Proteção da inovação pelo Direito da Concorrência

PABLO LEURQUIN

EXPERT EDITORA DIGITAL

CAPES

UFMG

Ao refletir sobre a relação entre o Direito da Concorrência e as heranças do subdesenvolvimento no Brasil, Pablo Leurquin apresenta a importância da função reguladora da inovação exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A abordagem interdisciplinar do livro permite uma reflexão revisitada sobre a aplicação desse ramo do Direito, proporcionando, ao leitor, uma visão crítica da adoção reiterada de teorias ortodoxas descontextualizadas com a cultura jurídica, econômica e política do país. Por essa razão, as reflexões apresentadas na obra transbordam o campo da dogmática jurídica, na medida em que contribuem para repensar a formulação e a aplicação do Direito em países, como o Brasil, dependentes economicamente.

ISBN 978-65-89904-24-3

EXPERT
EDITORA DIGITAL

CAPES

UFMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Capa: Vítor Bezerra
Diagramação Daniel Carvalho
Revisão: Andréia Braz
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Leurquin, Pablo
Proteção da inovação pelo Direito da Concorrência / Pablo Leurquin.– Editora Expert - Belo Horizonte - 2021.
1. Direito 2. Direito econômico 3. Direito da concorrência
4. Propriedade intelectual I.Título
CDU 34:33
ISBN: 978-65-89904-24-3

Esta contratação esta sendo custeada por recursos do PROEX 1218/2019 Proc. 23038.018994/2019-15 / Programa de Excelência Acadêmica/ Custeio.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Pablo Leurquin

Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Federal de Minas Gerais, em cotutela. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora – campus Governador Valadares.

PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Belo Horizonte
Editora Expert
2021

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

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

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	*Department of Justice*

EMR	Direitos de Exclusividade na Comercialização (*Exclusive Marketing Rights*)
ETSI	*European Telecomunication Standards Institute*
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 (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development*)
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*)
ZFM	Zona Franca de Manaus

Sumário

Agradecimentos 18
Apresentação 20
Prefácio 22
Introdução 24
§1 Direito, inovação e desigualdade social: interpretação a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 30
§2 Direito Brasileiro da Concorrência no contexto de superdominância na indústria de alta tecnologia..... 35
§3 Diálogos com a experiência europeia 42
§4 Delimitação do objeto de estudo 48

Primeira parte
Inovação, propriedade intelectual e Direito da Concorrência no Brasil

Capítulo 1: Proteção da inovação pela propriedade intelectual no Brasil 55
1.1 Dependência tecnológica enquanto herança do subdesenvolvimento econômico 56
1.1.1 Industrialização periférica no Brasil..... 57
1.1.1.1 Estado como promotor direto do desenvolvimento: 1930-1964 59
1.1.1.2 Crescimento econômico nos governos autoritários: 1964-1985 65

1.1.1.3 Redemocratização e a ideologia constitucionalmente adotada: 1985 aos dias atuais..... 70
1.1.2 Indústria de alta tecnologia brasileira no comércio internacional contemporâneo..... 76
1.1.2.1 Política industrial no setor de informática 77
1.1.2.2 Política industrial no setor farmacêutico 82
1.1.2.3 Dinâmica contemporânea do comércio internacional de alta tecnologia 85
1.2 Desdobramentos do Direito Internacional da Propriedade Intelectual no Brasil 88
1.2.1 Hegemonia privatista dos direitos de propriedade intelectual 90
1.2.1.1 Proteção internacional da propriedade intelectual no contexto pós-TRIPS..... 91
1.2.1.2 Desdobramentos do Acordo TRIPS no direito interno brasileiro 95
1.2.2 Retorno à perspectiva publicista dos direitos de propriedade intelectual 101
1.2.2.1 Agenda da OMPI para o desenvolvimento e o retorno às origens do TRIPS 102
1.2.2.2 Desenvolvimento via inovação no direito interno brasileiro 106

CAPÍTULO 2: COMPETÊNCIA DO CADE PARA PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO 111
2.1 Trajetória do Direito Brasileiro da Concorrência ... 112
2.1.1 Disputa pelo conteúdo do Direito Brasileiro da Concorrência ..... .113

2.1.1.1 Surgimento e aplicação difusa do Direito da Concorrência: 1930-1964 115
2.1.1.2 Papel secundário do Direito da Concorrência nos governos autoritários: 1964-1985 120
2.1.1.3 Ressignificação do Direito da Concorrência pós-redemocratização: 1985 aos dias atuais 122
2.1.2 Reforma do Sistema Brasileiro da Concorrência de 2011.129
2.1.2.1 Debates legislativos 131
2.1.2.2 Mudanças institucionais 135
2.1.2.3 Mudanças materiais e processuais 137
2.2 Possibilidades de proteção da inovação pelo CADE.. 140
2.2.1 Aplicabilidade 141
2.2.1.1 Sujeitos 142
2.2.1.2 Objeto 144
2.2.2 Aplicação para proteção da inovação 147
2.2.2.1 Controle das condutas 148
2.2.2.2 Controle de estruturas 152

CAPÍTULO 3: DECISÕES DO CADE SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL 160
3.1 Controle de estruturas acerca de direitos de propriedade intelectual..... 161
3.1.1 Direitos de propriedade intelectual em fusões e aquisições..... 162
3.1.1.1 Caso Kolynos 163
3.1.1.2 Saga Ambev 166
3.1.1.3 Caso Brfoods 173

3.1.2 Acordos sobre direitos de propriedade intelectual com efeitos anticompetitivos 178
3.1.2.1 Caso Monsanto/Syngenta 179
3.1.2.2 Caso Monsanto Intacta RR2 POTM 182
3.1.2.3 Caso Blu-ray 186
3.2 Controle de condutas referentes aos direitos de propriedade intelectual 188
3.2.1 Instrumentalização dos direitos de propriedade intelectual 190
3.2.1.1 Caso White Martins 190
3.2.1.2 Caso Phillips-DVD 195
3.2.1.3 Caso ANFAPE 198
3.2.2 Abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. 205
3.2.2.1 Caso dos tacógrafos 206
3.2.2.2 Caso Box 3 (Shop time) 208
3.2.2.3 Caso Eli Lilly 209
Considerações finais da primeira parte 218

Segunda parte
Por um Direito da Concorrência que proteja a inovação

Capítulo 4: Fundamentos teóricos da proteção da inovação pelo CADE 223
4.1 Concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico 224
4.1.1 Contribuições do Movimento Pós-Chicago *225*
4.1.1.1 Origem da Nova Economia Industrial 226

4.1.1.2 Crítica ao padrão normativo ortodoxo 227
4.1.2 Contribuições da Economia da Inovação 231
4.1.2.1 Origem da Economia da Inovação 232
4.1.2.2 Crítica ao equilíbrio estático 235
4.2 Obtenção dos lucros da inovação e concorrência: perspectiva microeconômica 238
4.2.1 Empresas e custos de transação 239
4.2.1.1 Origem e desenvolvimento teórico 240
4.2.1.2 Aplicação no Direito da Concorrência 242
4.2.2 Teoria heterodoxa da empresa 244
4.2.2.1 Recursos, coerência e inovação 245
4.2.2.2 Aplicação no Direito da Concorrência 249

CAPÍTULO 5: CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA 254
5.1 Manutenção dos estímulos à inovação 255
5.1.1 Promoção da interoperabilidade 256
5.1.1.1 Experiência brasileira 257
5.1.1.2 Aportes do modelo da União Europeia 260
5.1.2 Avaliação da alavancagem em mercado conexo 263
5.1.2.1 Experiência brasileira 264
5.1.2.2 Aportes do modelo da União Europeia 269
5.2 Utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual 277
5.2.1 Punição por instrumentalização do sistema de patentes 278
5.2.1.1 Experiência brasileira 278
5.2.1.2 Aportes do modelo da União Europeia 279
5.2.2 Proibição da depreciação dos concorrentes 283

5.2.2.1 Experiência brasileira 283
5.2.2.2 Aportes do modelo da União Europeia..... 288

Capítulo 6: Desafios do CADE na regulação da inovação 292
6.1 Desafios semânticos da noção de regulação da inovação pelo CADE..... 293
6.1.1 Imprecisões da oposição entre as noções de regulação e concorrência no Brasil..... 294
6.1.1.1 Distorções decorrentes dos conflitos entre tradições..... 295
6.1.1.2 Harmonização a partir do desenvolvimento da experiência brasileira..... 301
6.1.2 Regulação da inovação pelo CADE 306
6.1.2.1 Proposta de conceito..... 307
6.1.2.2 Regulação do desequilíbrio concorrencial 312
6.2 Desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE..... 318
6.2.1 Utilização renovada dos remédios concorrenciais..... 319
6.2.1.1 Consensualidade administrativa 319
6.2.1.2 Licenças compulsórias de direitos de propriedade intelectual 323
6.2.2 Dinâmica institucional entre o CADE e o INPI 327
6.2.2.1 Insuficiência do INPI enquanto regulador da propriedade intelectual 328
6.2.2.2 Convergência necessária entre o CADE e o INPI332

Considerações finais da segunda parte 337
Conclusão 338
Referências 350

Agradecimentos

Este livro é fruto das pesquisas realizadas durante o Doutorado que cursei na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em cotutela. Entendo que escrever uma tese é como tecer a manhã, como sugere João Cabral de Melo Neto, impossível de se fazer sozinho, pois exige diálogo e interlocução para as tomadas de decisões. Por essa razão, quero agradecer, 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.

