectual, visto que ela reduziu a possibilidade de avaliar os desdobramentos concorrenciais do exercício abusivo dos ditos direitos. Dessa maneira, em última análise, a referida decisão colabora também para uma falsa oposição entre as duas instituições, na medida em que a reflexão girou em torno da hierarquia entre os “microssistemas legislativos da propriedade industrial e da concorrência”.

Propostas de uma convergência renovada

A convergência renovada entre o CADE e o INPI passa obrigatoriamente pelo reconhecimento das limitações dos dois órgãos na regulação da inovação. O primeiro tem um escopo reduzido de atuação e de técnicas para a implementação de suas decisões. O segundo tem uma prática inserida em um contexto que fortalece a gestão privada dos direitos de propriedade intelectual, a qual não se encontra adequada às características econômicas e jurídicas do Brasil do século XXI.

Ao INPI cabe o reconhecimento da existência do direito de propriedade intelectual. Ao CADE, por sua vez, cabe prevenir e reprimir o abuso do poder econômico no momento da utilização desses direitos. Em outros termos, a autoridade da concorrência não discute o plano da existência, mas o exercício desses direitos no mercado. Esta avaliação deve permitir a

renovação das análises para identificar novas estratégias abusivas, por esse motivo os tipos são abertos.

Diante disso, o CADE e o INPI devem ter acordos de cooperação para garantir maior sinergia da atuação desses órgãos, principalmente no que diz respeito ao licenciamento compulsório. Sobre esse remédio concorrencial, importa destacar que a Lei n. 12.529/2011 estabelece que o CADE pode recomendar o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual. Essa recomendação não deve ser interpretada como um novo momento de análise do mérito da decisão, mas tão somente viabilizar administrativamente a decisão do CADE. Entretanto, é fundamental o estabelecimento dos trâmites administrativos do licenciamento compulsório, inclusive, para que ele seja um elemento presente em eventuais negociações sobre termos de ajustamento de condutas.

A incorporação eficaz da proteção da inovação pelo Direito da Concorrência depende exclusivamente de uma mudança na abordagem do CADE no momento de aplicação da legislação concorrencial. Ou seja, as proposições sustentadas não são de natureza *de lege ferenda*, mas *de lege lata*. Na realidade, a proposição de um conceito de “regulação de inovação” exercido pelo CADE encontra sua sustentação jurídica no art. 5, XXXIX e 173, §3 da Constituição, bem como no art. 36 da lei 12.529/2011.

A nova abordagem da intervenção do CADE é centrada na conduta inovadora das empresas e tem como objetivo a redução das barreiras à entrada para que os próprios consumidores possam selecionar os produtos ou tecnologias consideradas melhores ou menos caras. Nesse contexto, a importância dos ativos tácitos ou não comerciáveis deve ser reavaliada, pois são a chave para a manutenção dos lucros da inovação. Dessa forma, a refinição dos remédios concorrências não devem perder de vista os ditos ativos, dada a sua importância nos setores caracterizados pelo alto investimento em P&D.

Os aportes da Economia Industrial permitem ainda compreender que o INPI não possui os atributos necessários para ter uma percepção global do mercado e, assim, avaliar as eventuais estratégias anticompetitivas, notadamente no setor de alt tecnologia. Na realidade, a importância dada a esse órgão no Brasil revela uma disfunção de suas competências legais, além de reforçar uma gestão privatista dos direitos de propriedade intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA TERCEIRA PARTE

A implementação de políticas públicas que viabilizam um encontro entre um papel reducionista da autoridade da concorrência e um papel expansionista dos direitos de propriedade intelectual, não são condizentes com as necessidades de países tecnologicamente dependentes, como é o caso do Brasil. Todavia, uma das principais contribuições do presente trabalho é compreender que uma maior atuação do CADE nas condutas anticoncorrenciais, sobretudo nos mercados de alta tecnologia, pode colaborar para uma estrutura econômica mais conducente à inovação. Dessa maneira, reconhece-se a relevância de pequenas e médias empresas na manutenção dos estímulos à inovação, tanto delas mesmas, quanto daquelas que estão em posição dominante.

Entretanto, avaliar os desafios do CADE na implementação de uma função reguladora da inovação é compreender que esse assunto não se restringe às questões meramente de funcionamento dos órgãos estatais. Na realidade, os temas da inovação, da concorrência e da propriedade intelectual envolvem uma complexa relação de poder entre interesses econômicos e políticos diversos, nacionais, estrangeiros e transnacionais. Assim, a dificuldade de formular políticas públicas conducentes à inovação em economias com heranças do subdesenvolvimento parte de fatores internos e externos aos próprios países. Dessa forma, análises meramente dogmáticas não são capazes de apreender a complexidade dos fatos e acabam revelando a fragilidade dos instrumentos clássicos do Direito da Concorrência e do Direito da Propriedade Intelectual.

Por esses motivos, o debate desses temas nos órgãos internacionais e o aprofundamento das políticas de integração regional devem nortear a atuação internacional de países com heranças do subdesenvolvimento. Em outros termos, a consistência de novas práticas em termos de política de concorrência e de gestão de direitos de propriedade intelectual terá mais efetividade se houver uma sinergia entre países economicamente e tecnologicamente dependentes.

CONCLUSÃO

O aprofundamento da globalização remodela e continua renovando diversas relações sociais, econômicas e jurídicas. As complexidades, decorrentes desses novos quadros fáticos, desafiam determinados conceitos jurídicos clássicos, exigindo do jurista contemporâneo uma constante reflexão sobre determinadas teorias hegemônicas. Entende-se que a crítica a esses preceitos teóricos deve ser sempre orientada pelo questionamento acerca dos seus sentidos, objetivos e desdobramentos.

O presente trabalho permitiu compreender que a perspectiva crítica também deve estar presente na análise da aplicação do Direito da Concorrência, para que as proposições de renovadas intervenções alcancem, com eficácia, seus objetivos. Assim, *a tese propôs uma reformulação da atuação do CADE, ancorada na proteção direta da inovação. O exercício dessa função reguladora da inovação deve consolidar uma intervenção concorrencial voltada à garantia de oportunidade e mobilidade econômica, ampliando o acesso da população à vida econômica*⁶⁸³.

Os desafios lançados à proposta sustentada na presente tese decorrem especialmente dos desdobramentos de duas compreensões teóricas hegemônicas, especialmente entre os juristas no Brasil. A primeira é que os direitos de propriedade intelectual conduzem obrigatoriamente ao processo contínuo de inovação; e a segunda é que os fundamentos ortodoxos são mais adequados à elaboração da intervenção concorrencial no Brasil.

Conforme visto, o Brasil não verificou uma consistente industrialização baseada no progresso tecnológico autônomo. Essa percepção decorre, dentre diversos outros fatores, do fato de que não se consolidou a promessa de difusão tecnológica com a incorporação do Acordo TRIPS no Direito brasileiro. A despeito dos recentes esforços em termos de política industrial e de inovação para reverter esse quadro fático, não se criou ainda um ambiente favorável ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas capazes de se colocarem como competidoras no mercado nacional de alta tecnologia. Esses fatores contribuem para deduzir que *a narrativa de gestão privatista da política de propriedade intelectual, que se tornou hegemônica não apenas no Brasil, mas também em outros países, encontra-se em descrédito*,

⁶⁸³ Ver FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.

*uma vez que não cumpriu com a promessa de estimular o desenvolvimento via inovação. Pelo contrário, a referida gestão favoreceu o fortalecimento de um “cartel do conhecimento”*⁶⁸⁴.

A hegemonia dessa perspectiva privatista de gestão da propriedade intelectual influencia o entendimento segundo o qual o INPI possui monopólio, quase que indiscutível, para regular os ditos direitos. Na realidade, trata-se de elemento da cultura jurídica e institucional do Brasil conferir, à referida autarquia, uma espécie de posição privilegiada para discorrer sobre quase qualquer tema relacionado às ditas formas de tutela. No entanto, essa perspectiva não deve prosperar, pois o INPI não se encontra legalmente apto a resolver todas as demandas envolvendo os direitos de propriedade intelectual, especialmente quando se tratar da instrumentalização dessas normas para finalidades anticoncorrenciais. *Entende-se que o papel primordial da dita autarquia é avaliar a existência ou não da proteção. A investigação e a eventual punição do abuso no exercício dos ditos direitos, na dinâmica do mercado, por sua vez, cabem ao CADE.*

Em termos microeconômicos, as teorias heterodoxas da empresa permitem igualmente uma crítica ao posicionamento central dos direitos de propriedade intelectual, mas sob outra perspectiva: avaliar as condições para a obtenção dos lucros da inovação. Entende-se que o sucesso da inovação está mais relacionado à estrutura de ativos complementares e às estruturas contratuais empregadas para acessar os ativos complementares, do que exclusivamente à existência de direitos de propriedade intelectual. Além disso, os ativos de natureza tácita ou não-comercializáveis têm função central nesse contexto, pois permitem a consolidação de rotinas internas às empresas, essenciais para o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou tecnologias.

O entendimento que as teorias ortodoxas são mais adequadas e que elas garantem maior previsibilidade na intervenção concorrencial também não se sustenta por, pelo menos, três razões. A primeira é que se defende a ideia de abstenção de intervenção pública na economia, devido à crença quase ilimitada na autorregulação do mercado, a qual foi profundamente posta em questão com a crise de 2008. A segunda é que se considera de maneira insuficiente os desdobramentos dos custos de mudança (*switching costs*) e de informação, menosprezando os impactos negativos ao consumidor de práticas anticoncorrenciais. A terceira é que se tem uma visão reducionista das consequências negativas das externalidades de rede, dificultando a percepção das estratégias

⁶⁸⁴ MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Eds.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 19.

anticompetitivas existentes nos modelos de negócios característicos da Economia da Informação. Essas três razões, por si só, permitem questionar certos parâmetros de intervenção concorrencial, baseados em certas simplificações ortodoxas. Portanto, os supostos ganhos em previsibilidade e segurança jurídica acabam servindo como uma difusão de uma menor intervenção seletiva do Estado na economia, sob o manto de “maior cientificidade”.

Importa destacar que a oposição que se fez a determinados preceitos ortodoxos, sobretudo àqueles difundidos pela Escola de Chicago, não buscou negar a importância dessas teorias, nem nos EUA e nem em outros países. Dito de outra forma, reconhece-se a importância desse grupo teórico não somente na crítica a determinadas intervenções concorrenciais implementadas a partir da influência da Escola de Havard, mas também nas críticas a algumas formulações muito formais do Direito da Concorrência da União Europeia. Todavia, *a análise da ideologia constitucional brasileira revelou a necessidade de se afastar certos desses preceitos, especialmente ao se avaliar a formação, o desenvolvimento e a concentração do poder econômico no país.*

As críticas feitas aos modelos de “concorrência perfeita”, por exemplo, permitiram identificar o fenômeno da concorrência como um processo de desequilíbrio dinâmico. Por essa razão, conclui-se que a intervenção concorrencial não deve ser voltada à correção das “falhas” que supostamente conduziriam ao abstrato, ou mesmo praticamente inexistente, estágio de “concorrência perfeita”. Na realidade, *esse tipo de intervenção deve se voltar à manutenção do elemento dinâmico dos mercados, a saber, ao processo contínuo de inovação.*

Se certas construções teóricas ortodoxas já podem ser criticadas nos próprios EUA, em economias marcadas por heranças do subdesenvolvimento, elas têm pouca ou nenhuma aplicabilidade, conforme elucida Eleanor Fox⁶⁸⁵. Essa crítica permitiu compreender, com outros olhos, a hegemonia dessas teorias, revelando a necessária rediscussão da sua adequação à realidade brasileira, marcada pela superdominância de empresas multinacionais de alta tecnologia e pelas altas barreiras à entrada.

Entretanto, a superação dos aparentes déficits de previsibilidade de uma reinterpretção da aplicação do Direito da Concorrência fundada em análises mais realistas, exige maiores esforços teóricos. Para superá-los, foi necessário ir além da interpretação do próprio ordenamento jurídico brasileiro e estabelecer uma aproximação com a experiência europeia. A análise do modelo europeu permitiu firmar uma série de conclusões de diversas

⁶⁸⁵ Sobre os argumentos de abstenção de intervenção concorrencial da Escola de Chicago, ver FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, v. 79:69, n. 4, 2016, p. 69-84, p. 78.

naturezas, garantindo a formulação de diálogos críticos com o que se considerou como “melhores práticas” da citada experiência.

A primeira conclusão possível tem caráter mais geral. Constatou-se uma considerável quantidade de julgados, envolvendo empresas de alta tecnologia, principalmente no mercado farmacêutico e no mercado de tecnologias de informação e comunicação. A apresentação dos principais casos julgados pelas autoridades europeias permitiu confirmar que as ditas empresas têm posto em prática estratégias exclusionárias das mais variadas. Ou seja, esses mercados têm se caracterizado pela existência de práticas dos referidos agentes econômicos voltadas à manutenção artificial de seu poder de mercado. Portanto, *identificar a existência dessas condutas, por si só, já é uma contribuição do presente trabalho, na medida em que este pode servir como fonte de informação aos concorrencialistas brasileiros sobre a pluralidade de estratégias anticompetitivas existentes nesses mercados.*

Essa conclusão conduz à segunda, na medida em que a análise do grupo de casos selecionados nesta tese confirmou a originalidade do modelo europeu na temática em evidência, principalmente se comparado ao estadunidense. Em síntese, o desenvolvimento da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia revelou uma consistente experiência em condenação de práticas anticoncorrenciais, com base no art. 102, TFUE. Essa realidade se opõe à postura das autoridades norte-americanas, que têm compreendido esse tipo de estratégia como parte dos benefícios de se estar em posição dominante. Dito de outra forma, este último modelo tem considerado lícitas as práticas exclusionárias de empresas em monopólio ou em oligopólio, mantendo as elevadas barreiras à entrada nos mercados de alta tecnologia.