À professora Misabel de Abreu Machado Derzi, pela disponibilidade e pelas essenciais contribuições acadêmicas, ao longo do Doutorado e na banca de defesa da tese, que me permitiram estabelecer novos diálogos com o Direito Público brasileiro. Aos demais arguentes, professora Maria Isabel Viana de Oliveira Vaz, professora Anne-Sophie Choné e professor Tristan Azzi, pelos valiosos apontamentos realizados durante a defesa da tese.

Ao professor Fabrício Bertini Pasquot Polido, do qual fui estagiário docente, por ter me influenciado no aprofundamento das reflexões sobre 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 CEDEPLAR/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 renovarem 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 e Marlus Alves, pela amizade e pelo suporte sempre dedicado.

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.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Ministério da Educação, por financiar minhas pesquisas.

Por fim, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, por permitir a publicação deste livro, por meio do Edital de fomento institucional para publicação de livros científicos seriados do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFMG, Edital nº 01/2021/PPGD/UFMG.

Apresentação

O desafio de escrever uma tese em cotutela foi uma experiência singular e bastante enriquecedora na minha vida acadêmica. Isso decorre de algo que só ficou mais claro durante o processo de escrita, mas que pode ser sintetizado na seguinte frase: as expectativas criadas em torno de uma tese na tradição francesa não equivalem àquelas na tradição brasileira.

Sobre o modelo francês, posso pontuar algumas peculiaridades como, por exemplo: a forma de dividir uma tese de direito em duas partes; a centralidade da análise jurisprudencial; a necessidade de abordar todos os textos acadêmicos publicados sobre os temas tratados na pesquisa; e a divisão das referências por fontes.

Sobre o modelo brasileiro, em especial, sobre a tradição da UFMG de pesquisas em Direito Econômico, o que me chama mais atenção é a relevância da interdisciplinariedade. Essa característica permite ampliar os horizontes de abordagens metodológicas, viabilizando uma leitura do objeto de pesquisa jurídico a partir de provocativas interfaces com a política, a história e, principalmente, a economia.

Busquei redigir uma tese que contemplasse o diálogo entre essas duas tradições. O resultado foram dois textos, a versão completa, em português, "Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia", e a versão resumida, em francês, "Protection de l'innovation par le Droit brésilien de la concurrence et dialogue avec le Droit de l'Union européenne".

O presente livro, entretanto, não é igual ao texto que apresentei na minha defesa de tese. Realizei algumas modificações para deixá-lo mais conciso e mais coerente com a proposta editorial que me foi feita. Em síntese, retirei os três capítulos que tratavam mais detidamente do Direito da Concorrência da União Europeia. Ressalto que essa mudança não prejudica o desenvolvimento dos argumentos, mas, caso a leitora ou o leitor tenha interesse em se aprofundar no modelo europeu, eu os convido a retomar a tese original ou os artigos que já publiquei sobre o assunto.

Por fim, espero que a leitura da obra ofereça aos juristas e aos economistas, teóricos ou que trabalham com a prática do Direito da Concorrência, possibilidades de repensar a relação entre esse ramo do Direito e a proteção da inovação. Boa leitura!

O Autor

Prefácio

O presente livro é resultado de uma intensa atividade de pesquisa doutoral, realizada pelo Professor Pablo Leurquin, a qual eu tive a honra de orientar, em parceria com a Professora Catherine Prieto, eu no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG) e ela na *École Doctorale de Droit de la Sorbonne*. A tese de doutoramento foi escrita originalmente em português e em francês; defendida e aprovada por uma banca composta também pela Professora Misabel Derzi, pela Professora Izabel Vaz, pela Professora Anne-Sophie Choné e pelo Professor Tristan Azzi. Pela exigência que requer uma pesquisa doutoral, desenvolvida no contexto de um convênio de cotutela, e pelo perfil do pesquisador, já se justificaria a menção "*Très Honorable avec Félicitations du Jury*" recebida pela banca. Tais motivos explicam o fato de essa pesquisa não ter sido acomodada apenas no nível da excelência.

Ao observá-lo em interação na coordenação do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE-UFMG), na colaboração com seus colegas (na UFMG e na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) e com o próprio PPGD-UFMG, vê-se que o referido pesquisador tem o dom de congregar, elevando o nível e aprofundando os debates.

Nesta obra, ele trata da intrincada relação entre Direito da Concorrência e Proteção da Inovação com robustez ímpar na academia jurídica brasileira.

Para que as contribuições sejam adequadas à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiros, na primeira parte do livro, Pablo Leurquin propõe uma revisão histórica do tratamento jurídico da proteção da propriedade intelectual no país, buscando compreendê-lo a partir das peculiaridades de uma industrialização periférica. Aponta também determinados problemas decorrentes de uma *concepção privatista hegemônica* da propriedade intelectual. Em especial, ele indica que o processo de inovação não é resultado natural da mera proteção conferida pela propriedade intelectual.

Em seguida, apresenta resultados dos estudos sobre o sistema de proteção da concorrência, no Brasil, e suas interfaces com a proteção

da inovação. Analisa, com profundidade, decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), envolvendo propriedade intelectual.

Na segunda parte do livro, dedica-se ao apontamento dos fundamentos teóricos da proteção da inovação pelo CADE, indicando contributos da jurisprudência europeia. Essa construção leva ao que se deve identificar, necessariamente, como uma função reguladora da inovação exercida pela autoridade da concorrência.

O autor também explora a ideia da concorrência como desequilíbrio dinâmico, refutando a hipótese ortodoxa por sua imprecisão. E, a partir dessa "destruição criativa" da perspectiva ortodoxa, ele propõe a adoção de intervenções estatais voltadas à manutenção do elemento dinâmico do mercado, que é o processo contínuo de inovação.

Nesse contexto, o pesquisador apresenta suas conclusões, indicando que o CADE deve atuar regulando a inovação tanto no controle de estruturas, enquadrando adequadamente acordos de cooperação para inovação, quanto no controle de condutas, sancionando adequadamente estratégias que sejam obstáculo à inovação.

A presente obra do Professor Pablo Leurquin apresenta-se como uma importante contribuição para a difícil interface Concorrência/Inovação que ele explora. Ela também é capaz de contribuir, para os mais atentos, no debate acerca das funções do Direito, em especial como instrumento de promoção do Desenvolvimento.

Portanto, este livro é capaz de ir muito além de uma simples provocação, porque não se limita a apresentar questionamentos. Esta obra leva a marca de excelência do autor, apontando com elegância e firmeza científica alguns caminhos que nem sempre estiveram suficientemente claros.

Fabiano Teodoro Lara
Professor Associado de Direito
Econômico da Faculdade de Direito
da UFMG

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, apoiado na acumulação, é o processo de modificações no sistema de produção e nas estruturas sociais[1]. 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. Coloca-se a inovação, nesse contexto, como um importante elemento capaz de conduzir a acumulação à promoção do desenvolvimento econômico[2].

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 livro, para fazer referência 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". Essa expressão também permite se afastar da oposição clássica entre economias de "centro" e de "periferia", a qual não permite compreender com precisão a realidade contemporânea.

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,

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 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.

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, que remodelam o capitalismo global, influenciando sobremaneira os países com heranças do subdesenvolvimento[3]. 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. Dessa forma, entende-se que a relação entre esses dois temas deve ocorrer a partir do conceito de Sistema Nacional de Inovação (SNI). Essa noção, em uma perspectiva ampla, significa a rede de instituições de atores do setor público e privado que 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 próprias[4].

Sendo assim, percebe-se que a ideia de um SNI, como ferramenta analítica, não deve ser vislumbrada enquanto oposição ao fenômeno da globalização[5]. Daí, faz-se necessário elucidar que a associação da globalização econômica a imagens de um mundo sem fronteiras, no

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 (org.). *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 (org.). *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 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".

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.

O Brasil é uma possível representação da incoerência dessa narrativa, 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 aconteceram em outro sentido[6]. O resultado dessa conjunção teórico-política foi a desindustrialização e desnacionalização da estrutura produtiva, principalmente nas indústrias de alta tecnologia[7]. A instalação de filiais de empresas multinacionais no Brasil cumpriu papel primordial nesse contexto, visto que suas atividades tecnológicas se resumem a adaptações e melhorias de produtos e processos já existentes. A internacionalização da estrutura brasileira representou, ainda, 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, que 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

6 CASSOIOLATO, 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, p. 192 e s., jul./dez. 2015.

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, p. 414, jul./dez. 2014.

é elemento fundamental na economia contemporânea. Assim, a intensificação da globalização qualifica a ideia de SNI, mas não a invalida[8].

A noção de *catch-up* insere-se no contexto descrito acima, uma vez que significa a apropriação de conhecimentos já consolidados pelos líderes tecnológicos. Ela é considerada fundamental no desenvolvimento dos países com heranças do subdesenvolvimento[9]. Esse processo demanda, desses 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.

O presente trabalho não tem pretensão de 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 pesquisa realizada. Todavia, este livro propõe analisar as contribuições do Direito da Concorrência para a consolidação de estruturas econômicas mais conducentes ao processo contínuo de inovação, fundamental para a superação das heranças do subdesenvolvimento no Brasil.

Assim posicionado, 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

8 SZAPIRO, Marina; MATTOS, Marcelo; CASSIOLATO, José E. Sistemas de inovação e desenvolvimento. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves, ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (org.). *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. CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: UNESP, 2004. p. 38 e s.

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, os desafios, quanto à segurança e à previsibilidade jurídica, não podem ser perdidos de vista. 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. Esses 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 complementaridade ou oposição. Compreende-se, todavia, que essas interpretações costumam não responder às complexas necessidades econômicas e jurídicas do Brasil do século XXI.

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 constitucionais[10]. 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 a uma interpretação puramente dogmática, mas 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 Direito[11].

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 este livro da hipótese neoestruturalista[12]. Em outros termos, deduz-se que o comportamento econômico é definido pelas formas de distribuição de poder e renda, que 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 deste livro: 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 do presente livro (§4).

10 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 232 e s.; 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, p. 677-799, jul./dez. 2017.

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

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

§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 da superação das heranças do subdesenvolvimento. Nesse sentido, as normas jurídicas, que tratam sobre a política econômica – o Direito Econômico[13] –, oferecem técnicas para a organização do processo econômico capitalista[14]. Ademais, esse ramo do Direito também pode ser compreendido como instrumento de influência e transformação da economia, vinculando-se a objetivos sociais ou coletivos constitucionalmente definidos[15]. 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

13 COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico [1965]. *In*: COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaios 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.

15 BERCOVICI, Gilberto. Comentário: o direito como instrumento da política econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 923, p. 4, set. 2012.

que transformou finalidades sociais e econômicas em jurídicas, garantindo a unidade teleológica do desenvolvimento brasileiro e de todo o ordenamento constitucional[16].

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. O referido dispositivo elenca os seguintes princípios da ordem econômica: 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 desigualdades regionais e sociais; VIII – busca de pleno emprego; e IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte[17]. 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 efetividade[18].

Ainda sobre a ideologia constitucionalmente adotada, importa destacar que a Emenda Constitucional n. 85, de 2015, aprovada durante o Governo Dilma Rousseff, 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 que o Estado tem obrigação de promover e incentivar. Além disso, ficou estabelecido 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 soma-se ao art. 219, o qual estabelece que "o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a

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

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,* Brasília, v. 37, n. 145, p. 97, jan./mar. 2000.

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 norteada pela busca da autonomia tecnológica, voltada à consolidação do mercado interno.

Conforme reiterado, 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. Destaca-se também 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 provisórias[19].

Sabe-se que inúmeros instrumentos jurídicos podem ser utilizados para a redução das desigualdades[20]. 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 a 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 da desigualdade do país[21].

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 à 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. R*evista Jurídica da Presidência,* v. 16, n. 108, p. 39-64, fev./maio 2014. 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, 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

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 aumento da produtividade da força de trabalho, que ocorre fundamentalmente pelo rebaixamento dos salários reais ou pelos ganhos de escalas decorrentes das concentrações econômicas. Frisa-se que, no Brasil e em outras economias com heranças do subdesenvolvimento, esse fenômeno só é possível pelo alto grau de monopolização dos referidos mercados nacionais[22].

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 de matérias-primas. Portanto, entende-se que a ausência de uma indústria desenvolvida e com suficiente autonomia tecnológica contribui para a dependência econômica em relação 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, ainda, 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

disso, a análise do referido teórico identifica o longo período de escravidão no Brasil como elemento fundamental para compreender a pobreza e a 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.

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

subdesenvolvimento[23]. 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, essa articulação deve voltar-se à redução das desigualdades e à inserção proveitosa do Brasil no processo de globalização. 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 um sistema nacional de inovação. Isto determina a competitividade sistêmica da indústria e impulsiona o desenvolvimento econômico[24].

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 população[25]. 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.

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

24 SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Política industrial e desenvolvimento, *Revista de Economia Política,* v. 26, n. 2 (102), p. 165, 2006.

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

§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 dogmático (grifo nosso)[26].

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 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

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

desenvolvimento das estruturas econômicas do país. Esse tipo de análise coloca obrigatoriamente em evidência o papel das empresas multinacionais 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, 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 tecnológica[27].

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 uso[28]. Os benefícios

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

28 CASTELLS, Manuel. 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. (v. 1, a sociedade em rede). p. 69.

de empresas como Google, Apple, Facebook e Amazon, 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.

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 monopólios[29]. 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 decorrente dessa exclusividade.

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, essas inovações ocorreram sempre por outras empresas, o que coloca em questão a máxima segundo a qual os monopolistas sempre serão bons inovadores[30].

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 *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) foi caracterizado pelo reforço de legislações mais protetivas de direitos de propriedade intelectual, essencialmente

29 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, 2013. p. 108-109.

em países com heranças do subdesenvolvimento, como o Brasil[31]. 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 privilégios[32]. Além disso, também se constata que essas empresas costumam tentar manter, artificialmente, seu poder de mercado por meio de estratégias anticompetitivas.

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 o único objetivo de prolongar ilicitamente a sua exclusividade. 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 que existe um crescimento incontestável

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. (ed.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 19.

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. Paris: Lexis Nexis Litec, 2010. p. 315-317. (Coleção IRPI, n. 36).

de utilização de direitos de propriedade intelectual com finalidade anticoncorrencial.

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 determinado recurso deve permitir o acesso a seus concorrentes, bem como averiguar se esse recurso é indispensável a estes para o exercício de sua atividade[34].

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 ocorreu no julgado do caso Microsoft[35]. 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 estadunidense e implica um elemento de natureza tangível, enquanto 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, aproximando-se da análise das autoridades europeias.

Além dessas observações, as constatações feitas permitem lançar um novo olhar sobre diversas indústrias, principalmente a farmacêutica e a de tecnologias de informação e comunicação. O ponto em comum entre esses setores é a verificação de que determinadas

34 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.

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.

Refletir sobre a relação entre inovação e Direito da Concorrência no Brasil significa 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 para 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 intelectual[36]. As licenças *open source* podem prever, em certos casos, uma licença de patentes não exclusivas, mundial, gratuita, perpétua, e, às vezes, podem 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 constitui apenas

36 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*, Lexis Nexis, 2013. p. 208 e s. (Coll. Du CEIPI, n. 61).

a precisão do acesso ao código-fonte, ela representa, igualmente, um modelo sobre as condições ofertadas ao licenciado[37].

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 concorrentes[38]. Portanto, a gestão contemporânea da política de propriedade intelectual gera distorções das mais diferentes naturezas, entre as quais estão 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, 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

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, p. 47, 2007.

38 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, p. 1115, 2006.

vista a potencialidade dos danos à concorrência dinâmica[39]. Essa interpretação alinha-se ao que sustenta 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 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 (grifo nosso). [40]

Essa visão se contrapõe à experiência do CADE, que se encontra muito restringida ao combate a cartéis. Importa frisar que esse 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, que podem ser explicadas historicamente ao se recorrer a noções como cultura e

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

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

tradição[41]. 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 livro não tem como pretensão ser uma obra de 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 que um trabalho de Direito Comparado exigiria uma comparação com, pelo menos, duas tradições distintas, conforme elucida Thierry Rambaud[42].

Essas duas observações não impedem uma análise da experiência europeia acerca da aplicação do Direito da Concorrência na proteção do processo contínuo de inovação. Destaca-se que a proposta comparativa se aproxima à perspectiva culturalista, sustentada por Pierre Legrand, na medida em que privilegia um estudo

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.

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

interdisciplinar do direito positivo, identificando suas características e o desenvolvimento de seu sentido[43]. 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 um 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 artigo, é de competência da União Europeia adotar "as medidas 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 tratam 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, considerando-se que o Direito tem especial relevância na definição das suas condições de existência, na sua proteção e no seu fortalecimento.

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.

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 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 geral[44]. 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 concorrenciais[45].

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[46]. 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)[47].

A articulação entre essas três características permite estabelecer as aproximações que garantem a viabilidade do diálogo entre os dois modelos. Faz-se necessário compreender ainda que a modernização mais recente do Direito da Concorrência da União Europeia incorporou alguns aportes da Economia Industrial contemporânea. Esse movimento 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.

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

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

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

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

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 sobre a abusividade de estratégias comerciais e de exercício de direitos de propriedade intelectual, muitas vezes vistos como inofensivos ou como parte da própria dinâmica concorrencial. 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.

A originalidade dessa experiência só pode ser compreendida se ela for comparada sucintamente com a norte-americana. Convém pôr em relevo que a disputa entre o modelo europeu e o 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, especialmente sob a influência da Escola de Chicago[48], 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 inovações[49].

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, 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, p. 117, 2007.