Portanto, o direito brasileiro encontra-se em uma encruzilhada no que diz respeito a qual deve ser a postura da autoridade da concorrência nesse tipo de caso. Essa situação é aprofundada com as recentes decisões europeias nos casos Google Shopping e Google-Android, visto que essas práticas também estão sendo investigadas pelo CADE⁶⁸⁶. Todavia, destaca-se que essa tendência do Direito da União Europeia foi estabelecida, pelo menos, desde a decisão do caso Microsoft⁶⁸⁷. A presente investigação permitiu concluir que o Direito brasileiro deve se aproximar da tradição europeia. Assim, dois eixos da *interpretação “modernizada” do Direito da Concorrência da União Europeia* são diretamente relevantes à tese proposta, a saber, a aplicação desse ramo do Direito: (i) para manter os estímulos à

⁶⁸⁶ BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. *E-commerce Media Informação e Tecnologia x Google Brasil Internet Ltda.*

⁶⁸⁷ PRIETO, Catherine. La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz*, 2007.

inovação em determinado mercado; e (ii) para promover a utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.

Em face disso, a manutenção dos estímulos da inovação significa que o CADE deverá avaliar se o setor em questão tem mais incentivos a inovar que a própria empresa que pretende estender artificialmente o poder de mercado decorrente de seu produto, serviço ou tecnologia. Essa natureza de intervenção deverá ocorrer por meio de duas formas diferentes: pela promoção da interoperabilidade e pelo controle da extensão da posição dominante a mercados conexos.

No que diz respeito à proteção da interoperabilidade, depreendeu-se que se deve retomar o quadro de análise aduzido da decisão do CADE no caso Power-tech/Matec, o qual é composto por cinco etapas, a constatar: (i) existência de posição dominante; (ii) caráter indispensável do bem; (iii) existência de dois mercados conexos; (iv) restrição de concorrência; e (v) avaliação de justificativas objetivas⁶⁸⁸. Diante disso, deduziu-se que esse quadro de análise permitirá integrar um aporte decorrente da análise das decisões europeias, essencialmente da Comissão Europeia, a saber, a avaliação das restrições ao desenvolvimento técnico. Com isso, similar ao ocorrido no caso europeu da Microsoft, o CADE poderá avaliar se o setor analisado está mais apto a inovar que a própria empresa em posição dominante que põe em prática estratégia abusiva.

No que tange ao controle da extensão da posição dominante a mercados conexos, o presente estudo permitiu atestar que o conceito que deverá nortear a aplicação das normas concorrenciais é o de alavancagem. A partir dessa noção, será possível investigar se há uma estratégia da empresa dominante de encerrar artificialmente mercados secundários, garantindo a possibilidade da aplicação de normas concorrenciais para a abertura desses mercados. Consoante ao revelado pela experiência europeia, essa postura renovada do CADE permite reinterpretar práticas anticoncorrenciais clássicas, como a venda casada e a de autopreferência abusiva, no contexto dos modelos de negócio decorrentes da Economia da Informação.

Nesse sentido, a regulação da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual, por sua vez, significa que o CADE deverá intervir para garantir que o exercício dos ditos direitos não tenha desdobramentos destoantes da sua finalidade constitucional, ou seja, a promoção do desenvolvimento tecnológico e artístico. Essa atuação da autoridade concorrencial brasileira poderá ocorrer tanto pela punição pela utilização abusiva do sistema

⁶⁸⁸ Nesse sentido, ver GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 fls. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, USP, São Paulo, 2008.

de patentes, quanto pela depreciação dos concorrentes, quando praticada por empresa em posição dominante. Portanto, a aplicação do Direito da Concorrência pode assegurar, em certa medida, a utilização ética dos ditos direitos⁶⁸⁹.

No que se refere ao controle da instrumentalização do sistema de patentes, é importante salientar que a experiência do CADE tem evoluído, significativamente, por meio da aplicação da teoria do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Entretanto, o estudo do modelo europeu revelou uma série de outras práticas, sobretudo no mercado farmacêutico, cujas finalidades são de impedir a entrada de genéricos. Nesse sentido, os casos europeus permitiram perceber que a própria aquisição de determinada tecnologia pode se inserir dentro de uma ampla estratégia abusiva, com finalidade de prolongar artificialmente a posição no mercado: trata-se do conceito de “inovação abusiva”⁶⁹⁰.

Além disso, casos recentes europeus possibilitaram concluir que as próprias empresas de genéricos têm instrumentalizado acordos, em processos judiciais, para se beneficiar financeiramente, em troca da postergação da entrada de seus produtos no mercado em espécie. Portanto, o presente estudo também permitiu perceber que a aplicação do Direito da Concorrência pode revelar a ilicitude de determinadas técnicas jurídicas, os quais podem ser instrumentalizados para prolongar, arbitrariamente, a posição de uma empresa dominante. A proibição da depreciação dos concorrentes, por meio da aplicação das normas concorrenciais, insere-se nesse contexto descrito. No Direito brasileiro, costuma-se punir esse tipo de estratégia por intermédio das regras de concorrência desleal, as quais são investigadas e punidas pelo Judiciário. A presente tese ancora-se nas contribuições da experiência europeia, para sustentar uma renovada convergência entre essas duas normas, nos casos de práticas predatórias de empresas em posição dominante.

Diante do exposto, importa ressaltar que a presente pesquisa permitiu constatar que a possibilidade de entrada de novos competidores, inclusive pequenas e médias empresas, estimula os atores econômicos em posição dominante a continuar inovando. Além disso, os próprios produtos, serviços, tecnologias e modelos de negócio desenvolvidos por esses potenciais entrantes podem, por si só, significar ganhos ao consumidor, que terá acesso a tecnologias mais performáticas.

⁶⁸⁹ GASNIER, Jean-Pierre, *Éthique et propriété intellectuelle*, In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p.153-166, p. 161.

⁶⁹⁰ Ver KOVAR, Robert. *Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010.

Cumprir frisar, todavia, que não existe unanimidade teórica e empírica sobre o tamanho ideal da empresa e nem o grau de concentração de mercado para uma estrutura econômica mais conducente à inovação, sobretudo se levar em consideração dois fatos. O primeiro é que uma análise histórica dos modelos de negócio derivados da Economia da Informação permite perceber que grandes empresas que inovaram em um determinado momento não continuaram inovando, por exemplo, a própria Microsoft. O segundo é que pequenas e médias empresas têm tido um importante papel para reconfigurar determinados mercados, conforme se verifica ao analisar a dinâmica das inovações de ruptura. Nesse contexto, é igualmente importante se atentar que o fenômeno do software *open source*, o qual subverte a lógica clássica de direitos de propriedade intelectual, tem garantido a possibilidade de pequenas e médias empresas contribuírem eficazmente no processo contínuo de inovação.

Importa salientar que o presente trabalho não se propôs a investigar quais estruturas empresariais são mais propensas à inovação, mesmo porque essa seria uma outra pesquisa, que implicaria observar e analisar outros fatores da Economia. Entretanto, foi possível identificar que existe um consenso de que grandes empresas de alta tecnologia têm, cada vez mais, posto em prática estratégias para prolongar artificialmente seu poder de mercado ou seu monopólio. Ou seja, *mesmo que se aceite a possibilidade de que grandes empresas são mais aptas a inovar, isso não excluiria o fato de que elas também são mais propensas a cometer infrações concorrenciais com maiores desdobramentos no mercado e no próprio processo contínuo de inovação.*

Outrossim, foi possível identificar que existe uma preocupação, cada vez mais recorrente, da OCDE com as estruturas econômicas conducentes ao aparecimento de tecnologias de ruptura, as quais podem ocorrer em pequenas e médias empresas, principalmente nos modelos de negócio decorrentes da Economia da Informação⁶⁹¹.

A partir dessas constatações, importa frisar que a presente pesquisa identificou dois eixos de atuação do CADE para regular a inovação: o enquadramento dos acordos de cooperação para a inovação e a punição de estratégias para afastar novos produtos, serviços ou modelos de negócios inovadores. Conforme mencionado, a tese buscou contribuir principalmente nesse segundo eixo. Nesse sentido, entende-se que o maior aprofundamento, acerca do enquadramento dos acordos de cooperação para a inovação, faz parte da agenda de pesquisas futuras, especialmente pela sua importância no processo de criação e na difusão

⁶⁹¹ OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015.

tecnológica. Além disso, as decisões europeias dos casos Dow/Dupont e Monsanto/Bayer⁶⁹² permitiram perceber igualmente a possibilidade de regulação da inovação em sede de controle de fusões e aquisições. Todavia, esse tema também será objeto de futuras reflexões, tendo em vista que a aplicação do art. 102, TFUE mostrou-se mais incisiva e audaciosa.

Importa também salientar que o presente estudo se aproximou de diagnósticos de outros tratamentos teóricos sobre esses institutos, revelando que o assunto pode ser abordado a partir de variadas perspectivas⁶⁹³. Em outros termos, a constatação de que o atual regime de propriedade intelectual pode gerar distorções no mercado também foi descrita, por exemplo, por autores vinculados à Análise Econômica do Direito⁶⁹⁴. Depreende-se que os estudos, nesse quesito, são convergentes, possibilitando diagnósticos similares. No entanto, a presente pesquisa permitiu chegar a conclusões de natureza propositiva diferentes de parte considerável dos juristas da Análise Econômica do Direito, principalmente devido às diferentes concepções acerca do papel do Direito da Concorrência.

Essas diversas possibilidades de entender o objeto de estudo decorrem do fato de que esta tese não se propõe a construir os argumentos alicerçados em uma visão utilitarista do Direito, nem se utiliza do individualismo metodológico e da ideia de escassez para desenvolver a abordagem do tema, conforme se observa naqueles teóricos já referendados no parágrafo anterior. Não se pretende, com isso, invalidar suas importantes contribuições, mas, tão somente, apresentar uma outra visão da relação entre Direito e economia.

Conforme reiterado, uma aplicação renovada do Direito da Concorrência, por si só, não é suficiente para realizar o processo de *catch-up* tecnológico. Esse entendimento não permite afastar o fato de que *a cultura jurídica e a realidade brasileira não permitem conjugar o discurso reducionista da intervenção concorrencial com o expansionista da proteção de direitos de propriedade intelectual*. Essa convergência conduz ao agravamento das estruturas de dependência econômica e acaba dificultando, em última instância, a superação das desigualdades do país.

Acontece que, conforme já exposto, a oposição aos discursos políticos e teóricos hegemônicos não é tarefa simples, uma vez que estes costumam bloquear novas experiências

⁶⁹² Voir Décision de la Commission européenne du 27 mars 2017, declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA, Agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont), Décision de la Commission européenne du 11 avril 2018 amending commitments, (Case M.8084 – Bayer/Monsanto) et Communiqué de presse du 30 avril 2018, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF ».

⁶⁹³ Ver LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁶⁹⁴ Ver também MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du Droit*. Paris: Dalloz, 2008, p. 302 e s.

institucionais, sobretudo em países de economia periférica. Compreende-se que a difusão desses discursos está diretamente vinculada às construções do regime geral de comércio internacional implementado a partir da intensificação da globalização. Nesse contexto, as pressões internacionais por harmonização jurídica não respeitam as peculiaridades culturais, tampouco as necessidades econômicas de cada país. Como consequência, por vezes, as referidas pressões dificultam a formulação de um regime geral de comércio internacional fundado na pluralidade de formas de organização da própria economia de mercado, a qual deveria se adequar às necessidades internas do país⁶⁹⁵.

A renovada visão acerca dos institutos estudados permite, igualmente, reavaliar as peculiaridades do Direito brasileiro, estabelecendo termos mais coerentes para estudos comparativos com outras experiências jurídicas estrangeiras. Emerge dessa constatação a atualidade da denominada análise substancial, difundida por Gerard Farjat, para a análise de temas de Direito Econômico⁶⁹⁶. Essa perspectiva deve ser inserida no ensino jurídico brasileiro, com intuito de que os juristas em formação não sejam apenas aplicadores acríticos de teorias estrangeiras ou reprodutores mecânicos de textos legais, sem a devida compreensão global do assunto.

Essa potencialidade de rearticulação desses temas, a partir das peculiaridades das heranças do subdesenvolvimento, tem sido vista com certo otimismo por juristas especializados em questões envolvendo propriedade intelectual e Direito da Concorrência. Jerome Reichman, por exemplo, argumenta que as capacidades econômicas e tecnológicas de países como Índia, China e Brasil têm permitido a conscientização dos pontos fortes e fracos de normas convencionais em países de economia central. Além disso, essas características têm permitido uma maior confiança e capacidade nos empreendedores locais, com base na formulação de políticas voltadas ao interesse nacional⁶⁹⁷.

No que diz respeito às vantagens dos países de economias periféricas em estabelecer renovadas aplicações do Direito da Concorrência, infere-se que as conclusões do presente estudo são convergentes com o que argumenta Eleanor Fox. A referida autora compreende que o fato de esses ramos dos direitos serem recentes, existe maior possibilidade de formular objetivos mais adequados às suas necessidades. Outrossim, diferentemente das experiências em países desenvolvidos, existe maior estímulo para refletir acerca do Direito da

⁶⁹⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *A reinvenção do livre-comércio: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia*. (Trad: Marcos Santarrita). Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 111.

⁶⁹⁶ Ver FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

⁶⁹⁷ REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009, p. 1167.

Concorrência, atrelando-o a questões de comércio em nível global. Nesse contexto, a autora argumenta pela possibilidade de o Direito da Concorrência voltar-se à promoção de oportunidades iguais para contestar mercados, prezando pela manutenção dos estímulos de competitividade⁶⁹⁸.

Por fim, entende-se que o Direito da Concorrência pode promover estruturas que impeçam que os pequenos produtores sejam explorados pelo exercício abusivo de poder de mercado. Essa potencialidade da política concorrencial, especialmente se for orientada pela promoção de inovação, contribui para a inclusão de mais pessoas à vida econômica e, dessa maneira, pode ser vista como um instrumento para a redução das desigualdades sociais características de economias periféricas, como o Brasil.

⁶⁹⁸ FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, v. 79:69, n. 4, 2016, p. 74-78.