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 1970[50]. Além disso, 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 inovação[51]. 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 significativas contribuições para a compreensão do objeto de estudo, notadamente com os casos Dow/Dupont e Monsanto/Bayer[52]. 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 presente trabalho, portanto, não pretende reconstruir toda a aplicação do Direito Brasileiro da Concorrência. O que se busca

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, p. 1-2, 2008.

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.

52 COMISSÃO EUROPEIA. *Case M. 7932*. Commission decision of 27.3.2017, declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA: agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont). 27 mar. 2017; COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.805*. Commission decision of 11.4.2018 amending commitments, (Case M.8084 – Bayer/Monsanto). 11 abr. 2018; e COMISSÃO EUROPEIA. Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF. *Communiqué de presse*, 30 abr. 2018.

é contribuir para o reposicionamento do papel da proteção da inovação na aplicação das referidas normas, permitindo reforçar a relevância do CADE na superação de determinadas heranças do subdesenvolvimento. 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 do livro 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 1 Panthéon-Sorbonne*. Essa peculiaridade influenciou a concepção desta obra 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 Martins[53], que tratou dos limites da autarquia para intervir em casos de preços abusivos, mas também

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.

de sua competência para avaliar o exercício de direitos de propriedade intelectual[54].

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, contribuiu igualmente para a reformulação do objeto de estudo.

Dessa 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, levou ao segundo recorte da pesquisa. Nesse momento, o objetivo era *analisar as práticas unilaterais anticoncorrenciais decorrentes do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual*. 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 que 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

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

decisões europeia e norte-americana do caso Microsoft[55], influenciou a reconfiguração do objeto de estudo.

Assim, a terceira e última mudança permitiu estabelecer *a proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência* como objeto de reflexão. Portanto, este estudo não se limitou 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 vista que outros remédios concorrenciais também têm sido utilizados para a implementação da intervenção concorrencial.

Isso posto, este livro se propõe a contribuir para uma atuação renovada do CADE, a partir da identificação de uma função reguladora da inovação. Com base nesse 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 trabalho foi dividido em duas partes, a saber: "Primeira Parte – Inovação, propriedade intelectual e Direito da Concorrência no Brasil"; "Segunda Parte – Por um Direito Brasileiro da Concorrência que proteja a inovação".

A primeira parte deste livro 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,

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

"Competência do CADE para proteção da inovação", analisam-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 tema[56].

A segunda parte tem como objetivo delinear uma função reguladora da inovação exercida pelo CADE. No Capítulo 4, "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 5, "Contribuições do Direito da Concorrência da União Europeia", elucidam-se quais aportes precisos dessa experiência podem orientar uma renovada atuação do CADE no que diz respeito à proteção da inovação. No Capítulo 6, "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.

56 A sistematização das decisões do CADE sobre direitos de propriedade intelectual se deu, inicialmente, a partir da análise do relatório do CEDIN e da 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; analisam-se as diferentes atribuições das legislações concorrenciais brasileiras, colocando em evidência suas competências contemporâneas para a proteção da inovação. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência*: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015. Por fim, as demais atualizações dos casos ocorreram na base de dados de casos no site do próprio CADE.

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 que desafiam o jurista brasileiro quando esse tipo de problema é analisado. Esse contexto se soma à coexistência das técnicas clássicas de estímulo à inovação, como a propriedade intelectual, mas também dos 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. Propõe-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 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 políticas 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.

Cumpre frisar que o discurso expansionista dos direitos de propriedade intelectual em países tecnologicamente dependentes 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, conforme será explanado 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, como será apresentado 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, que serão abordados no Capítulo 3.

Capítulo 1

Proteção da inovação pela propriedade intelectual no Brasil

A propriedade intelectual é considerada uma das principais técnicas jurídicas para a promoção da inovação. O argumento clássico se desenvolve a partir da possibilidade de o titular da propriedade intelectual resgatar os investimentos realizados. Em síntese, a exclusividade na comercialização da 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. O segundo é a percepção da redefinição das relações econômicas mundiais decorrentes da intensificação do processo de globalização. 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 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 livro, como instrumento para incentivar a inovação, e essa perspectiva afasta uma análise puramente formal-dogmática. Além disso, ela permite 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 mundial[57]. 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

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

sobre políticas públicas formuladas nos países da América Latina[58]. 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. Nesta seção, analisam-se inicialmente as origens da dependência tecnológica, ressaltando as características e os desafios da industrialização no Brasil (1.1.1). Em seguida, apresentam-se as políticas de investimento 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 numa época de grande efervescência política e cultural. No plano teórico,

58 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.

o período de 1930 a 1964 é considerado como um dos mais ricos em termos de criatividade na interpretação do Brasil e na construção de novas narrativas para o país. A questão da soberania nacional e as discussões sobre as identidades brasileiras eram pautas bastante relevantes no debate público[59]. 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

59 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 Mafaltti 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 país, notadamente após a Primeira Guerra Mundial. AJZENBERG, Elza. A Semana de Arte Moderna de 1922. *Revista Cultura e Extensão,* v. 7, p. 25 e s., 2012. O discurso nacionalista da Semana de 22 se ancorava na pretensão de parte da elite paulistana, que patrocinou o movimento e tinha planos de transformar o seu estado no "berço de um futuro racial, industrial e econômico". A intenção 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, p. 376-391, 2015.

cresceu como desdobramento da maior eficiência das empresas participantes do processo de industrialização[60].

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, norteando também a formulação e adoção de várias técnicas jurídicas voltadas à promoção da inovação.

Não é proposta deste livro 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). O segundo é de 1964 a 1985, marcado pela forte presença do Estado na Economia, mas sob outras bases ideológicas (1.1.1.2). O terceiro é de 1985 até os dias atuais, a partir do processo de redemocratização e da redefinição da ideologia constitucionalmente adotada (1.1.1.3).

1.1.1.1 Estado como promotor direto do desenvolvimento: 1930-1964

Algumas iniciativas ainda da época do Império foram fundamentais à industrialização brasileira. 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 VI[61]. Cumpre frisar que essa é a quinta mais antiga legislação de patentes do mundo, visto que as mais antigas são da República de

60 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.

61 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.

Veneza (1474), da Inglaterra (1623), dos Estados Unidos (1790) e da França (1791)[62].

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, 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 educação[63].

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

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

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

> criação das condições institucionais para a expansão das atividades ligadas ao mercado interno[64].

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 crédito e subvenções públicas para o desenvolvimento da indústria nacional[65]. 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 bens-salário, que precisava ser abastecido por outras fontes que não o artesanato e a manufatura existentes[66].

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.

64 OLIVEIRA, Francisco de. Crítica à razão dualista (1972). *In*: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 35.

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

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

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 acabados[67].

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 Prebisch[68] e o brasileiro Celso Furtado[69]. A observação da convergência

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

68 Raúl Prebisch foi um economista argentino, considerado como o primeiro pensador econômico latino-americano. Ele influenciou diversos 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. No campo teórico, formulou conceitos importantes como "nova ordem econômica" e "economias de centro e as de periferia", por exemplo. Ver: DOSMAN, Edgar J. *Raul Prebisch (1910-1986):* a construção da América Latina e do terceiro mundo. Tradução Teresa Dias Carneiro e César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado, 2011.

69 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 e da ampliação 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 a elaboração 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 sobre as questões econômicas, articulando a preocupação com a dependência cultural em suas análises, como pode ser percebido no livro *Criatividade e dependência na civili-*

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-periferia[70]. Esse órgão contribuiu com o 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 dependência[71].

Ao longo das décadas de 1950 e 1960, o pensamento cepalino-estruturalista defendeu a intensificação da industrialização como o caminho para a superação da condição de subdesenvolvido. Nesse

zação 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 therory of economic development in the 1950s. *History of Political Economy*, 42(2), 2010.

70 "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.

71 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, p. 186-195, 2016.

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 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. Esta, por sua vez, era influenciada sobretudo pela indução externa e não pelas inovações introduzidas no processo produtivo[72]. 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 natureza[73]. Em outras palavras, ele levou o Brasil a reduzir a 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 tecnológica[74].

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

73 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.

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

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 1964[75].

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 Goulart[76]. Os governos foram conduzidos por diferentes generais do exército: Castello Branco (1964-1967), Costa e Silva (1967-1969),

75 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. 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 governou até 1954, quando se suicidou. 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.

76 No centro da plataforma política de João Goulart (Jango), 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, São Paulo, n. 27, 2014.

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 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 greves[77].

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 "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 1971[78].

A tese do "estagnacionismo" se mostrou equivocada com o crescimento econômico de 1968 a 1973, denominado de "milagre

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

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

econômico brasileiro". Durante esse período, houve uma taxa média de crescimento do PIB de 10% ao ano[79]. 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 sistema[80]. 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 salários[81].

Foi justamente nessa época em que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) foi criado, por força da Lei n. 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, comparado-se com as demais instituições, foi a preocupação com a normatização da transferência

79 TAVARES, Maria da Conceição (coord.). O papel do BNDE na industrialização do Brasil: os anos dourados do desenvolvimentismo, 1952-1980. *In*: MELO, Hidelte Pereira de; COSTA, Glória Maria Mores da (ed.). *Memórias do desenvolvimento*, ano 4, n. 4, set. 2010. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2007. p. 133.

80 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*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 593. v. 2.

81 SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil*: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 452.

de tecnologia, conforme era disposto no art. 2 do referido documento legal[82]. A criação do INPI está inserida, portanto, em um contexto no qual a política econômica do país está voltada à atração de investimentos estrangeiros de empresas multinacionais, que precisavam ter suas patentes validadas também no Brasil.

Cumpre 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,

82 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.

> tutela cultural e autoritarismo político se completam e reforçam mutuamente[83].

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 agravamento da crise econômica, somado aos movimentos de oposição e às disputas internas nas Forças Armadas, enfraqueceu a manutenção dos governos autoritários no poder[84].

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 brasileiro[85].

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

83 FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial* [1978]. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 162.

84 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.

85 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.

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 dúbio 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 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 eleitoral[86], e o vencedor dessa disputa

86 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 "Coman-

foi Tancredo Neves, que faleceu antes de tomar posse, assumindo a presidência o seu vice, José Sarney. 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 Mello 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 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 público[87].

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

do Supremo da Revolução", que também determinou a suspensão de direitos políticos daqueles que eram contra o regime por dez anos e a suspensão da Constituição da República de 1946 por seis meses.

87 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.

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 Constituição[88]. Entende-se que 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, também estabelece 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 Constituição da República), a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (artigos 173 e 174 da Constituição da República)[89].

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

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

89 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 14. 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.

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 econômicas[90]. 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*[91]. 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

90 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. Brasília: IPEA, 2009.

91 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.

> social. Revelam, assim, um compromisso apenas entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações de justiça social[92].

Cumpre destacar, 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 país[93]. 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 de 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 interno.

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

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

93 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.

evidência 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 país[94]. 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 subdesenvolvimento[95]. 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 permite vislumbrar o mercado interno como um bem tutelado pelo Estado brasileiro. Além disso, identifica-se 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

94 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.

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. Brasília: IPEA, 2009. p. 275. v. 1.

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.

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 tecnologia[96]. 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 exemplo[97]. As dificuldades de se desenvolver uma indústria de alta tecnologia brasileira contribuíram para reforçar

96 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 (org.). *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.

97 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, p. 414, jul./dez. 2014.

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 os 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).

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 deveriam 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 desenvolvimento[98].

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 da ZFM, normalmente representado 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 industrialização[99].

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

98 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.

99 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., p. 138 e s., jul. 2015.

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 desta[100]. 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 norma[101].

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

100 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 em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009. p. 148 e s.

101 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., p. 139, jul. 2015.

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 produtiva[102].

Após a mencionada 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 pesquisa[103].

---

102 SALLES FILHO, Sérgio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUM, 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., p. 196, jul. 2012.

103 SALLES FILHO, Sérgio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUM, Camila; CAMPOS, Fabio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de Informática: uma

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 incentivados[104].

análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11, n. esp., p. 213, jul. 2012.

104 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; ZEITOUM, Camila; CAMPOS, Fábio Rocha. Avaliação de impactos da Lei de

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 impede uma 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.

1.1.2.2 Política industrial no setor farmacêutico

O início do desenvolvimento da indústria farmacêutica no Brasil remonta aos anos 1930, momento em 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 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.

Informática: uma análise da política industrial e de incentivo à inovação no setor de TICs brasileiro. *Revista Brasileira de Inovação*, 11., n. esp., p. 215, jul. 2012.

Nesse período, sequer as atividades de produção e comercialização eram realizadas no país, visto que a importação era feita do produto já finalizado[105].

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 passaram a reconhecer a proteção de determinados medicamentos, cuja patente havia sido obtida em países estrangeiros[106]. 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 empresas brasileiras encontravam mais obstáculos para concorrer com as multinacionais[107].

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). Esse 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

105 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.

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

107 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 saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 164-188. jul./out. 2010. 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, p. 181-205, maio/2015.

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.

A 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 genéricos[108].

Apesar do crescimento do setor, é possível constatar o baixo índice de inovações do mercado. Júlia 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 país[109].

108 PROGENÉRICOS. Associação brasileira das indústrias de medicamentos genéricos. *Dados do mercado.* 2017.

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

Não é objetivo do presente trabalho promover maiores reflexões sobre quais estratégias de política industrial o Brasil deve adotar para desenvolver o setor[110]. 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 Brasil[111]. 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 de 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

110 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*, n. 22(8), p. 2559-2569, 2017. 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, p. 31-42, jan.-jun. 2016.

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) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 69.

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 tecnologia[112].

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 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 teoricas clássicas de comércio internacional do século XX se restringem ao 1º e ao 4º grupo. 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 capitas 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.

112 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*, Campinas, 13(2), p. 411, jul./dez. 2014.

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 exportação[113].

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. Portanto, o país carece de um sistema de inovação que viabilize

113 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 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,* Campinas, 13(2), p. 423, jul./dez. 2014.

a internalização de atividades produtivas de alta tecnologia, consoante à demanda dos produtos dessa indústria[114].

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 jurídicas e econômicas

114 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,* Campinas, 13(2), p. 419 e s., jul./dez. 2014.

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 suprir as falhas das antigas normas de Direito Internacional e 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 TRIPS[115] de 1994 é o primeiro tratado que destinou parte específica para a disciplina procedimental da proteção dos direitos de propriedade intelectual[116]. 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 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 (*substraction 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

115 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.

116 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, p. 24, jan./mar. 2011.

que a tendência expansionista e privatista dos direitos de propriedade intelectual gerou graves distorções, especialmente em desfavor dos países tecnologicamente dependentes (*calibration narrative*)[117].

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 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.

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

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 desenvolvidos[118].

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 Controvérsias da OMC, quanto aos tribunais domésticos e regionais[119].

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

119 Sobre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, ver: 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, p. 36, jan./mar. 2011.

O resultado foi uma progressiva, mas intrusiva, convergência entre as normas relativas à propriedade intelectual nos direitos domésticos.

O 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 TRIPS[120].

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

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

flexíveis para enquadramento de sinais com possibilidade de serem registrados como marcas.

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 preexistentes, 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 autor[121].

Esse contexto levou à 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 inovação[122].

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

121 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.

122 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. (ed.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 7.

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 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.

Cumpre 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*)[123].

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 1996[124]. A validação dessa patente no Brasil deveria ocorrer tal como concedida no país de origem, conforme dispõe o texto da Lei:

> 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 (grifo nosso).

123 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.

124 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.

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, permitiram a concessão de proteção patentária a produtos que já se encontravam em domínio público, uma vez que a legislação anterior não os considerava patentáveis[125].

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 exemplo[126]. 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, 340 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, 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 no tratamento contra HIV/AIDS, outros que são utilizados no tratamento

125 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.

126 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.

de câncer, Alzheimer, Parkinson, esquizofrenia são protegidos por patentes de revalidação[127].

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 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 a promulgação da lei em 1996, a despeito das mudanças presidenciais à época[128]. 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. O agravamento dessa tendência expansionista com a técnica das patentes de revalidação causa 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 tem igualmente interface com a concorrência no mercado de alta tecnologia.

127 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.

128 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.

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 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 competição[129].

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.

129 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.

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 Basso[130]. 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, encontram outro obstáculo no ordenamento jurídico brasileiro. Os EMR só se aplicam às solicitações de patentes em conformidade com o 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 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 2001[131].

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.

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

131 BARBOSA, Denis Borges. *Direitos exclusivos de comercialização:* um instituto inexistente no direito brasileiro. Out./2010, p. 20 e s.

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 a 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 tecnologias[132]. O modelo adotado privilegiou as economias

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

industrializadas com mercado de capitais desenvolvido, não sendo capaz de atrair investimentos a países nos quais o capital é limitado[133].

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 patenteá-los por força de novas legislações inseridas no contexto do TRIPS-Plus[134].

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 a 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

133 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.

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

temporariamente a competição, sem necessariamente avançar no interesse público global em inovação e competição[135].

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-estar[136].

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 promover o retorno às formulações originárias do TRIPS. 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 XX[137]. A proposta da agenda é que a propriedade intelectual esteja a favor da produção e da disseminação de conhecimento,

135 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. (ed.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.19.

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

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

atendendo fins sociais e econômicos, ou seja, que ela retorne aos seus pressupostos de sua criação[138].

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, 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

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

prejuízos ao meio ambiente. O §31 trata das hipóteses que autorizam os membros a decretar 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 para a 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 culturais[139].

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[140].

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

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

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

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 (PTICE) em 2004. A PITCE atuou em três eixos: linhas de ação horizontais (inovação e 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 industralizados (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 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 inovação[141]. Essa mudança no texto da Constituição da República teve origem nos debates sobre o Projeto de Lei n. 2.177/2011, atual Lei n. 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.

141 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.

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 questão[142].

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

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

***

As políticas industriais aplicadas a partir da redemocratização, mais especificamente de inovação, não contribuíram substancialmente para a 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 proteção 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 contribui para 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 específico[143]. Compreendê-lo dessa maneira permite refutar as formulações teóricas que estabelecem objetivos a priori aplicáveis em qualquer país[144]. 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.