REFERÊNCIAS

D) OBRAS GERAIS, MANUAIS E TRATADOS

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo Malheiros: 2010.

HOVEMKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2005.

JACQUÉ, Jean Paul. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 8ª ed. Paris: Dalloz, 2015.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lúcia Helena. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

PRIETO, Catherine; BOSCO, David. *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*. Bruxelas: Bruylant, 2013.

RAMBAUD, Thierry. *Introduction au droit comparé, Les grandes traditions juridiques dans le monde*. 2 ed. Paris: Presses universitaires de France, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A legal theory of economic power: implication for social and economic development*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2011.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

VISCUSI, W.; HARRINGTON, J.; VERNON, J. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2005.

Dicionários e Enciclopédias

BOCCON-GIBOD, Thomas. Régulation (sociologie). In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Chrsitophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 506-513.

DELZANGLES, Hubert. Interrégulation. In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Chrsitophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 370-378.

FGV CPDOC. *Verbete Itamar Franco*. Disponível em:

<<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/itamar-augusto-cautiero-franco>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

GUERRIEN, Bernanrd; GUN, Ozgur. *Dictionnaire d'analyse économique*: Microéconomie, macroéconomie, monnai, finance, etc. 4 ed. Paris: La Découverte, 2015.

KOS'ISAKA, Nathanaël. Autorité de la concurrence. In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Christophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 63-70.

LANNEAU, Régis. Régulation (épistemologie). In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Christophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 526-531.

SÉE, Arnaud. Régulation (conceptions doctrinales). In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Christophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 514-520.

TIRARD, Manuel. Droit comparé (USA). In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Christophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 287-294.

II) OBRAS ESPECIALIZADAS E RELATÓRIOS

II-1) OBRAS ESPECIALIZADAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. 2ª ed. New York: Free Press, 1993.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, v. 1, 8 ed. Trad.: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Bradini Gerhardt. *A revolução da tecnologia da informação*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. The University of Chicago Press. Chicago e Londres, 1990.

DOSMAN, Edgar J. *Raul Prebisch (1910-1986): a construção da América Latina e do terceiro mundo*. (Trad. Teresa Dias Carneiro e César Benjamin). Rio de Janeiro: Contraponto e Centro Internacional Celso Furtado, 2011.

DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge: patent offices and their clients*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FURTADO, Celso. *Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil* (1959). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento* (1961). Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial* (1978). São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A economia da inovação industrial* (1974). Trad.: André Luiz Sica de Campos e Janaina Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Unicamp, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du Droit*. Paris: Dalloz, 2008.

MOSSÉ, Benjamin. *Dom Pedro II, Imperador do Brasil: o Imperador visto pelo barão de Rio Branco*. Brasília: FUNAG, 2015. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1120-O_Imperador_visto_pelo_Barao_do_Rio_Branco.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017.

NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica*. Trad.: Cláudia Heller. Campinas: Unicamp, 2005.

OLIVEIRA, Francisco de. *A navegação venturosa: ensaios sobre Celso Furtado*. São Paulo: Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Francisco de. Crítica à razão dualista (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista / O Ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

POLI, Eleonora. *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy*. New York: Palgrave Macmillan: 2015.

SCHUMPETER, J. *Capitalisme, Socialisme et démocratie* (Trad. Gael Fain), Paris: Payot, 1954.

STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa: Bertrand Editor, 2013.

TAVARES, Maria da Conceição (coord.). O papel do BNDE na industrialização do Brasil: Os anos dourados do desenvolvimentismo, 1952-1980. *Memórias do desenvolvimentismo*, ano 4, n. 4, setembro 2010. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2007.

TIROLE, Jean. *Économie du bien commun*. Paris: PUF, 2016.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A reinvenção do livre-comércio: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia*. (Trad: Marcos Santarrita). Rio de Janeiro: FGV, 2010,

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia*. Trad.: Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

II-2) RELATÓRIOS E PARECERES

ABIA. *Identificação de produtos de patente pipeline*. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/ID_pipeline.xls>. Acesso em: 18 fev. 2017.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SP. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pelo Ato n. 03, de 2013, com a finalidade de investigar a eventual cartelização do mercado de autopeças de reposição*. São Paulo, 7 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/CPI_Autopecas_Relatorio_Final.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Defesa da Concorrência e Proteção à Propriedade Intelectual – Compatibilização entre a política Concorrencial e as Demais Políticas Públicas – Limites e Possibilidades da Política de Defesa da Concorrência sob a Constituição de 1988*. São Paulo, 16 abr. 2013. *Parecer jurídico apresentado ao CADE no caso ANFAPE* (Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51), 2013.

BRASIL. CADE. Balanço 2016. Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. CADE. CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coords.). *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. CADE. *Guia prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil*, Coleção CIEE, 3ª ed. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. *Relatório do Deputado Ciro Gomes do Projeto de Lei n. 3.937, de 2004* (Apenso: Projeto de Lei n. 5.877/05). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (org.). Um Alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde, *Dossiê ABRASCO*, Rio de Janeiro, São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Expressão Popular, 2015.

CEDIN; WIPO. *An overview of CADE's recent jurisprudence regarding intellectual property*. Dez, 2014. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/wipo_cedin.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia*. Síntese do relatório sobre o inquérito ao setor farmacêutico, 8 jul. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Sobre o PAC*. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

OCDE. *La concurrence sur les marchés secondaires – Contribution de la France* (21-23 juin 2017). 11 maio 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)42/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)42/fr/pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

OCDE, BID. *Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

OCDE, BID. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

OCDE. *Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat*, 16-18 jun. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En)>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem de veto n. 536, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm>. Acesso em: 9 mar. 2017.

PROGENÉRICOS. Associação brasileira das indústrias de medicamentos genéricos. *Dados do mercado*. Disponível em: <<http://progenericos.org.br/mercado>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

STREEL, Alexandre de Alexandre; LAROUCHE, Pierre. L'innovation de rupture et la mise em oeuvre de la politique de la concurrence. *Forum mondial sur la concurrence*, 8 set. 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2015\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2015)7/fr/pdf)>. Acesso em: 9 mar. 2017.

SUFRAMA. *Modelo Zona Franca: história*. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/zfm_historia.cfm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

WIPO. IPEA. SALGADO, Lucia Helena; ZUCOLOTO, Graziela Ferrero (coords.). *Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property rights: sham litigation*. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2011/wipo_ip_ge_11/docs/study.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

III) TESES E DISSERTAÇÕES

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BELLO, Carlos Alberto. *Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimento* (1988). 5 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

CABRAL, M. A. M. *Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil*. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, USP, São Paulo, 2016.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. São Paulo: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. Poder Econômico: A fenomenologia – seu disciplinamento jurídico (1967). In: CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico: Obras completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015.

CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o Direito da Concorrência nos países em desenvolvimento*. 2017. 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CASTRO, Bruno Braz de. *Preços exploratórios: mera ficção ou desafio real ao direito da concorrência brasileiro?* 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

COLOMBO, D. G. E. *A política pública de incentivo ao setor de informática no Brasil a partir da década de 90: uma análise jurídica.* 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento.* São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. *Poder da Marca, Interações entre direito antitruste e direito industrial.* 2014. 206 f. Dissertação (Dissertação em direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste.* 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro.* 2008. 341 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

GSTALTER, Jérôme. *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information.* Bruxelas: Bruylant, 2012.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, Desenvolvimento e a Propriedade intelectual.* São Paulo: Editorama, 2010.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEBLOND, Lauren. *Pratiques anticoncurrentielles et brevets, Études en faveur de la promotion européenne de l'innovation.* Bruxelas: Bruylant, 2014.

LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS.* Quartier Latin: São Paulo, 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos.* São Paulo: Atlas, 2015.

MIOLA, Iagê Zendron. *Law and the Economy in Neoliberalism: the politics of competition regulation in Brazil.* 2014. 491 f. Tese (Doutorado em Direito e Sociedade), “Renato Treves” International PhD Program in Law and Society, Università degli Studi di Milano, Milão, 2014.

NAVARRETE, Pedro. *As origens do Sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962-1994).* 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Economia), Programa de Pós-Graduação em Economia do Instituto de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 fl. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

PARANHOS, Julia. *Interação entre empresas e instituições de ciência e tecnologia no sistema farmacêutico de inovação brasileiro: estrutura, conteúdo e dinâmica*. 2010. 327 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional da propriedade intelectual: Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SILVINO, Ângelo José Menezes. *A nova dinâmica de análise dos atos de concentração, a efetiva tutela da concorrência e o desenvolvimento nacional*. 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

IV) ANAIS, SEMINÁRIOS E DISCURSOS

BERCOVICI, Gilberto. Reformas de base e superação do subdesenvolvimento. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e documentos de trabalho*, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, n. 27, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_27_2014.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

CORREA, Carlos. Le Plan d'action dans le domaine des brevets sert-il les intérêts des pays en développement? In: REMICHE, Bernard (dir.) *Brevets, innovation et intérêt general: Le Brevet: pourquoi et pour faire quoi?* Actes du colloque de Louvain-a-Neuve organisé par Chaire Arcelor. Bruxelles: Larcier, 2006, p. 77-103.

DREXL, Joseph. Comment identifier des pools de brevets anticoncurrentiels : regards transatlantiques et institutionnels, *Propriété intellectuelle et concurrence: pour une (ré)conciliation*. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, Paris: LexisNexis, 2012, p. 51-84.

FURTADO, Celso. A industrialização periférica. *Economia do desenvolvimento: curso ministrado na PUC-SP em 1975*. Arquivos Celso Furtado v. 2. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2008, p. 155-170.

IDOT, Laurence. L'état des lieux en droit des ententes. In: *Propriété intellectuelle et concurrence: pour une (ré) conciliation*. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, Paris: LexisNexis, 2012, p. 7-34.

LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano Teodoro. Direitos de propriedade intelectual e a economia da obtenção de lucros da inovação tecnológica: as contribuições de David Teece. In: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar et al. *Temas de direito e economia*, n. 6. Natal: UFRN, 2017, p. 123-140.

PETIT, Nicolas, Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence, *Propriété intellectuelle et concurrence: pour une (ré)conciliation*. Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40, Paris: LexisNexis, 2012, p. 35-50.

PETIT, Nicolas. Droit de l'UE (Partie I), Les moteurs de recherche (L'application du droit de la concurrence au secteur numérique – Nanterre, 17 nov. 2016). *Concurrences*, n. 2, 2017, p. 6.

TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2014/tirole-lecture.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

VESTAGER, Magrethe. *Competition: the mother of invention*. European Competition and Consumer Day, 18 abril 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en>. Acesso em: 11 jan. 2017.

VESTAGER, Magrethe. *How competition supports innovation*. Regulation4Innovation, Brussels, 24 maio 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/how-competition-supports-innovation_en>. Acesso em: 11 jan. 2017.

VESTAGER, Margrethe. *Making data work for us*. Data Ethics event on Data as Power, Copenhagen, 9 set. 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en>. Acesso em: 2 fev. 2017.

VESTAGER, Margrethe. *Algorithms and competition*. Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 março 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en>. Acesso em: 20 mar. 2018.

VESTAGER, Magrethe. *Setting innovation free*. Bpifrance Inno Génération, Paris, 12 outubro 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/setting-innovation-free_en>. Acesso em: 11 jan. 2017.

V) ARTIGOS CIENTÍFICOS

AGUILAR, Fernando Herren; COUTINHO, Diogo. A evolução da legislação antitruste no Brasil, *Revista de concorrência e regulação*, n. 7 e 8, jul./dez., 2012. Disponível em: <http://cebrap.org.br/v2/app/webroot/files/upload/biblioteca_virtual/item_782/16_03_13_08Legislacao_Antitruste_Coutinho.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2017, p. 139-160.

AHNER, Francis. La Cour de justice au diapason? L'interprétation du règlement (CE) n. 469/2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments par la Cour de justice de l'Union européenne. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 1-16.

AJZENBERG, Elza. A semana de arte moderna de 1922. *Revista Cultura e Extensão*, v. 7, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rce/article/view/46491/50247>>. Acesso em: 29 mar. 2017, p. 25-30.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta. Dinâmica das Revoluções Tecnológicas: Mudança técnica, dinâmica industrial e transformações do capitalismo. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 39-64.

ALBUQUERQUE, Eduardo Motta. *Inovação em Celso Furtado: criatividade humana e crítica ao capitalismo* (texto para discussão). Belo Horizonte: Cedeplar-UFMG, 2013. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20470.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2016, p. 1-15.

ALMUNIA, Joaquín. The last interview, *Concurrences*, n. 4, 2014, p. 13-18.

ANIFANDIS, George; AMIRIDIS, George; DAFOPOULOS, Konstantinos; DAPONTE, Alexandros; DOVOLOU, Eleni; GAVRIIL, Eleftherios; GORGOGIETAS, Vyrion; KACHPANI, Elli; MAMURIS, Zissis; MESSINI, Christina; VASSIOU, Katerina PSARRA, Anna-Maria. The in vitro impact of the herbicide Roundup on human sperm motility and sperm mitochondria, *Toxic*, 6, 2, 2018. Disponível em: <<http://www.mdpi.com/journal/toxics>>. Acesso em: 31 maio 2018, p. 1-9.

AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; PAULA, Germano Mendes de. *Joint Ventures* e a política antitruste brasileira. *Revista de Economia Contemporânea*, v. 16, n.3, set-dez., 2012, p. 463-486.

BAGNOLI, Vicente; MADI, Maria Fernanda. *Standards* como eventual limite à concorrência: breve consideração acerca do cartel de cimento no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4, n. 2, 2016, p. 121- 139.

BARBOSA, Denis Borges. *Direitos exclusivos de comercialização*: um instituto inexistente no direito brasileiro. Out./2010. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/emr.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017, p. 1-62.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional n. 85*, 2015. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017, p. 1-33.

BARBOSA, Denis Borges. *Sempre a inconstitucionalidade das patentes pipelines: uma visão renovada*. Jul. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/sempre_inconst_patentes_pipeline.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017, p. 1-32.

BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/965>>. Acesso em: 15 fev. 2017, p. 287-309.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu Septuagésimo Aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.

BERCOVICI, Gilberto. Comentário – O Direito como instrumento da política econômica, *Revista dos Tribunais*, v. 923, set. 2012, p. 1-7.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/559/r145-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 abr. 2018, p. 95-99.

BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JR, J. C. (org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*, v. 1. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/Livro_ConstituicaoBrasileira1988_Vol1.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016, p. 255-291.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, jan./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67907>>. Acesso em: 10 abr. 2018, p. 389-406

BIELSCHOWSKY, Ricardo; TAVARES, Maria da Conceição. *Revista de Economia contemporânea*, Rio de Janeiro, 14(1), jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v14n1/a09v14n1.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017, p. 193-200.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Prebisch e Furtado. Prefácio. In: PREBISCH, Raúl. *O Manifesto Latino-Americano e Outros Ensaio*. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2011, p. 7-14.

BOIANOVSKY, Mauro. A view from the tropics: Celso Furtado and the theory of economic development in the 1950s. *History of Political Economy*, 42(2), 2010. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/6357098.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017, p. 221-266

BOSCO, David. Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet!. *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, 2007. Disponível em: <<http://www.lexisnexus.fr/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRIANEZI, Thaís; SORRENTINO, Marcos. A modernização ecológica conquistando hegemonia nos discursos ambientais: o caso da Zona Franca de Manaus. *Ambiente & Sociedade*, v. 15, n. 2, São Paulo, maio./ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2012000200004>. Acesso em: 30 mar. 2017, p. 51-69.

BRUGUIERRE, J.-M, Action en contrefaçon et abus de position dominante. *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, coleção do CEIPI, n. 61, Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 73-86.

CAMPOLINA, Bernardo. Lições do processo de desenvolvimento japonês. In: ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e (org.). *Metamorfoses do capitalismo e processos de catch up*. Belo Horizonte: UFMG, 2017, p. 61-76.

CAPUCIO, Camilla; MELO, Renato Dolabella. Remédios concorrenciais e propriedade intelectual. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 211-232.

CARON, Christophe. L'efficacité des licences FRAND: entre droit de brevets, droit civil et normalisation, *La semaine juridique*, n. 21, 20 mai. 2013. Disponível em: <<https://www.lexis360.fr/home.aspx>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena M. M. Celso Furtado e os dilemas da indústria e inovação no Brasil. *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 10, n. 17, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, jul./dez. 2015, p. 188-213.

CASSIOLATO, José Eduardo; PODCAMENI, Maria Gabriela. As políticas de ciência, tecnologia e inovação na China. In: CINTRA, Marcos Antonio Macedo; SILVA FILHO, Edison Benedito; PINTO, Eduardo Costa (orgs.). *China em transformação: dimensões econômicas e geopolíticas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, p. 493-520.

CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 31-60.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes. A Constituição Econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 71, jul./dez. 2017, p. 677-799.

COLOMO, Pablo Ibáñez; PETIT, Nicolas; NEVEN, Damien; COLINO, Sandra Marco. Intel: Analysing the Advocate General's opinion. *Concurrences*, n. 1, 2017, p. 16-35.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico (1965). In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-471.

CORREA, Carlos. The TRIPS Agreement and developing countries. In: MACRORY, P.F.J.; APPLETON, A.E.; PLUMMER M.G. (eds). *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Boston: Springer, 2005, p. 419-455.

CORREA, Carlos. The use of compulsory licences in latin America. In: HILTY, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds). *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015, p. 44-60.

COSTA, Achyles Barcelos da. A Teoria da Firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *Textos para Discussão PPGE/UFRGS*, n. 2016/04. Disponível em: <http://www8.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2016_04.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017, p. 1-38.

DANTAS, Alexis; KERTSNETZY, Jacques; PROCHNIK, Victor. Empresa, Indústria e Mercados. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, 15-24.

DAUDRET-JOHN, Frédérique; SOUTY, François. Quelle politique de concurrence pour l'Administration Obama?, *Concurrences*, n. 1, 2009, p. 74-79.

DEBROUX, Michel. Arrêt Microsoft: articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance, *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, n. 43-44, 25 octobre 2007. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/>>. Acesso em: 17 abr. 2017, p. 1-6.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, fev./maio 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/42/33>>. Acesso em: 4 jul. 2017, p. 39-64.

DIENY, Emmanuel. Licences de technologies: premier aperçu du nouveau règlement d'exemption européen – le règlement des opportunités manquées? *Revue Lamy de la concurrence*, n. 40, 2014, p. 17-23.

DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. In: PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 21-38.

DOSI, Giovanni. Source, Procedures and Microeconomic Effects of Innovation. *Journal of Economic Literature*, v. XXVI, set. 1988. Disponível em: <http://dimetic.dime-eu.org/dimetic_files/DosiJEL1988.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2017, p. 1120-1171.

DOSI, Giovani; MARENGO, Luigi; PASQUALI, Corrado. How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006, p. 1110-1121.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. In: MATTOS, Cesar (Cord.). *A regulação do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. 2 ed. São Paulo: Singular, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Publicações científicas*. 2011. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/85>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Caso Ambev: desinvestimento e liberdade de indicação de comprador. In: RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 251-275.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 171-181.

FIDELIS, Andressa Lin. Entre o “laissez-faire” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 2, 2015, p. 66-86.

FORGIONI, Paula. O que esperar do antitruste brasileiro no Século XXI? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, v. 1. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, p. 1713-1742.

FOX, Eleanor. A antitrust fable – A tale of predation. *Concurrences*, n. 3, 2008, p. 1-2.

FOX, Eleanor. Against Goals, *Fordham Law Review*, v. 81, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/2>>. Acesso em: 2 jun. 2017, p. 2157-2161.

FOX, Eleanor. Antitrust and institutions design and change. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 41, n. 3, 2010. Disponível em: <http://lawcommons.luc.edu/lucj/vol41/iss3/6?utm_source=lawcommons.luc.edu%2Flucj%2Fvol41%2Fiss3%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 473-488.

FOX, Eleanor. Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries. *Law & Economics Research paper series*, Working Paper n. 11-04, New York University School of Law, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 1-24.

FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, n. 4, v. 79:69, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2916452>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 69-84.

FOX, Eleanor. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.

FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, 2007. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=nyu_plltwp>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 101-125.

FRANÇA, Vladimir. O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. *Revista de Informação Legislativa*, A. 45, n. 177. jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160338/Regime_constitucional_servi%C3%A7o_postal_177.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 mar. 2017, p. 47-56.

FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de direito comercial: Estabelecimento Empresarial, Propriedade Indústria e Direito da Concorrência*. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429-469.

FRISON-ROCHE, Marie Anne. La victoire du citoyen-client. *Revue Sociétal*, Paris, SERPE, n. 30, 2000, p. 49-54.

FURTADO, Celso. Os desafios da Nova Geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 4 (96), out./dez., 2004, p. 483-486.

GAL, Michal S.; FOX, Eleanor. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015.

GAMA, Marina Moreira da; RUIZ, Ricardo Machado. A prática antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-204. *Economia e Sociedade*, v. 16, n. 2 (30), ago., 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecos/v16n2/a05v16n2.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017, p. 233-258.

GASNIER, Jean-Pierre. Éthique et propriété intellectuelle. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Coll. du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 153-166.

GERVAIS, Daniel. Challenges in Intellectual Property Governance: Providing the Right Incentives in the Quest for Global Innovation. *Trade, Law and Development*, v. 4 (2), 2012. Disponível em: <<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/viewFile/4%282%29%20TL%26D%20385%20%282012%29/141>>. Acesso em: 31 out. 2017, p. 385-399.

GERVAIS, Daniel. Of clusters and assumptions: innovation as part of a full TRIPS implementation. *Fordham Law Review*, v. 77, 2009. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4442&context=flr>>. Acesso em: 30 out. 2017, p. 2353-2377.

GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, 2005. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/view/4309/2655>>. Acesso em: 29 maio 2017, p. 29-46.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 2, n. 4, jan./mar. 2004, p. 187-209.

GOMES, Eduardo Braz Pereira; ROSSETO, Renato; PINHEIRO, Lucimar; HASENCLEVER, Lia; PARANHO, Lia. Desenvolvimento de biossimilares no Brasil. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2016. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/304608997>>. Acesso em: 1º nov. 2017, p. 31-42.

GSTALTER, Jérôme. Open source, interoperabilité et concurrence - À l'aube de l'arrêt Microsoft. *Concurrences*, n. 2, 2007, p. 46-71.

HASENCLEVER, Lia; LOPES, Rodrigo; CHAVES, Gabriela Costa; REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Fogaça. O instituto de Patentes *Pipeline* e o Acesso a Medicamentos: Aspectos Econômicos e Jurídicos Deletérios à Economia da Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 2, São Paulo: jul./out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212>>. Acesso em: 18 fev. 2017, p. 164-188.

HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de Mercado e Inovação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 91-101.

HASENCLEVER, Lia; PARANHOS, Julia; COSTA, Cíntia Reis; CUNHA, Gabriel; VIEIRA, Diego. A indústria de fitoterápicos brasileira: desafios e oportunidades. *Ciência & Saúde Coletiva*, nº 22(8), 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n8/1413-8123-csc-22-08-2559.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2017, p. 2559-2569.

HILTY, Reto M. La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 201-220.

HOVENKAMP, Herbert. The Obama Administration and Section Two of Sherman Act, *Boston University Review*, 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2806&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 8 dez. 2017, p. 1611-1665.

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. 2002. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERG, Roger Van den (Eds.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham (UK) e Northampton (USA): Edward Elgar, 2002, p. 2-23.

IDOT, Laurence. La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel. *Concurrences*, n. 2, 2006, p. 1-12.

IDOT, Laurence. L'arrêt Microsoft: simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE?, *Revue Europe*, n. 12, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

IDOT, Laurence. Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste... *Concurrences*, n. 2, 2005, p. 31-40.

IDOT, Laurence. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. *Concurrences*, n. 4, 2012, p. 1-13.

IDOT, Laurence. Regards sur l'arrêt Intel, Confirmations ou évolutions ? *Revue Europe*, n. 8-9, ago. 2014. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.fr/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

KOVAR, Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, Coleção IRPI, n. 36, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010, p. 315-340.

LANA, Paula Wardi Drummond Gouvea. Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: o Instituto de Patentes *Pipeline* e seu Impacto na Concorrência do Mercado de Antiretrovirais no Brasil. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 3, n. 1, maio/2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/154>>. Acesso em: 18 fev. 2017, p. 181-205.

LEGRAND, Pierre. La comparaison des droits expliquées à mēs étudiants. LEGRAND, Pierre (dir.) *Comparer les droits, résolument*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009, p. 209-246.

LEMLEY, Mark. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 397*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1670197>>. Acesso em: 28 mar. 2018, p. 1-15.

LEURQUIN, Pablo. China contemporânea e Democracia. In: RAMOS, Marcelo Maciel; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Chinês Contemporâneo*. Almedina: São Paulo, 2015, p. 93-114.

LEURQUIN, Pablo. Do imperativo do avanço tecnológico à capacidade criativa na civilização industrial: dois momentos da ideia de inovação no pensamento de Celso Furtado. *Revista de Economia Política e História Econômica*, v. 11, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B2cUT02EXXyLeHk1SWMwOVl6anc/view>>. Acesso em: 1º dez. 2016, p. 186-195.

LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, jul. 2016, p. 146-181.

LIMA, Pollyana Pacheco. Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROTM. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 2, n. 1, maio, 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/113/56>>. Acesso em: 23 jan. 2017, p. 64-88.

LUC, Irène. Abus de position dominante par la mise en place d'une stratégie de dénigrement, *Revue de la Jurisprudence en Droit des Affaires*, n. 8-9, ago-set. 2013, étude et doctrine, Disponível em: <<http://www.efl.fr/index.html>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MARQUES, Sylvia Ferreira. Efeito bumerangue: o impacto da periferia na atual reconfiguração sistêmica do capitalismo. In: ALBUQUERQUE, Eduardo Motta e. *Metamorfoses do capitalismo e processos de catch-up*. Belo Horizonte: UFMG, 2017, p. 123-140.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 13 mar. 2018, p. 274-293.

MARTINS, Diogo Lucas; SILVA, Leandro Novais e. O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 5, n. 1, maio. 2017, p. 105-144.

MARTY, Frédéric. Eviction anticoncurrentielle: L'Autorité de la concurrence demande un supplément d'instruction pour évaluer les risques de préemption du marché de la diffusion de contenus audiovisuels sur la fibre optique au moyen de clauses d'exclusivité (Secteur de la télévision payante). *Concurrences*, n. 1, 2011, p. 110-113.

MARTY, Frédéric. Dénigrement: L'Autorité de la concurrence prononce une amende de plus de quarante millions d'euros à l'encontre d'un laboratoire pharmaceutique pour avoir entravé l'entrée sur le marché de médicaments génériques par l'intermédiaire de pratiques de dénigrement (Pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique). *Concurrences*, n. 3, 2013, p. 82-85.

MARTY, Frédéric. Abus d'éviction: La Commission européenne soumet à un test de marché les propositions d'engagements d'un opérateur majeur du secteur de la téléphonie mobile (Samsung). *Concurrences*, n. 1, 2014, p. 67.

MASCRET, Caroline. Les enseignements de l'Autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique, *Petites affiches*, 5 nov. 2014, n. 221. Disponível em: <<https://www.lextenso.fr/>>. Acesso em: 20 abr. 2017, p. 1-7.

MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Eds.). *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 3-45.

MASSRUHÁ, Silvia Maria Fonseca Silveira; LEITE, Maria Angelica de Andrade. AGRO4.0 – Rumo à agricultura digital. In: MAGNONI Júnior, Lourenço Oswaldo Massambani, STEVENS, David; SILVA, Wilson Tadeu Lopes da; VALE, José Misael Ferreira do; SEBASTIÃO, Edenilson; MAGNONI, Maria da Graça Mello, PURINI, Sérgio Roberto de Moura, FIGUEIREDO, Wellington dos Santos; SEBASTIÃO, Irineu. *JC na Escola Ciência, Tecnologia e Sociedade: mobilizar o conhecimento para alimentar o Brasil*. São Paulo, Centro Paula Souza, 2017. Disponível em: <<https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/166203/1/PL-Agro4.0-JC-na-Escola.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018, p. 28-35.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 135-160.