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

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

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 nesta 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 1930[145]. 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 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 Brasil[146].

145 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.

146 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. Entretanto, 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 –

A definição apriorística dos objetivos do Direito da Concorrência pode comprometer a clareza e a 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 costuma decorrer da incorporação acrítica de determinados fundamentos da Escola de Chicago[147].

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

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, 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, 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), p. 233-258, ago. 2007.

147 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.

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 concorrência[148]. 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 econômico[149].

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 Nacional[150]. 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 lei[151].

148 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. 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.

149 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.

150 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico.* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 261-262.

151 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 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 concorrencial[152]. 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 por 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 época[153].

---

a instituição do Decreto-lei n. 869, Nelson Hungria declarou que teria sito, 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.

152 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.

153 CABRAL, M. A. M. *Estado, concorrência e economia*: convergência entre antitruste e

O caráter ditatorial do governo de Getúlio Vargas, durante o Estado Novo (1937-1945), contribuiu para as críticas à 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 econômico[154]. 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).

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*[155]. 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 a agosto de 1961) que a tramitação do projeto de lei teve continuação[156].

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

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 do presente livro.

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

155 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.

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

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 sôbre 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 emprêsas, 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. 3º)[157].

Na versão institucional do próprio CADE, foi apenas com essa lei que houve início a defesa da concorrência no Brasil[158]. Essa leitura acaba descredenciando a importância das legislações concorrenciais criadas ao longo da Era Vargas, que foram devidamente aplicadas e

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

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

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 punições[159]. 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 objetivo 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 inocentes[160].

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"[161]. 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

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

160 Para uma análise sucinta do contexto prévio ao Golpe de 1964, ver seção 1.1.1.2.

161 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.

concorrencial (1964-1985), por sua vez, é marcado principalmente pelo interesse em promover uma concentração econômica voltada à industrialização do país.

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 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 tecnocratas[162].

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 teve duração de dois anos (1972-1974). 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

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

com tendência de fusões e de modernas estruturas de produção e de comercialização"[163].

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 renda[164].

Essas definições existentes nos planos econômicos confirmam o papel secundário do CADE na definição da política concorrencial[165]. Em outros termos, o Estado privilegiava fusões e aquisições, bem como investimento estrangeiro direto em mercados incipientes. 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 declínio[166].

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

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

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

166 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

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, a 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 Judiciário[167]. 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.

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. No texto constitucional, há previsão expressa

do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2013. p. 39. Para análise da política de substituição de importações, ver a seção 1.1 do presente livro.

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

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)[168]. 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 a autonomia tecnológica do país[169]. 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 período[170].

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

168 Não é pretensão deste livro apresentar a história dessa norma nas Constituições brasileiras, mas importa destacar que a primeira referência à legislação para repreender 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, p. 192 e s., out./dez. 1991.

169 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. Brasília: IPEA, 2009. p. 275. v. 1.

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

garantiu a reinvindicação de determinados direitos por parte dos consumidores[171].

É apenas com a Lei n. 8.884/1994, durante o Governo Itamar Franco, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é estruturado, provocando uma mudança de paradigma na aplicação das normas de Direito da Concorrência no Brasil[172]. 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 deve especialmente à estabilidade da moeda, consagrada pelo Plano Real[173]. 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 brasileira[174].

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 a 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.

171 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.

172 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, que alterou igualmente alguns pontos da Lei de Defesa da Concorrência de n. 4.137/1962, visando a facilitar a operacionalização do CADE.

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

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

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 Bork[175]. Em apertada síntese, o autor defende que a influência da Escola de Chicago na composição da Suprema Corte permitiu uma melhor 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 neutra[176]. 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.

Mário 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, evidenciando as diferentes matrizes teóricas que influenciaram a aplicação do Direito

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

176 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, Faculdade de Direito de Lisboa, n. 1, v. 1, p. 1715, 2015.

da Concorrência no Brasil antes da lei de 1994[177]. 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 excedentes do produtor e do consumidor), estava deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase autoevidente[178].

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

177 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.

178 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.

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 brasileiros[179].

Cumpre 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 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 concorrencial[180].

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 da lei de 1994, o que garantiu destinação orçamentária própria. Além disso, houve a implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, articulando a atuação do CADE, da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério

179 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.

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

da Fazenda e da 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. Além disso, a referida legislação também 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 1999[181].

Paula Forgioni define quatro grandes progressos decorrentes 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 concorrencial[182].

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 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

181 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.

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

para a limitação do poder econômico no Brasil. Ou seja, a avaliação da experiência do CADE não pode ser reduzida 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 todos os países. No caso dos países com heranças do subdesenvolvimento, a promoção da concorrência deve contribuir para a efetividade das políticas de desenvolvimento[183]. 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 concorrência[184]. 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 utilizado[185].

183 "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*, Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p. 340, jul. dez. 2011.

184 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 se perceber que, apesar das mudanças, houve a manutenção do sentido da legislação de 1994.

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

Essa característica faz parte do fenômeno de "desconstitucionalização do Direito da Concorrência", descrito 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-americana[186].

Essa constatação revela a necessidade de "reaproximação" entre o 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 e, 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 inovação[187]. 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).

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. 11.

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

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).

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:

> 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 como um todo, uma vez que inibem a atividade econômica e drenam recursos que poderiam ser destinados para finalidades produtivas[188].

188 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. 47891.

Salienta-se ainda que existia outro projeto de lei anterior a este em análise. Trata-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 concorrência[189]. 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 patentes[190] (grifo nosso).

Esse excerto do relatório tem importância central no debate sobre a regulação da inovação pelo CADE. A ampliação das possibilida-

189 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)*.

190 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.

des de o 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 e, por conseguinte, o CADE deve intervir nas ocasiões cuja abusividade se configura no campo concorrencial. 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 consideração o contexto contemporâneo da relação entre direitos de propriedade intelectual, legislação concorrencial e inovação[191].

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, Lucia Helena Salgado e Rafael Morais 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 presidenciais[192].

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

191 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 ilício *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.

192 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, p. 33 e s., 2011.

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, 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 a 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 Eugênio[193]. O intuito foi de restringir as competências do órgão, especialmente em uma matéria cujo CADE

193 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 BRASIL. Projeto de Lei n. 6/2009, do Senado, e n. 3937/2004 da Câmara dos Deputados, Relator: Deputado Pedro Eugênio, 2011, p. 44.

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 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 Lucia 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 restruturação 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. 3)[194]. 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

194 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.

(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 quatro 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 cinco anos, sem a possibilidade de recondução[195]. 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

195 A OCDE criticou o antigo dispositivo da lei de 1994 que definia os mandatos de dois 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.

na regulação setorial (art. 19)[196]. Dessa maneira, a SEAE passou a se concentrar nas discussões de marcos regulatórios *ex ante*.

A procuradoria do CADE, que representa o órgão judicial 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 ilícito[197].

196 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, p. 180-202, nov. 2015.

197 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

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).

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". Esse 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 a 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 inovação[198].

---

de Defesa da Concorrência: principais ressalvas às alterações realizadas no Senado. *In*: IPEA, *Radar*: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n. 13, p. 38, 2011.

198 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.* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 9.

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 antitruste[199]. Outra importante inovação da legislação de 2011 foi a instituição da obrigatoriedade da análise prévia dos atos de concentração (*pre-merger review*), uma vez 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 mercado[200].

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 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 "*os dispositivos 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*"[201]. 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

199 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, p. 149 e s., jul./dez. 2012.

200 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.

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

1/3 a 2/3 da penalidade, quando houver confissão da participação da prática e colaboração probatória sobre a prática investigada[202].

Pode-se concluir que a reforma de 2011 alinhou-se 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 de o 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, o processo de inovação pode ser estimulado diretamente pelo Direito da Concorrência, através do exercício de uma função regulatória. Esse sentido da aplicação do referido ramo do Direito deve estar em consonância com as disposições constitucionais e legais da atividade do CADE.

A compreensão revisitada da relação entre o órgão da concorrência e a proteção da inovação parte da reinterpretação

202 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 (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 31-60.

da legislação, da sistematização de suas próprias decisões e das contribuições de experiências estrangeiras, notadamente do Direito da União Europeia. Assim, a dimensão propositiva do presente trabalho, em termos de política da concorrência, insere-se no padrão de Direito da Concorrência em vigor. Portanto, as reflexões propostas neste livro não se fundamentam no alargamento das competências da autoridade concorrencial brasileira.

Cumpre salientar que o quadro de dependência tecnológica não é solucionado apenas pela aplicação da legislação concorrencial, 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, permitem identificar a sua aplicação como uma atividade administrativa. Atrelado a isso, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, em seu art. 1, estabelece que a titularidade dos bens jurídicos protegidos é da coletividade, 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 fruto da visão de parte substancial de concorrencialistas brasileiros, que é muitas vezes descompromissada com a cultura jurídica do país[203].

Cumpre frisar, de antemão, que o art. 2 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. Além disso, o fato de a investigação e o julgamento do CADE serem processos administrativos permite entender que os concorrentes não precisam compor as duas partes do processo. Dessa forma, há um distanciamento da dinâmica do processo civil clássico, mas há uma aproximação do processo penal e do processo civil coletivo[204]. 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.

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. A

203 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.

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

amplitude do referido dispositivo evita as polêmicas existentes em outros ordenamentos jurídicos, como no Direito da União Europeia[205].

Importa destacar que a legislação em análise só incide nas pessoas jurídicas de direito público que exploram a atividade econômica em sentido estrito[206]. 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 privado[207]. De acordo com Paula Forgioni:

> [...] 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 sentido[208].

Dessa feita, a legislação concorrencial deve ser interpretada no sentido de limitar a sua aplicação, no que diz respeito às pessoas de direito público, as que prestam atividade econômica em sentido

205 Para entender a polêmica no Direito da União Europeia, 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, p. 1-12, 2006.

206 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*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

207 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, p. 48, jan./mar. 2008.

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

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 deve ser interpretado como liberdade anárquica, mas social[209]. Portanto, a livre concorrência se encontra inserida em uma ordem pública que considera ilícito o abuso do poder econômico (art. 173, §4º).

209 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros: 2010. p. 216.

O conceito de poder econômico é de difícil delimitação. Todavia, compreende-se que o seu detentor é aquela empresa que pode tomar decisões econômicas de maneira independente, em maior ou menor grau, das pressões concorrenciais[210]. De acordo com Sérgio Varella 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 à 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 demais[211].

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

210 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.

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

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 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 Constituição[212].

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 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, ligados à promoção dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional. Dessa forma, a sua aplicação é um

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

dos meios de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema econômico pela implementação de políticas públicas[213].

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.

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. Esse problema de fonte jurídica 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, é possível compreender que a reestruturação do órgão em 2011 realizou uma progressiva redução da quantidade de análises de atos de concentração e consolidou a centralidade da política de combate aos cartéis, desprivilegiando a análise de outras condutas anticoncorrenciais.

O balanço do CADE em 2016 já permitiu confirmar o contexto mencionado acima. Em 2010, houve a notificação de 691 atos de concentração; já em 2016, apenas 390. Destes, 92% foram aprovados

213 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.

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 leniência[214].

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 da União Europeia se contrapõe à 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 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

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

> 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 necessidade de verificação da posição dominante para se infringir a ordem econômica. Maria Tereza Mello e Mario Luiz Possas entendem que a necessidade de constatação da posição dominante é um 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 agen-

> tes, mas de condições objetivas dos mercados em que atuam[215].

A caracterização da posição dominante é, portanto, etapa fundamental na aplicação do art. 36, além de ser relevante na determinação dos agentes que devem ser responsabilizados e na argumentação quanto à existência de determinadas infrações à ordem econômica[216]. O art. 36, §2º, por sua vez, 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. Já o art. 36, §3º, estabelece um rol não exaustivo de condutas que caracterizam infração à ordem econômica. Cumpre ressaltar, todavia, que 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.

O art. 36 poderá ser aplicado para punir qualquer conduta, unilateral ou não. Essa prática deverá objetivar ou apenas gerar os efeitos previstos pelas possibilidades descritas nos quatro incisos do artigo 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

215 MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. *In*: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaios 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.

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

revela que a real a preocupação do legislador é com as restrições artificiais à concorrência.

O inciso III do referido artigo também guarda algumas polêmicas, suscitadas normalmente pelos concorrencialistas que são mais influenciados pelo *Antitruste Law* norte-americano. Isso porque o inciso citado 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. Entretanto, entende-se que 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, aproxima o modelo brasileiro ao da União Europeia[217].

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 n. 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 tecnológica[218].

A análise do contexto legislativo permite entender que o CADE tem competência para exercer de maneira mais consistente uma política concorrencial voltada a outras condutas anticoncorrenciais, não devendo se restringir ao importante combate a cartéis. Para tanto, faz-se necessário uma reformulação da política concorrencial, que leve

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

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

em consideração as infrações relacionadas à inovação e à 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 de 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.

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 inovadoras[219].

219 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, exercida pela Monsanto, independe dos acordos de exclusividade. Sendo assim, o contrato associativo poderia ser

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 anos[220].

caracterizado sem a existência de acordos de exclusividade.

220 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

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 concentração (art. 88) ao CADE. 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, deverá ser repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração (art. 88, §6, II)[221].

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".

221 Na Lei n. 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.

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 concentração[222]. O CADE prevê a possibilidade de utilizar-se de métodos complementares ou alternativos como a análise contrafactual e simulações.

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

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

> 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 conluio[223].

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 do 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 para o 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.

Paulo Casagrande identificou que os arranjos cooperativos interempresariais têm sido cada vez mais importantes nas estratégias

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

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 país[224].

> 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-

224 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.

-se que o contexto descrito reforça a necessidade de formulação de guia específico para tratar do assunto.

***

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.

Cumpre 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 sempre coerente. 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 deste capítulo é realizar uma sistematização 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 de a Lei n. 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 constatação da forte influência da Escola de Chicago contribuiu na percepção de 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). Frisa-se que a convergência entre dois eixos 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, após a reforma de 1994, a inserção de técnicas contemporâneas da economia da concorrência. Segundo porque as condições de desinvestimento 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 a 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, o CADE passou a utilizar teorias contemporâneas de economia industrial para fundamentar suas decisões. Além disso, esse julgado também 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 1996[225]. 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 do país[226]. 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. 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 negócio[227].

225 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.

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

227 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.

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 se3riam 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 substituibilidade 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 operação[228].

O plenário do CADE decidiu acompanhar a decisão da relatora Lucia 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

228 SALGADO, Lucia 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.

marca Kolynos. A ideia foi vincular a nova marca à antiga, 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 prática[229]. 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 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 Chicago[230]. 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 intervenção[231].

Outra contribuição dessa decisão diz respeito à utilização da consensualidade no processo administrativo, notadamente para o

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

230 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.

231 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.

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.

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, respectivamente[232]. Em 2 de setembro de 1999, as empresas Cia. Antárctica 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 Américas[233].

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

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

233 BRASIL. CADE. *Guia prático do CADE:* a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed., Brasília: CIEE, 2007. p. 45 e s. (Coleção CIEE Especial).

de outubro/novembro de 1999[234].

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 Cuiabá[235]. 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 declínio[236].

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 de 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 setor[237].

Os termos do TCD[238] não foram suficientes para impedir outras práticas anticoncorrenciais. Esse entendimento decorre da análise de três casos envolvendo a Ambev: a condenação pela imposição do

234 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.

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

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

237 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.

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

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 ml 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)[239]. Entre as denúncias, havia a suposta utilização da Antártica como marca de combate, mas essa conduta não foi comprovada pelo CADE[240]. 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 diversos 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 respeito às contrapartidas disfarçadas, que eram embutidas, permitindo a fidelização dos PDVs. Essas contrapartidas não eram exigidas de forma sistemática, pois mudavam, 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

239 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.

240 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.

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).

O CADE entendeu que 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 endossou 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 descontrói 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 dominante[241]. 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 e não havia qualquer evidência de fixação de preços de revenda por parte da Ambev. O relator também não constatou a criação de dificuldades ao estabelecimento no mercado da empresa Molson, a detentora da marca Bavária. 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 ní-

241 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.

> veis 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.

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 ml[242]. 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 Brasil[243].

A questão concorrencial central era saber qual o desdobramento dessa estratégia sobre a parte representada no intercâmbio de garrafas

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

243 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.

de 600 ml. Importa destacar que parte substancial do mercado brasileiro de cerveja utiliza garrafas retornáveis de 600 ml, 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. 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 comple-

> to 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 ml[244].

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 afiambrado; mortadela; salame; frios saudáveis; salsicha; linguiça defumada e paio; margarinas; kit festas aves; e kit festas suínos.

244 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 usufruíssem 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 "litrão". *Valor Econômico*, 23 maio 2012.

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. 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 intangíveis[245].

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

245 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.

> 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 existente[246].

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 de 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 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.

Cumpre destacar que a marca Perdigão deveria ser suspensa por três 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,

246 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.

presunto tender, tender suíno); c) linguiça curada e paio. A Brfoods ainda teve de suspender a marca Perdigão de salames por quatro anos e cinco anos nas lasanhas, pizzas congeladas, kibes e almôndegas e frios saudáveis. A marca Batavo também teve de ficar suspensa por quatro 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 relembrada 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*"[247]. 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 em cada caso, sem qualquer amparo teórico. Na decisão Kolynos, por sua vez, havia amparo na literatura de organização industrial e teve como base dados coletados em audiências públicas com os concorrentes. O segundo

247 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.

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 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 econômico[248].

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 a possibilidade de regulação de direitos de propriedade intelectual, por intermédio da consensualidade no processo administrativo. A recente decisão no caso *Dow* e Dupont, por exemplo, também se insere nessa tradição. Nesta ocasião, foi firmado um 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 milho[249].

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.

248 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, n. 6, p. 8 e s., 2011.

249 BRASIL. CADE. Relatório do conselheiro Paulo Burnier da Silveira no ato de concentração n. 08700.005937/2016-61, 20 set. 2017.