MENEGUIN, F. B. A proteção da propriedade intelectual e o licenciamento compulsório no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, julho/2016 (Texto para Discussão n. 198). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 13 mar. 2018, p. 1-16.

MIROWSKI, Philip. The Political Movement that Dared not Speak its own Name: The Neoliberal Thought Collective Under Erasure. *Working paper*, n. 23, 2014. Disponível em: <<https://www.ineteconomics.org/uploads/papers/WP23-Mirowski.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017, p. 1-34.

NASCIMENTO, Evando. A semana de Arte Moderna de 1922 e o Modernismo Brasileiro: atualização cultural e “primitivismo” artístico, *Gragoatá*, n. 39, 2015, Disponível em: <<http://www.gragoata.uff.br/index.php/gragoata/article/download/509/516>>. Acesso em: 30 out. 2017, p. 376-391.

OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intellectual property relations: revisiting twenty-one years of the TRIPS Agreement. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v 36:1, 2015. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1886&context=jil>>. Acesso em: 30 out. 2017, p. 191-268.

OLIVEIRA, Alice Ferreira de. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 147-177.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011, p. 17-30.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, 40(4), p. 523-543, jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31594.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

PALHA, Cássia Rita Louro. Televisão e política: o mito de Tancredo Neves entre a morte, o legado e a redenção. *Revista Brasileira de História*, v. 31, n. 62, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v31n62/a12v31n62.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, A proteção patentária e a interação empresa-ICT no sistema farmacêutico de inovação brasileiro, *Radar IPEA*, n. 29, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/131009_radar29_cap4>. Acesso em: 1º nov. 2017, p. 39-48.

PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, Lia. Teoria da Firma e Empresa Inovadora. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 99-130.

PEREIRA, Sylvio. Poder Econômico e abuso. *Revista de Administração de Empresas*, v. 6, n. 18, 1966. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/40687/39440>. Acesso em: 24 de out. 2016, p. 138-157.

PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Letícia de Souza. A China e a Organização Mundial do Comércio. In: RAMOS, Marcelo Maciel; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Chinês Contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 387-412.

PETIT, Nicolas. Intel, leveraging rebates and the goals of article 102 TFUE. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, 2015, p. 25-68.

PINHEIRO-MACHADO, Rita; FREITAS, Kátia. 20 anos de Propriedade Industrial do Brasil: ações do INPI para mudança do cenário. *Revista Inovação*. 23 set. 2016. Disponível em: <https://www.inovacao.unicamp.br/artigo/20-anos-da-lei-de-propriedade-industrial-do-brasil-acoes-do-inpi-para-mudanca-de-cenario/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

PISANO, Gary. Profiting from innovations and the intellectual property revolution. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/222429440_Profitting_from_Innovation_and_the_Intellectual_Property_Revolution. Acesso em: 8 dez. 2017, p. 23-53.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aplicação efetiva das normas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio: perfis da relação intrusiva entre o Acordo TRIPS/OMC e os direitos domésticos. *Revista de Informação Legislativa*, A. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242859/000910790.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 fev. 2017, p. 23-53.

POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 68, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000200021>. Acesso em: 31 maio 2017, p. 281-305.

POSSAS, Mario Luiz. Eficiência seletiva: uma Perspectiva Neo-Schumpeteriana Evolucionária sobre Questões Econômicas Normativas. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 1 (93), 2004, p. 73-94.

POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.). *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 245-252.

POSSAS, Mario Luiz. *Limites normativos da análise econômica antitruste*. jan./2009. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/oldroot/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto0505.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017, p.1-27.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. O desenvolvimentismo autoritário de 1968 a 1980. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo et al. *O desenvolvimento econômico brasileiro e Caixa: palestras*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o

Desenvolvimento: Caixa Econômica Federal, 2011. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201109261240050.LivroCAIXA_C_0.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2017, p. 23-34.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. *Cadernos do Desenvolvimento*, v. 6, n. 9, jul./dez. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2011, p. 321-342.

PRIETO, Catherine. Abus de position dominante par dénigrement dans l'offre de contracter, *Revue des contrats*, n. 2, 1º jul. 2014. Disponível em: <<https://www.lextenso.fr/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PRIETO, Catherine. Abus d'exclusion: La Cour de cassation rejette le pourvoi de France Telecom relatif à deux abus constitués par des conditions restrictives d'accès à des infrastructures essentielles ayant entravé des concurrents sur le marché d'accès au haut débit (France Telecom). *Concurrences*, n. 1, 2008, p. 122.

PRIETO, Catherine. La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz*, 2007. Disponível em: <http://www.dalloz-revues.fr/revues/Recueil_Dalloz-21.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

PRIETO, Catherine. Notion d'abus: Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft, *Concurrences*, n. 1, 2004, p. 57-59.

PRIETO, Catherine. Ventes liées: La Cour de cassation statue sur l'imbrication de techniques susceptible de rendre acceptables des prix élevés... ou d'évincer des concurrents (Novartis), *Concurrences*, n. 4, 2005, p. 79-82.

PROCHNIK, Victor; LABRUNIE, Mateus Lino; SILVEIRA, Marco Antônio; RIBEIRO, Eduardo Pontual. A política industrial: o caso da Lei de Informática. *Revista Brasileira de Inovação*, 14, n. esp., julho 2015. Disponível em: <<http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/1129/695>>. Acesso em: 22 fev. 2016, p. 133-152.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Eficácia jurídica da norma de preço abusivo, *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, 2012. Disponível em:

<https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 189-211.

RAUEN, André Tortato; FURTADO, André Tosi. Indústria de Alta Tecnologia: uma tipologia baseada na intensidade de P&D e no desempenho comercial. *Revista Brasileira de Inovação*, 13(2), Campinas, jul./dez. 2014. Disponível em:

<<http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/874>>. Acesso em: 1º dez. 2016, p. 405-432.

REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), 2009. Disponível em:

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2748&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 31 out. 2017, p. 1115-1185.

RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, maio, 2017, p. 145-177.

RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). São Paulo: Singular, 2011, p. 101-125.

SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael. The Brazilian Antitrust Law: beyond the basics. *SelecteWorks of Lucia Helena Salgado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Março, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/lucia_salgado/19/> Acesso em: 23 nov. 2016, p. 9.

SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (org.). *A revolução antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 29-66.

SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. A nova Lei de Defesa da Concorrência: principais ressalvas às alterações realizadas no Senado. In: IPEA, *Radar n. 13: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/110509_radar13.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2017, p. 33-40.

SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinto de. O porquê de Sadia-Perdigão e Colgate-Kolynos não serem decisões sequer comparáveis. *Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC*, Ano 2, Número 6. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2011/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_2_n_7.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2017, p. 8-26.

SALLES FILHO, Sergio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUN, Camila; CAMPOS, Fabio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de Informática: uma análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11., n. esp., jul. 2012. Disponível em: <<http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/607/343>>. Acesso em: 20 fev. 2017, p. 191-218.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 16, 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

SALOP, Steven; SHAPIRO, Carl. Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundation of Post-Chicago Antitrust Economics. *Antitrust*, v. 29, n. 2, 2015. Acesso em: <<https://www.crai.com/sites/default/files/publications/Jean-Tirole-Nobel-Prize-in-Economics-The-Rigorous-Foundations-of-Post-Chicago-Antitrust-Economics-Salop-Shapiro-Antitrust-Magazine-Spring-2015.pdf>>. Disponível em: 1º jun. 2017, p. 76-81.

SALOP, Steven. What Consensus? Ideology, Politics and Elections Still Matter. *Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper*, n. 13-007, 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1207/>>. Acesso em: 11 mar. 2017, p. 1-56.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *DIREITO RIO-Textos para discussão*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20->

%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 nov. 2017, p. 1-26.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 33-74.

SIBONY, Anne-Lise. Brevets essentiels: Brevet essentiel est une norme (BEN) – Licence «FRAND» - Actions en contrefaçon (Huawei Technologies, ZTE). *Concurrences*, n.4, 2015, p. 120-123.

SIBONY, Anne-Lise. Définition du marché pertinent – utilisation abusive – Procédures relatives aux certificats complémentaires de protection pour les médicaments – procédures d'autorisation de mise sur le marché: La Cour de justice de l'UE sanctionne définitivement l'utilisation abusive de procédures réglementaires pour prévenir ou retarder l'arrivée des génériques sur le marché (Astrazeneca). *Concurrences*, n. 1, 2013, p. 78-81.

SIBONY, Anne-Lise. Pratiques d'abus-exclusion: La Commission européenne inflige l'amende la plus élevée jamais prononcée pour des pratiques d'abus-exclusion consistant, d'une part, dans des rabais conditionnels en contrepartie d'engagements d'exclusivité et, d'autre part, dans des pures restrictions de concurrence liées à des rémunérations versées à la fois aux fabricants d'ordinateurs et aux distributeurs pour qu'ils retardent l'arrivée sur le marché de produits incorporant des composants fabriqués par un concurrent (Intel). *Concurrences*, n. 4, 2009, p. 108-112.

SIBONY, Anne-Lise. Prix prédateurs: La Cour d'appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hôpitaux (GlaxoSmithKline). *Concurrences*, n. 2, 2008, p. 118.

SIBONY, Anne-Lise, Pratiques de dénigrement: L'Autorité de la concurrence indique que des pratiques de dénigrement peuvent constituer un abus à condition qu'un lien soit établi entre la position dominante et le dénigrement (fourniture d'électricité). *Concurrences*, n. 2, 2009, p. 126-127.

SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil. *RDC*, v. 3, n. 2, nov. 2015. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/149/106>>. Acesso em: 9 mar. 2017, p. 180-202.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-142.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, a. 28, out./dez. 1991, p. 187-202.

SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Política industrial e desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, v. 26, n. 2 (102). Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n2/a01v26n2.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017, p. 163-185.

SZAPIRO, Marina; MATTOS, Marcelo; CASSIOLATO, José E. Sistemas de Inovação e Desenvolvimento. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (orgs.). *Economia da Ciência, Tecnologia e Inovação: Fundamentos teóricos e a economia global*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 371-412.

SZMRECSÁNYI, Tamás. Celso Furtado e o início da industrialização no Brasil. *Revista de Economia Política*, v. 22, n. 2 (86), abril-junho/2002. Disponível em:
<<http://www.rep.org.br/pdf/86-1.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 3-14.

TAVARES, Maria da Conceição; SERRA, José. Além da estagnação: uma discussão sobre o estilo de desenvolvimento no Brasil (1971). In: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinquenta anos de pensamento da CEPAL*. v. 2. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 589-608.

TAVARES, Maria da Conceição. Auge e declínio no processo de substituição de importações no Brasil. In: BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*. v. 1. Rio de Janeiro: Record, 2000. Disponível em:
<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1614/S33098N962Av1_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em : 3 fev. 2014, p. 217-238.

TEECE, David J. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy*, v. 15, n. 6, 1986, p. 285-305.

TEECE, David J. Reflections on “Profiting from Innovation”. *Research Policy*, v. 35, n. 8, 2006, p. 1131-1146.

TREPPOZ, Édouard. Droit européen de la propriété intellectuelle: La judiciarisation des licences FRAND. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, oct-dec., 2015, p. 865-871.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Abuso de poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. v. VII, n. 1, jan./abr. 1964, p. 29-62.

WACHSMANN, Anne; FLOCHEL, Laurent; POMMIES, Charles. Prix prédateurs: Le Conseil de la concurrence condamne lourdement un laboratoire pharmaceutique pour avoir freiné le développement des médicaments génériques à l’hôpital par une pratique de prix prédateur (Glaxo SmithKline). *Concurrences*, n. 2, 2007, p. 110-115.

WACHSMANN, Anne; THOMAS, Bastien. Prix prédateurs: La Cour de cassation approuve l’analyse de la Cour d’appel de Paris concernant l’absence de prix prédateurs (Glaxo SmithKline France). *Concurrences*, n. 2, 2009, p. 117-118.

WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. Rabais fidélisant: L’Autorité de la concurrence sanctionne un laboratoire pharmaceutique pour des pratiques de dénigrement et de rabais de fidélité accordés à des pharmaciens ayant eu pour objectif d’entraver l’entrée sur le marché d’un concurrent générique (Aut. Conc., 18 décembre 2013, décision n. 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville). *Concurrences*, n. 1, 2014, p. 76-82.

WACHSMANN, Anne; ZACHARIE, Nicolas. Rabais de fidélité: Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne tout en réaffirmant clairement le caractère anticoncurrentiel par nature ou par objet des rabais attribués en contrepartie d'une exclusivité et des rémunérations destinées à retarder l'arrivée sur le marché d'un concurrent (Intel/Commission). *Concurrences*, n. 3, 2014, p. 91-95.

WARUSFEL, Bertrand. La propriété intellectuelle comme politique publique. In: GEIGER, Christophe; RODÀ, Caroline (coord.). *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*. Coll. Du CEIPI, n. 61, Lexis Nexis, 2013, p. 391-410.

WILLIAMSON, Oliver E. The modern Corporation: origins, evolution, attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, dez. 1981. Disponível em: <<http://wolfweb.unr.edu/homepage/pingle/Teaching/BADM%20791/Week%209%20Behavioral%20Microeconomics/Williamson-Transactions%20Cost%20Industrial%20Organization.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017, p. 1537-1568

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, p. 313-328, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166525>. Acesso em: 6 mar. 2018, p. 313-328.

VI) TEXTOS JORNALÍSTICOS E COMUNICADOS DE IMPRENSA

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Communiqués*. L'Autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 15,3 millions d'euros le laboratoire pharmaceutique Schering-Plough pour avoir entravé l'arrivée du générique de son médicament princeps Subutex®, 19 dez. 2013. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=482&id_article=2283>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BASILE, Juliano; PUPO, Fabio. Ambev consegue redução de multa milionária com o Cade. *Valor Econômico*. 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4133770/ambev-consegue-reducao-de-multa-milionaria-com-o-cade>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRANDÃO, Gorette. Promulgada emenda que incentiva ciência, tecnologia e inovação. *Agência Senado*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/02/26/promulgada-emenda-que-incentiva-ciencia-tecnologia-e-inovacao>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online*. 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-supostas-praticas-anticompetitivas-do-google-no-mercado-brasileiro-de-buscas-online>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

CABRAL, M. A. M. Primeiro passo na política antitruste brasileira, Lei Malaia completa 70 anos. *Consultor jurídico*, 12 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-12/mario-cabral-primeira-antitruste-lei-malaia-completa-70-anos>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

CARVALHO, Mario Cesar. Justiça manda anular maior multa da história do Cade. *Folha de São Paulo*. 16 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1682221-justica-manda-anular-maior-multa-da-historia-do-cade.shtml>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

CLASSENS, Fleur. A Agenda de Desenvolvimento da OMPI avança. *International Centre for Trade and Sustainable Development. Intellectual property*. 1 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-agenda-de-desenvolvimento-da-ompi-avan%C3%A7a>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission closes formal proceedings against Qualcomm. MEMO/09/389. *Press release*, 24 nov. 2009. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-516_en.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission welcomes IPRCom's public FRAND declaration. *Press release*. 10 déc. 2009. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-549_en.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. La Commission accepte les engagements proposés par Samsung Electronics concernant les injonctions relatives aux brevets essentiels liés à une norme. *Communiqué de presse*. Bruxelas, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_fr.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. *Communiquée de presse*. 27 jun. 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_fr.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service*. 29 jun. 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1806_en.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine*. Press release, 18 jul. 2018. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. For release. *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*. 3 jan. 2013. Disponível em:

<<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

INPI. INPI chega aos 45 anos: conheça a história do Instituto. *Notícias*. 28 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/inpi-chega-aos-45-anos-conheca-a-historia-do-instituto>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

KWEITEL, Juana; REIS, Renata. *A primeira licença compulsória de medicamento na América Latina, ICTSD*. 1º jun. 2007. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-primeira-licença-compulsória-de-medicamento-na-américa-latina>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

MIGALHAS. *Cade aplica maior multa da história por formação de cartel*. 2 set. 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI116633,31047-Cade+aplica+maior+multa+da+historia+por+formacao+de+cartel>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

MIRANDA, Pedro Henrique Villardi; SILVA, Francisco Viegas Neves da; PEREIRA, Amanda Mey Carmo. *Perguntas e Respostas sobre Patentes Pipeline: Como Afetam a sua Saúde?* Rio de Janeiro: Abia, 2009. Disponível em: <http://www.abiaids.org.br/_img/media/PergResp_PIPELINE_PT.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

MONIZ, Pedro de Paranaguá; SOUZA, Marcos Alves. Agenda do Desenvolvimento para a OMPI: contextualização e perspectivas. *International Centre for Trade and Sustainable Development. Intellectual property*. 19 set. 2006. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/agenda-do-desenvolvimento-para-a-ompi-contextualiza%C3%A7%C3%A3o-e-perspectivas>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

PORTAL BRASIL. *Brasil renova licenciamento compulsório de antirretroviral usado no tratamento da Aids*, 8 maio 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/05/brasil-renova-licenciamento-compulsorio-de-antirretroviral-usado-no-tratamento-da-aids>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

RESENDE, Thiago. Cade inocenta Ambev por colocar marca em garrafa de cerveja “litirão”. *Valor Econômico*. 23 maio. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/2673494/cade-inocenta-ambev-por-colocar-marca-em-garrafa-de-cerveja-litrao>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

RIBEIRO, Stênio. Cade proíbe Ambev de vender cerveja em garrafa de 630 ml. *Agência Brasil*. 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2010-11-03/cade-proibe-ambev-de-vender-cerveja-em-garrafa-de-630-ml>> Acesso em: 30 dez. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. 9 juillet 2014. *Communiqué de presse*. Ententes et abus de position dominante: la Commission inflige des amendes à Servier et à cinq fabricants de génériques pour avoir freiné l’entrée sur le marché de versions moins chères d’un médicament cardiovasculaire. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_fr.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa n. 155/144*. 20 nov. 2014. Conclusões do advogado-geral no processo C-170/13 Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-11/cp140155pt.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE DECISÕES

I) Jurisdição brasileira

I-1) Tribunais Regionais Federais

BRASIL. TRF 2ª região. 4ª turma. *Processo n. 0531698-61.2001.4.02.5101* (TRF2 2001.51.01.531698-3) (Relator: Desembargador Federal Rogério Carvalho) Decisão 03 mar. 2004. Disponível em:
<http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:hv3SBucPZzkJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0106410/1/57/82270.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxysheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. TRF 2ª região. Ação rescisória. *Processo n. 0009600-09.2007.4.02.0000* (TRF2 2007.02.01.009600-2). Relator desembargador federal Messoud Azulay Neto. Decisão 30 jun. 2011. Disponível em:
<http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:yvhG85cQtRQJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0101310/1/5/357334.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxysheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24 jan. 2017.

I-2) Conselho Administrativo de Defesa Econômica

BRASIL. CADE. *Voto da relatora no ato de concentração n. 27/1995, K e S Aquisições Ltda; e Kolinós do Brasil S.A.* Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado. Brasília, 19 de setembro de 1996. Disponível em:
<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTT-IkAavla4-2emzPsNHYNp4DBhZ43F1XVito3NSg>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. CADE. *Termo de compromisso de conduta no ato de Concentração n. 08012.005846/1999-1, de relatoria da conselheira Hebe Romano, Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A.* 29 mar. 2000. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/fol/pol/ambev/integra.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva no Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. *Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF)/Abbott Laboratórios do Brasil Ltda et al.* Brasília, 23 fev. 2005. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANcD5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Voto-vista do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos no Processo Administrativo n. 08012.009088/1999-48. *Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal (CRF/DF)/Abbott Laboratórios do Brasil Ltda et al.* Brasília, 13 out. 2005.

Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd730_3JP0MJcR6ZjPlpWUANcD5ARK4V7T2a38pWYBQF>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Voto do relator Ricardo Villas Bôas Cueva no ato de concentração n. 08012.003997/2003-83. 15 mar. 2006. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?CcPYW_1ZD9Q-fKV3RPnSYTl0ub8hh5M9i6fCqX9-kmJ0v8LCqViA7PZ0lJoUZPofpCKtK2ONiJPz5t0jsXyQfg>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08000.026056/1996-30. *Oxigases/White Martins*. 31 jan. 2007. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdUA0BEBieVA8YEq_eg87BRq_T6ACW1b6OVh4AHHCq0c>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Luis Fernando Schuartz no ato de concentração n. 08012.000311/2007-26. *Monsanto e Syngenta*. 9 mai. 2007. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hRMlbtJzL0POiJJMnYgxYexLT3ekpBK7ekcGMT7X1QYbA>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Abraham Sicsú no ato de concentração n. 08012.003296/2007-78. *Monsanto/Brasmax*. 12 dez. 2007. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?d7Jmt0H5Sps9DN32UZ8MTPeHaMyz6gOn39MDAGFcnn_V06yVU2Ht6r6dYAVsz1ls5faW_-SgH8-49OgZgJoVag>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CADE. *Voto do relator conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Recurso voluntário n. 08700.002874/2008-81*, Companhia de Bebida das Américas – Ambev/Secretaria de Direito Econômico, 23 jul. 2008.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Olavo Zago Chinaglia na averiguação preliminar n. 08012.001315/2007-21. *Gradiente e Cemaz x Philips*. 13 maio 2009. Disponível em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?IYrPnlEd5V4YmEaZc1K3ZfK3rHl-5j5cqbafV1L6Kykrco8e1eO4LAL5ITnf851LkJJHs_L8ZT8EjepnkwFaw>. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.003.805/2004-10. *Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes x Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV*. 22 jul. 2009. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvI90CYpvu_sAPJptgE14UISPox0O-OleSb-jmzbJcNNg>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Processo Administrativo 08012.004363/2000-89, *Companhia de Bebidas da América x CADE*. 28 out. 2009. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hReSp6ZcECKuM4EgsTyu09N16IeNMr5pb_e5lrQonB59g>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x SEVA*. 9 dez. 2009. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQsHiypUTjZGTod0yrZsXFTgwchU2Ry3c495E0cjAB73g>. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do conselheiro relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*. 16 dez. 2009. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?w2_MhGT4sj0SW_CuiHUo98_jbZ6YSRJLsMfzIASMrGWyA-1p7WypIiSO_d52-c9DIbw3fAYkcPyvya84fxSb_g>. Acesso em: 1º fev. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do conselheiro Ricardo Ruiz na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*. 7 abr. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?w2_MhGT4sj0SW_CuiHUo98_jbZ6YSRJLsMfzIASMrGWyA-1p7WypIiSO_d52-c9DIbw3fAYkcPyvya84fxSb_g>. Acesso em: 1º fev. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz na averiguação preliminar n. 08700.005025/2007-07. *Tribunal de Contas da União/Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda*. 23 jun. 2010. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMe3kdbzwXrcUnpTFVpIzhwCki3aEJpIYeUy40nvHp1VPPiiA7LwTDF8AaH9ie9onS6XiM1V-6dG-S-HtZk0lz7>. Acesso em: 18 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x SEVA*. 7 jul. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQsHiypUTjZGTod0yrZsXFTgwchU2Ry3c495E0cjAB73g>. Acesso em: 23 jan. 2017

BRASIL. CADE. Voto vogal do conselheiro Ricardo Ruiz no processo administrativo n. 08012.004484/2005-51. *Siemens x SEVA*. 7 jul. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hQsHiypUTjZGT0d0yrZsXFTgwchU2Ry3c495E0cjAB73g>. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*. 20 ago. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?w2_MhGT4sj0SW_CuiHUo98_jbZ6YSRJLsMfzIASMrGWyA-1p7WypIiSO_d52-c9Dlbw3fAYkcPyvya84fxSb_g>. Acesso em: 1º fev. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE/Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda.* 15 dez. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mjMyqg-EEgbc6XUnsJlsY8fICBEIWo98DvYx6TapBEtBg>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no processo administrativo n. 08012.004283/2000-40. *Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados x Box 3 Vídeo e Léo Produções e Publicidade*. 15 dez. 2010. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvB138YgKuPjbgU4fcUstHUI2pkYq_1BMpev3aew>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração n. 08012.004423/2009-18, *Perdigão S.A. e Sadia S.A.* 8 jun. 2011. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsuzGZB8pp0jVz3q65eYRHBkyIXnyDOF1sLDXzFgZsw>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. CADE. *Ato de concentração n. 08012.008810/2009-23*. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 29 jun. 2011.

BRASIL. CADE. Voto-vista do conselheiro Ricardo Ruiz no ato de concentração n. 08012.004423/2009-18, Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, *Perdigão S.A. e Sadia S.A.* 13 jul. 2011. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsuzGZB8pp0jVz3q65eYRHBkyIXnyDOF1sLDXzFgZsw>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro nos atos de concentração n. 08012.002870/2012-38, n. 08012.006706/2012 -08, n. 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01. *Monsanto et al.* 28 ago. 2013. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vu20KZQK9J0IZAEBMNKE9MON9UjFfu0jqRPzUdRaVqVTw>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis no Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79. *SDE/associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem et al.* 22 jan. 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxmnHdrzUgUYhdBzjGjuuOSvVKOm_kehSnKu6elB4S59M>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no Processo Administrativo n. 08012.008554/2008-93. *Kaiser/Ambev*. Brasília, 5 fev. 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZeB_5muV8lPtA7gJnMUktl3in8NuoLpwqLVEh7bnR9B>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Parecer da Superintendência-Geral do CADE no processo administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda.* 15 jun. 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mjMyqg-EEgbc6XUnsJlsY8fICBEIWo98DVYx6TapBEtBg>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Voto da conselheira relatora Ana Frazão no processo n. 08012.011508/200791. *Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos x Eli Lilly*. 24 jun. 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vsNM4NTsG6-0yCyjaOV-4Vo-BMVEtSXXlRlJKEJXlFMw>. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Parecer da Superintendência-Geral do CADE no processo administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda.* 15 de junho de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mjMyqg-EEgbc6XUnsJlsY8fICBEIWo98DVYx6TapBEtBg>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Relatório do ato de concentração Processo n. 08700.005937/2016-61. Relator: Paulo Burnier da Silveira. 9 maio de 2017. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynClZls_rHQccfMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTRIESEqFIQ_8jOeN9NP5cLcTN3dlhtrRHkBGI3-pFsQ>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.* Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM40O_nlair2nlnoNzF4h6tAzo-cc8tTVt>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.009082/2013-03. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.* Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxuPKafcwvOhoHGvTOhF6VN9yQ1Q84rME0Sb3aYKzWyP2>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19. *Microsoft Corporation/Google Inc.* Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxjwy0jsF2VUK9nLLMn4AapgzHPeyXU3WqUFUJvQc-tbB>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. CADE. Voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE/Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. et al.* 14 fev. 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em: 28 mar. 2018.

II) Jurisdição comunitária e europeia

II-1) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 56/65. *Société Technique Minière (LTM)/Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 30 jun. 1966. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&from=EN>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 56/64 e 58/64. *Établissements Consten SARL e Grundig-Verkaufs-GmbH/Comissão*. 13 jul. 1966. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0056&from=EN>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 24/67, *Parke, Davis & co/Probel, Reese, Beintema-interpharm et Centrafarm*. 29 fev. 1968. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61967CJ0024&from=EN>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n.40/70. *Sirena/Eda SRL et al.* 18 février 1971. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0040&from=FR>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 48-69. *Imperial Chemical Industries/Comissão.* 14 jul. 1972. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=FR>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 40/73, *Suiker Unie/Comissão*, 16 dez. 1975. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88485&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=408571>>. Acesso em: 11 abr. 2017, § 26.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 209 a 215/78, *Van Landenwyck/Comissão.* 29 out. 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0209&from=FR>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 31/80. *NV l'Oréal/SA l'Oréal.* 11 décembre 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0031&from=FR>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 311/84. *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion.* 3 out. 1985. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0311&from=FR>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 45/85. *Verband des Sachversicherer/Comissão*, 27 jan. 1987. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d60f8741-8c85-40b6-8573-8a855498811b.0009.03/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 238/87. *Volvo/Veng.* 5 out. 1988. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:24c33700-2092-4e4b-abc6-ed97a2b159ce.0009.03/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-277/87. *Sandoz Prodotti Farmaceuti/Comissão.* 11 jan. 1990. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61987CJ0277&from=FR>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85. *Ahlstrom et al./Comissão.* 31 mar. 1993. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0d97e017-bc29-4c2c-ac43-bbb6cf311d8e.0009.03/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-53/92. *Hilti/Commission.* 2 mar. 1994. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0053&from=EN>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-241/91 P. *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commission(Magill)*. 6 abr. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. 333/94. *Tetra Pak*. 14 nov. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CJ0333&from=DE>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-7/97. *Bronner/Mediaprint*. 26 nov. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d587bd282649754fe9a2d8f7e46c7c4efc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaN90?text=&docid=43749&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=170460>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-135/92, *Montecatini/Commission*. 8 jul. 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0235&from=EN>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-49/92 P. *Anic/Comissão* 9 jul. 1999. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44311&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=406905>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-194/99. *Thyssen Stahl/Comissão*. 2 out. 2003. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5e0c83a9bbd994516b4f5ab841e08d382.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaxz0?text=&docid=48665&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=403496>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-242/91, *IMS Health/NDC Health*. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=EN>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=407220>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-519/06. *GlaxoSmithKline/Comissão*. 6 outubro 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77869&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=511056>>. Acesso em: 11 abr. 2017

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-125/07, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank et al./Comissão*. 24 set. 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0125&from=FR>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

II-2) Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-111/96. *ITT Promedia/Comissão*, 17 jul. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d50ca15a4af4344d05bf8de87702848715.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaN90?text=&docid=44050&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=426380>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-228/97, *Irish Sugar/Commission*, 07 out. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44773&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=176857>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-112/99, *M6 et al./TFI*, 18 septembre 2001. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6c37614d8abba4585a8d2f490e7d3c60b.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax0Ne0?text=&docid=46584&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=510790>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T-328/03. *O2 Germany c. Commission*. 2 maio 2006. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56601&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=510879>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. T- 201/04. *Microsoft/Commission*. 17 set. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0201&from=FR>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

II-3) Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-439/09. *Pierre Fabre/Présidente de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie e de l'Emploi*. 13 out. 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0439&lang1=fr&lang2=PT&type=TXT&ancre=>>>. Acesso em : 10 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. T-11/08, *MasterCard/Comissão Europeia*, 24 maio 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008TJ0111&from=PT>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-457/10P, *AstraZeneca/Comissão*, 6. déc. 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131490&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342734>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-68/12. *Slovenska sporitel/ Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*. 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133622&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=511334>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-1/12. *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas/Autoridade de Concorrência de Portugal*. 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134368&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=511485>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-170/13. *Huawei/ZTE*. 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=343102>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

II-4) Tribunal Geral

II-5) Comissão Europeia

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. COMP/C- 3/37.792. *Microsoft/Commission*. 24 mars 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4178_1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. COMP/38.636. Resumo da Decisão da Comissão de 9 de Dezembro de 2009 relativa a um processo nos termos do artigo 102 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia e do artigo 54 do acordo EEE. *Rambus*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0206\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0206(04)&from=EN)>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7932. *Dow/DuPont*. 27 mar. 2017. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017M7932%2802%29>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7962. *ChemChina/Syngenta*. 5 abr. 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7962_4097_3.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. AT. 39740. *Google Search (Shopping)*. 27 jun. 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.8084. *Bayer/Monsanto*. 11 abr. 2018. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8084_12985_3.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

III) Jurisdição nacional francesa

III-1) Conseil de concurrence

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 99-D-77. *Société Télésélection/M6*, 7 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/99d77.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 00-D-24. *SNC MK2 Tolbiac/Association de défense de l'environnement et du cadre de vie de la Bibliothèque de France*, 10 maio 2000. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/00d24.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 02-D-35. *Spinevision*. 13 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/02d35.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 03-D-35. *Sandoz-Norvatis Pharma*, 24 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/03d35.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE. Processo n. 07-D-33. *France Télécom*. 15 out. 2007. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d33.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

III-2) Autorité de la Concurrence

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Processo n. 09-D-14. *Secteur de fourniture de l'électricité*. 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09d14.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Processo n. 10-D-32. *Secteur de la télévision payante*. 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d32.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Processo n. 13-D-21. *Relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville*. 18 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=13D21>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

IV) Outras jurisdições

IV-1) Alemã

BUNDESGERICHTSHOF [Federal Court of Justice]. Processo n. KZR 39/06. *Norme Orange Book*. 6 maio 2009. Tradução disponível em: <<http://www.ipeg.com/blog/wp-content/uploads/EN-Translation-BGH-Orange-Book-Standard-eng.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

V) Jurisdições internacionais

V-I) Órgão de solução de controvérsias da OMC

OMC. DS86/2. IP/D/Add.1. Sweden – Measures Affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Notification of Mutually Agreed Solution. 11 dez. 1998. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds86/*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds86/*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true)>. Acesso em: 9 fev. 2017.

OMC. DS125/2. Greece – Enforcement of intellectual property rights for motion pictures and television programs – Notification of Mutually Agreed Solution. 26 mar. 2001. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds125/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds125/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>). Acesso em: 9 fev. 2017.

OMC. WT/DS17/3 e WT/DS196/4. IP/D/18/Add.1 e IP/D/22/Add.1. Argentina – Measures affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Notification of Mutually Agreed Solution. 20 jun. 2002. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds196_s.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

OMC. DS362/1. China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States, 10 april 2007. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds362/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds362/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>). Acesso em: 9 fev. 2017.

OMC. DS83/2. IP/D/9/Add.1. Denmark – Measures affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Notification of Mutually Agreed Solution. 13 jun. 2001. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds83/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds83/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>). Acesso em: 9 fev. 2017.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE TEXTOS OFICIAIS

I) Brasileiros

BRASIL. *Alvará de 28 de abril de 1809*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 1º maio. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 86, de 18 de novembro de 1938*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 maio. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. *Lei n. 3.173, de 6 de junho de 1957*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3173.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. *Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm>. Acesso em: 5 maio. 2018.

BRASIL. *Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5648.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 5.727, de 4 de novembro de 1971*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5727.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5772.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 6.151, de 4 de dezembro de 1974*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6151.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18248compilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2017.
Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 30 de 1994*. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-30-15-dezembro-1994-358328-norma-pl.html>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 5 maio. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm>. Acesso em:
18 abr. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc08.htm>. Acesso em:
18 abr. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm>. Acesso em:
18 abr. 2017.

BRASIL. CADE. *Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999*. Disponível em:
<<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória n. 2.105-15, de 2001*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2105-15.htm>. Acesso em: 12 dez.
2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em:
12 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 10
mar. 2017.

BRASIL. *Lei n. 11.077, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11077.htm>. Acesso em: 5
jan. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 5.563, de 11 de outubro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5563.htm>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.243, de 21 de novembro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 6.108, de 4 de maio de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6108.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.177/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=518068>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. CADE. *Resolução n. 10, de 29 de outubro de 2014*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-homologa-novas-regras-para-notificacao-de-contratos-associativos/resolucao-n-10-2014.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 85, de 2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2015/emendaconstitucional-85-26-fevereiro-2015-780176-publicacaooriginal-146182-pl.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Resolução do CADE n. 17, de 18 de outubro de 2016*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNv-GMnqtuY9s5zbnPvfnYiuBhvl7asLinWf2UjGgpzfMMnV20eEelmaWH0I7Q3sVlrFJpAoVYj1uowW0inIagf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal de 2016*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

II) Comunitários e europeus

II-1) Tratados

TRAITÉ DE ROME. *Traité instituant la Communauté Économique Européenne*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. 26 out. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

II-2) Conselho da Comunidade Econômica Europeia

CONSELHO DA COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Directiva do Conselho de 26 de janeiro de 1965. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31965L0065&from=PT>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

II-3) Conselho das Comunidades Europeias

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Regulamento (CCE) n. 1768/92 do Conselho de 18 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_MA_12736.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica de computadores. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

II-4) Conselho da União Europeia

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

II-5) Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. T-286/09. *Intel/Comissão*. 12 jun. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009TJ0286&langl=pt&type=TEXT&ancre=>>>. Acesso em : 17 abr. 2017.

II-6) Comissão Europeia

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n. 2659/2000 da Comissão de 29 de novembro de 2000 relativo à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R2659&from=PT>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado*. 27 abr. 2004. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=FR)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*. 27 abr. 2004. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=PT)>. Acesso em: 13 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. 24 fev. 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=FR)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n.330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=PT>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n. 1217/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1217&from=FR>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento da Comissão n. 1218/2010 de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização*. Disponível em: <http://institutoeuropeu.eu/images/stories/REg_1218_2010_Acordos_Horizontais_Especializacao.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*. 14 jan. 2011. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT)>. Acesso em: 11 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamento n. 316/2014 da Comissão de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=FR>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia*, 28 mar. 2014. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=FR)>. Acesso em: 12 abr. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.o, n.o 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, do 30 de ago. 2014. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=PT)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

III) Francesas

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020749979&categorieLien=id>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

IV) Internacionais

Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade Industrial e protocolo de encerramento, de 20 de março de 1883.

Convenção de Berna (revista) para a Proteção das Obras literárias e artísticas, de 23 de agosto de 1906.

Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, de 12 de abril de 1994.

OUTRAS NORMAS

ETSI. *Rules of Procedure*, 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

RESUMO

A promoção da inovação é um valor amplamente perseguido pelos mais diferentes países, os quais se utilizam de diversas técnicas jurídicas para garantir os estímulos necessários às empresas que tenham sucesso em gerar novos produtos e serviços ou novas tecnologias. No Brasil, considera-se a propriedade intelectual como um dos institutos jurídicos mais aptos a preservar o interesse das empresas em continuar inovando. Entretanto, o período subsequente à adesão ao Acordo TRIPS revelou que este não cumpriu com as expectativas de consolidar o modelo de desenvolvimento via inovação no país. Essa frustração não é fenômeno restrito ao Brasil, conforme se percebe ao avaliar outras economias com heranças do subdesenvolvimento. No lugar da ampla difusão tecnológica, o que se verificou foi a consolidação de uma espécie de “cartel do conhecimento”, com influência global. Assim, a “superproteção” dos direitos de propriedade intelectual se soma à narrativa de redução de intervenção concorrencial, decorrente da influência da Escola de Chicago. A presente tese parte do pressuposto de que esse contexto descrito não está de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada, fazendo-se necessário promover uma atuação renovada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A pesquisa teve como objetivo formular uma função reguladora da inovação por meio da aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência. Para tanto, a investigação teve caráter interdisciplinar, envolvendo, especialmente, conhecimentos do Direito e da Economia. Foi realizada uma análise de casos julgados pelas autoridades da concorrência brasileira e europeias, versando sobre a proteção da inovação e de direitos de propriedade intelectual. Em face disso, a análise comparativa com a experiência europeia permitiu constatar que os aportes da Economia Industrial contemporânea podem introduzir análises econômicas mais realistas, sem perder de vista a segurança jurídica na intervenção concorrencial. Assim, infere-se que o CADE apresenta competências constitucionais e legais para intervir, de maneira renovada, em casos que envolvam a indústria de alta tecnologia, priorizando estruturas econômicas mais inclusivas e reduzindo as elevadas barreiras a entrada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência. Inovação. Propriedade Intelectual. Heranças do subdesenvolvimento. Indústria de alta tecnologia.

RÉSUMÉ

La promotion de l'innovation est une valeur pour différents pays. À cette fin, ils font usage de diverses techniques juridiques pour inciter les entreprises à viser et à générer de nouveaux produits, services ou technologies. Au Brésil, la propriété intellectuelle est considérée comme une des institutions juridiques les plus aptes à préserver l'intérêt des entreprises à continuer à innover. Cependant, la période suivant l'accord ADPIC a révélé que la propriété intellectuelle a failli à sa tâche de consolider de modèle de développement par l'innovation dans le pays. Cette frustration n'est un phénomène limité au Brésil, comme nous le percevons en évaluant d'autres économies héritières du sous-développement. Au lieu d'une ample diffusion technologique, nous observons le renforcement d'une espèce de « cartel de la connaissance », avec une influence mondiale. La surprotection des droits de propriété intellectuelle s'ajoute au discours de la réduction de l'intervention concurrentielle, découlant de l'influence de l'École de Chicago. La thèse part du présupposé que ce contexte décrit n'est pas en accord avec l'idéologie constitutionnellement adoptée au Brésil, nécessitant de promouvoir une action renouvelée du Conseil Administratif de Défense Économique (CADE). La présente recherche a pour objectif de formuler une fonction régulatrice de l'innovation par l'application du droit brésilien de la concurrence. L'enquête a eu un caractère interdisciplinaire, impliquant plus particulièrement des connaissances du droit et de l'économie. Nous avons conduit une analyse des jugements rendus par les autorités de la concurrence brésilienne et européennes relatifs à la protection de l'innovation et des droits de propriété intellectuelle. L'analyse comparative avec l'expérience européenne a permis de constater que les apports de l'économie industrielle contemporaine peuvent introduire des analyses économiques plus réalistes, sans perdre de vue la sécurité juridique dans l'intervention concurrentielle. Ainsi, nous comprenons que le CADE présente des compétences constitutionnelles et légales pour intervenir, de façon renouvelée, dans des cas impliquant l'industrie de haute technologie, en privilégiant les structures économiques plus inclusives et en réduisant les barrières à l'entrée des marchés.

MOTS-CLES : Droit de la concurrence. Innovation. Propriété intellectuelle. Héritages du sous-développement. Industrie de haute technologie.

ABSTRACT

The promotion of innovation is a value widely pursued by the most different countries, which implement various legal techniques to ensure the necessary incentives for companies that succeed in generating new products, services and technologies. In Brazil, intellectual property is considered one of the most suitable legal institutes to better preserve the interest of companies in continuing to innovate. However, the period following Brazil's accession to the TRIPS Agreement revealed that it did not meet the expectations of consolidating the innovation development model in the country. This frustration is not a phenomenon restricted to Brazil, as one can perceive in evaluating other economies with inheritances of underdevelopment. In lieu of a broad technological diffusion, what was observed is the consolidation of a "knowledge cartel," with global influence. The "overprotection" of intellectual property rights is added to the narrative of a reduction in competitive intervention, resulting from the influence of the Chicago School. Thus, this thesis assumes that the context previously described is not in accordance with the constitutionally adopted ideology, making it necessary to promote a renewed action of the Brazilian Administrative Council of Economic Defense (CADE, in Portuguese). The research aimed to formulate a regulatory function of innovation by means of the Brazilian Competition Law mechanisms. The research had an interdisciplinary character, involving, especially, knowledge of Law and Economy. An analysis of cases judged by Brazilian and European competition authorities on the protection of innovation and intellectual property rights was carried out. The comparative analysis with the European experience showed that the contributions of the contemporary industrial economy can introduce more realistic economic analyzes, without losing sight of the legal security in the competitive intervention. Thus, it is understood that CADE has constitutional and legal powers to intervene, in a renewed way, in cases involving the high technology industry, prioritizing more inclusive economic structures and reducing high barriers to entry in the markets in question.

Keywords: Competition Law. Innovation. Intellectual Property. Inheritance of underdevelopment. High technology industry.

SUMÁRIO EXPANDIDO

SUMÁRIO.....	10
INTRODUÇÃO.....	12
§1 Direito, inovação e desigualdade social: interpretação a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	16
§2 Direito Brasileiro da Concorrência no contexto de superdominância na indústria de alta tecnologia	20
§3 Diálogos com a experiência europeia.....	26
§4 Delimitação do objeto de estudo.....	30

PRIMEIRA PARTE

INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

CAPÍTULO 1. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL	37
1.1 Dependência tecnológica enquanto herança do subdesenvolvimento econômico ...	38
<i>1.1.1 Industrialização periférica no Brasil</i>	<i>39</i>
1.1.1.1 Estado como promotor direto do desenvolvimento: 1930-1964	40
1.1.1.2 Crescimento econômico nos governos autoritários: 1964-1985.....	45
1.1.1.3 Redemocratização e a ideologia constitucionalmente adotada: 1985 aos dias atuais	48
<i>1.1.2 Indústria de alta tecnologia brasileira no comércio internacional contemporâneo</i>	<i>54</i>
1.1.2.1 Política industrial no setor de informática.....	55
1.1.2.2 Política industrial no setor farmacêutico	59
1.1.2.3 Dinâmica contemporânea do comércio internacional de alta tecnologia.....	61
1.2 Desdobramentos do Direito Internacional da Propriedade Intelectual no Brasil...	63
<i>1.2.1 Hegemonia privatista dos direitos de propriedade intelectual.....</i>	<i>64</i>
1.2.1.1 Proteção internacional da propriedade intelectual no contexto Pós-TRIPS.....	65
1.2.1.2 Desdobramentos do Acordo TRIPS no direito interno brasileiro.....	68
<i>1.2.2 Retorno à perspectiva publicista dos direitos de propriedade intelectual</i>	<i>73</i>
1.2.2.1 Agenda da OMPI para o desenvolvimento e o retorno às origens do TRIPS	74
1.2.2.2 Desenvolvimento via inovação no direito interno brasileiro.....	77
CAPÍTULO 2. COMPETÊNCIA DO CADE PARA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO.....	82
2.1 Trajetória do Direito Brasileiro da Concorrência	83
<i>2.1.1 Disputa pelo conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência.....</i>	<i>83</i>

2.1.1.1 Surgimento e aplicação difusa do Direito da Concorrência: 1930-1964	85
2.1.1.2 Papel secundário do Direito da Concorrência nos governos autoritários: 1964-1985	88
2.1.1.3 Ressignificação do Direito da Concorrência pós-redemocratização: 1985 aos dias atuais	91
2.1.2 <i>Reforma do Sistema Brasileiro da Concorrência de 2011</i>	96
2.1.2.1 Debates legislativos.....	97
2.1.2.2 Mudanças institucionais	100
2.1.2.3 Mudanças materiais e processuais	102
2.2 Possibilidades de proteção da inovação pelo CADE	104
2.2.1 <i>Aplicabilidade</i>	105
2.2.1.1 Sujeitos.....	106
2.2.1.2 Objeto.....	107
2.2.2 <i>Aplicação para proteção da inovação</i>	110
2.2.2.1 Controle das condutas	110
2.2.2.2 Controle das estruturas.....	113
CAPÍTULO 3. DECISÕES DO CADE SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	119
3.1 Controle de estruturas acerca de direitos de propriedade intelectual	120
3.1.1 <i>Direitos de propriedade intelectual em fusões e aquisições</i>	120
3.1.1.1 Caso Kolynos.....	121
3.1.1.2 Saga Ambev.....	124
3.1.1.3 Caso Brfoods	129
3.1.2 <i>Acordos sobre direitos de propriedade intelectual com efeitos anticompetitivos</i> ..	132
3.1.2.1 Caso Monsanto/Syngenta	133
3.1.2.2 Caso Monsanto Intacta RR2 POTM	136
3.1.2.3 Caso Blu-ray	138
3.2 Controle de condutas referentes aos direitos de propriedade intelectual	140
3.2.1 <i>Instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual</i>	141
3.2.1.1 Caso White Martins	142
3.2.1.2 Caso Phillips-DVD	146
3.2.2 <i>Abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais</i>	153
3.2.2.1 Caso dos Tacógrafos	154
3.2.2.2 Caso Box 3 (Shop time)	155
3.2.2.3 Caso Eli Lilly.....	156

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PRIMEIRA PARTE.....	163

SEGUNDA PARTE

PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

CAPÍTULO 4. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DOS ACORDOS.....	167
4.1 Metodologia geral dos acordos.....	168
4.1.1 <i>Qualificação de acordo</i>	169
4.1.1.1 Colusão.....	169
4.1.1.2 Restrição de concorrência	172
4.1.2 <i>Ponderação no sentido do art. 101, no parágrafo 3º</i>	177
4.1.2.1 Isenção por categoria.....	177
4.1.2.2 Isenção individual.....	181
4.1.3 <i>Aportes do modelo europeu</i>	184
4.1.3.1 Repartição do ônus da prova	184
4.1.3.2 Cooperação enquadrada	185
4.2 Acordos previstos em regulamento de isenção por categoria.....	186
4.2.1 <i>Acordos de pesquisa e desenvolvimento</i>	186
4.2.1.1 Campo de aplicação	187
4.2.1.2 Regime de isenção	189
4.2.2 <i>Acordos de transferência de tecnologia</i>	192
4.2.2.1 Campo de aplicação	193
4.2.2.2 Regime de isenção	194
4.2.3 <i>Contribuições das Orientações da Comissão de 2014</i>	195
4.2.3.1 Acordos de reagrupamento de tecnologias (pools de patentes).....	196
4.2.3.2 Acordos de resolução de conflito.....	199
4.3 Acordos de normalização.....	200
4.3.1 <i>Desafios de ordem concorrencial</i>	200
4.3.1.1 Definição dos acordos de normalização.....	201
4.3.1.2 Riscos de patent hold-up ou reverse patent hold-up	202
4.3.2 <i>Zona de segurança</i>	204
4.3.2.1 Empresas envolvidas.....	204
4.3.2.2 Compromisso FRAND.....	205
CAPÍTULO 5. PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO NO DOMÍNIO DAS PRÁTICAS UNILATERAIS.....	208
5.1 Recusa de contratação enquanto entrave à interoperabilidade.....	209

5.1.1 Metodologia geral do art. 102, do TFUE	209
5.1.1.1 Contornos da modernização de 2009	210
5.1.1.2 Dominação do mercado e caracterização do abuso	211
5.1.2 Caso Microsoft	213
5.1.2.1 Limitação do desenvolvimento técnico	214
5.1.2.2 Quadro de análise	216
5.2 Extensão da posição dominante a um mercado conexo	221
5.2.1 Venda casada por integração tecnológica	222
5.2.1.1 Quadro de análise	223
5.2.1.2 Proteção da inovação	227
5.2.2 Encerramento do mercado por autopreferência abusiva	228
5.2.2.1 Caso Google Shopping	229
5.2.2.2 Caso Google-Android	236
5.3 Descontos de fidelização para prolongar o monopólio	237
5.3.1 Decisão da Comissão	238
5.3.1.1 Dois abusos de posição dominante	238
5.3.1.2 Quadro de análise	240
5.3.2 Aportes do Tribunal	242
5.3.2.1 Comparação entre as decisões	242
5.3.2.2 Críticas à decisão	245
CAPÍTULO 6. PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO PELA IDENTIFICAÇÃO DE ABUSOS ATÍPICOS	248
6.1 Instrumentalização das regras de direitos de propriedade intelectual	249
6.1.1 Caso AstraZeneca	249
6.1.1.1 Técnicas jurídicas de promoção da inovação	250
6.1.1.2 Aplicação do Direito da Concorrência	251
6.1.2 Caso Servier	254
6.1.2.1 Aquisição abusiva de tecnologia	255
6.1.2.2 Aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE	255
6.2 Negociação abusiva de licenças FRAND	257
6.2.1 Quadro de análise	258
6.2.1.1 Patentes essenciais, concorrência e ação de contrafação	258
6.2.1.2 Quadros de análise distintos	260
6.2.2 Peculiaridades da abordagem do Tribunal de Justiça	263
6.2.2.1 Imprecisão da associação jurisprudencial	263

6.2.2.2 Aplicação do conceito de boa-fé.....	265
6.3 Depreciação dos concorrentes.....	266
6.3.1 <i>Quadro de análise</i>	267
6.3.1.1 Estratégia contra os genéricos	267
6.3.1.2 Fundamentação jurídica	268
6.3.2 <i>Contribuição da Autoridade da Concorrência francesa</i>	269
6.3.2.1 Proteção da inovação pelo Direito da Concorrência.....	270
6.3.2.2 Convergência entre concorrência desleal e Direito da Concorrência	270
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA SEGUNDA PARTE.....	273

TERCEIRA PARTE

POR UM DIREITO BRASILEIRO DA CONCORRÊNCIA QUE PROTEJA A INOVAÇÃO

CAPÍTULO 7. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO CADE	278
7.1 Concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico.....	279
7.1.1 <i>Contribuições do Movimento Pós-Chicago</i>	280
7.1.1.1 Origem da Nova Economia Industrial.....	280
7.1.1.2 Crítica ao padrão normativo ortodoxo	281
7.1.2 <i>Contribuições da Economia da Inovação</i>	284
7.1.2.1 Origem da Economia da Inovação	285
7.1.2.2 Crítica ao equilíbrio estático.....	287
7.2 Obtenção dos lucros da inovação e concorrência: perspectiva microeconômica ..	289
7.2.1 <i>Empresas e custos de transação</i>	290
7.2.1.1 Origem e desenvolvimento teórico	291
7.2.1.2 Aplicação no Direito da Concorrência.....	292
7.2.2 <i>Teoria heterodoxa da empresa</i>	294
7.2.2.1 Recursos, coerência e inovação	295
7.2.2.2 Aplicação no Direito da Concorrência.....	297
CAPÍTULO 8. CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA	302
8.1 Manutenção dos estímulos à inovação	303
8.1.1 <i>Promoção da interoperabilidade</i>	303
8.1.1.1 Experiência brasileira.....	304
8.1.1.2 Aportes do modelo europeu.....	307
8.1.2 <i>Avaliação da alavancagem em mercado conexo</i>	309
8.1.2.1 Experiência brasileira.....	310

8.1.2.2 Aportes do modelo europeu.....	313
8.2 Utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.....	318
8.2.1 <i>Punição por instrumentalização do sistema de patentes.....</i>	319
8.2.1.1 Experiência brasileira.....	319
8.2.1.2 Contribuição do modelo europeu.....	320
8.2.2 <i>Proibição da depreciação dos concorrentes</i>	322
8.2.2.1 Experiência brasileira.....	323
8.2.2.2 Aportes do modelo europeu.....	326
CAPÍTULO 9. DESAFIOS DO CADE NA REGULAÇÃO DA INOVAÇÃO.....	330
9.1 Desafios semânticos da noção de regulação da inovação pelo CADE	331
9.1.1 <i>Imprecisões da oposição entre as noções de regulação e concorrência no Brasil</i>	331
9.1.1.1 Distorções decorrentes dos conflitos entre tradições	332
9.1.1.2 Harmonização a partir do desenvolvimento da experiência brasileira	337
9.1.2 <i>Regulação da inovação pelo CADE</i>	341
9.1.2.1 Proposta de conceito	341
9.1.2.2 Regulação do desequilíbrio concorrencial	345
9.2 Desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE	349
9.2.1 <i>Utilização renovada dos remédios concorrenciais</i>	350
9.2.1.1 Consensualidade administrativa	350
9.2.1.2 Licenças obrigatórias de direitos de propriedade intelectual	353
9.2.2 <i>Dinâmica institucional entre CADE e INPI.....</i>	356
9.2.2.1 Insuficiência do INPI enquanto regulador da propriedade intelectual.....	357
9.2.2.2 Convergência necessária entre CADE e INPI	359
CONSIDERAÇÕES FINAIS DA TERCEIRA PARTE.....	364
CONCLUSÃO.....	365
REFERÊNCIAS	375
RESUMO.....	421
RÉSUMÉ	422
ABSTRACT.....	423
SUMÁRIO EXPANDIDO.....	424