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. Um dos efeitos dessas constatações é o aumento dos custos de produção das inovações e da difusão tecnológica[250].

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 de eles 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 os setores a este 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).

250 Para análise dos impactos do TRIPS-Plus na proteção dos direitos de propriedade intelectual, retomar a seção 1.2.1 deste livro. 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), p. 1134 e s., 2009.

3.1.2.1 Caso Monsanto/Syngenta

A Monsanto do Brasil Ltda., sociedade brasileira, pertencente ao Grupo Monsanto de origem norte-americana e a 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 glifosato[251]. O ato foi submetido ao CADE, em consonância com o 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 nacional[252].

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 problemáticas[253]. A primeira é a "cláusula 2.4", que impedia a Syngenta de "*introduzir, nas cultivares RR desenvolvidas com a 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 multiplicadores[254] que produzam ou comercializem sementes de soja com tolerância ao glifosato que não contenham a tecnologia Monsanto (§ 15 e s.). Apesar

251 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 impacto 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.

252 Cumpre destacar que esses critérios mudaram com a nova lei, conforme se analisou no Capítulo 2.

253 BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Luís Fernando Schuartz no ato de concentração n. 08012.000311/2007-26. *Monsanto e Syngenta*, 9 maio 2007.

254 "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.

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)[255].

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 alternativas[256]. 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

255 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.

256 LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 279.

soja resistentes ao glifosato e não da semente em si. De acordo com o referido voto:

> 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 das 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 casos[257]. 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 conhecia[258]. Todavia, esse entendimento foi alterado com o advento da nova lei e em outro caso envolvendo a Monsanto.

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 PROTM[259]. 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 destas[260]. Essa decisão foi tomada depois de grande debate

257 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.

258 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).

259 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.

260 O caso Monsanto Intacta RR2 POTM foi julgado pela legislação anterior, ou seja, aplicando-se o art. 54, da Lei n. 8.884/94.

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 eram 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 constitui ato de concentração, logo não precisa ser notificado previamente ao CADE. Assim, caberia ao órgão apenas o eventual controle de condutas[261].

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 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,

261 Ver: 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, p. 79 e s., maio 2014.

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 significavam 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 ação 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 definem 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 *a priori*. No entanto, essa decisão reforça a insegurança jurídica nos casos de arranjos entre empresas para projetos de inovação[262].

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

262 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. Há a necessidade de se 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, p. 482 e s., set./dez., 2012.

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 uma tecnologia de disco óptico desenvolvida 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 dados[263].

O objetivo das requerentes foi permitir a reprodução de discos Blu-ray, bem como dos formatos DVD e CD nos mesmos aparelhos. A sua justificativa econômica foi a 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 evitaria 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 retomou as diretrizes estadunidenses e constatou que ele respeita as suas recomendações:

> É o caso da presente operação, que observa todas essas recomendações do Guia americano. Como

263 BRASIL. CADE. Votodo relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração n. 08012.008810/2009-23. *Sony et al.,* 29 jun. 2011.

> 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 concorrencialmente 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 com outras pesquisas realizadas sobre o assunto[264], 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 fundamental para a promoção e difusão tecnológica, mas

264 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.

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 CADE[265]. Experiências estrangeiras

265 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, punível também na esfera penal.

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 oportunamente.

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 anticoncorrenciais[266].

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 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).

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

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 influenciadas 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, 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 de as 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 de 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

denúncia[267]. 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 questão[268].

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 temas com significativa importância: (i) a possiblidade de julgamento de preços excessivos como infrações autônomas e (ii) a definição dos limites da atuação do CADE em direitos de propriedade intelectual.

Autonomia da prática de preços excessivos

A prática de preços abusivos é considerada como uma das mais clássicas na literatura do Direito da Concorrência[269]. 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.

267 BRASIL. CADE. Averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-9. *SINDIMIVA x White Martins e Aga*, 20 ago. 2010.

268 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.

269 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.

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. 8.884/94[270]. 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*"[271].

O referido conselheiro reiterou a incorporação da teoria norte-americana dos erros de tipo I e II, ao afirmar que o perigo de o 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 de política anti-inflacionária, como as extintas SUNAB e CIP. Sobre a

270 "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".

271 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.

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 antitruste[272].

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 certas 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

272 BRASIL. CADE. Voto do conselheiro Ricardo Ruiz na averiguação preliminar n. 08012.000295/1998-92. *SINDIMIVA x White Martins e Aga.*, p. 255, 7 abr. 2010.

exemplificativos, portanto, não seria ilegal uma condenação por preços abusivos na legislação atual[273]. 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.

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 o conselheiro, entre os desdobramentos provenientes dessa situação, está uma necessária atenção das autoridades antitruste às práticas envolvendo esses direitos, entre as quais estariam os preços abusivos (p. 231). Além disso, ele 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

273 Para análise mais detida sobre as mudanças trazidas pela reforma legislativa de 2011, ver seção 2.1.2 do presente livro.

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 anterior[274]. 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 2011[275].

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 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

274 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: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, n. 13, p. 33-40, 2011.

275 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 do livro, mas no Capítulo 6 será melhor apresentada.

argumentos que merecem análise mais detida, pois vão na contramão de outras decisões envolvendo propriedade intelectual no Brasil[276].

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.

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 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

276 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.

> 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 direitos de propriedade intelectual no Brasil não precisam ser resolvidos a partir dessa teoria. Ao discorrer sobre a possiblidade 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 sentindo de limitar esse direito seria, no mínimo, bastante questionável* (p. 15, grifo nosso).

Nos dois excertos do voto do relator, há o reforço de uma concepção exclusivamente 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 divergem 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).

Essa decisão do CADE aproximou o órgão novamente a uma perspectiva estadunidense, sobretudo a partir da influência da Escola de Chicago, de controle de condutas 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)[277]. 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 Superintendência-Geral do CADE, de 2016, seguiu a lógica do voto do então conselheiro do CADE Carlos Ragazzo, para a instauração do processo administrativo em 2010[278]. 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 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

277 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.

278 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.

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 períodos[279].

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 esse 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 falência, causando grande desemprego (§ 381). Todavia, a proposta de condenação também coloca a possibilidade de abuso de direito de petição com

279 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.

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 o seu entendimento sobre a importância do INPI na formulação da politica 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 e 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 intelectual[280].

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 com o 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 adotada[281].

280 BERCOVICI, Gilberto. Defesa da Concorrência e Proteção à Propriedade Intelecual – 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.

281 Para uma análise mais detida sobre os desdobramentos do TRIPS-Plus no direito interno brasileiro, ver seção 1.2.1 do presente livro.

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 intelectual[282]. O resgate dessas contribuições permite entender a importandcia da 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 atual.

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. A despeito dos argumentos suscitados, o CADE entendeu que o caso deveria ser arquivado.

Decisão do CADE

No inicio 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 registro[283].

282 Ver: OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intelectual property relations: revisiting twenty-one yeats 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, p. 2356-2360, 2009. REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), p. 1134 e s., 2009.

283 BRASIL. CADE. Voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia

A decisão foi no sentido de afirmar que a mudança do "microssistema de propriedade intelectual" seria de responsabilidade do legislador, no caso de esse 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 países[284]. Entretanto, há importante polêmica acerca do remédio concorrencial sugerido pela 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

no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. et al.* 14 fev. 2018, § 261 e 262.

284 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, p. 119 e s., maio 2017.

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 com o 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, consequentemente, 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. A primeira trata do caso dos tacógrafos, que inaugurou o debate sobre a possibilidade de incorporação da teoria norte-americana do *sham litigation* (3.2.2.1). A segunda versa sobre Box 3 (3.2.2.2) e a terceira aborda as práticas da Eli Lilly (3.2.2.3).

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 judicial 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 mercado[285].

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

285 BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484\2005-51. *Siemens x Seva,* 9 dez. 2009, p. 32.

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 maioria[286].

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 postergar a entrada de um produto substituto com tecnologia distinta. Para tanto, ela explorou o conflito normativo e regulatório a fim de constranger a atuação da SEVA. A má-fé da Siemes era reforçada pelo fato de determinados produtos seus incorrerem no mesmo suposto erro dos produtos da concorrente[287]. 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 pela 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 anticoncorrenciais[288]. A relevância dessa decisão é o início do debate sobre a necessidade da incorporação da teoria norte-americana do *sham litigation* no ordenamento jurídico brasileiro[289].

286 BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Fernando Furlan no processo administrativo n. 08012.004484\2005-51. *Siemens x Seva,* 7 jul. 2010.

287 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.

288 Constata-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.

289 A avaliação do direito de petição com efeitos concorrenciais, nos EUA, decorre da

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 autoral[290]. Sobre essa questão, o relator posicionou-se da seguinte maneira:

> 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 concorrencial[291].

---

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, p. 147 e s., maio 2017.

290 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.

291 BRASIL. CADE. Voto do relator conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no processo administrativo n. 08012.004283/2000-40. *Comissão de Defesa do Consumidor, Meio*

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 televendas, 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 seiscentos 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 o INPI e a 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.

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 relatora[292]. Devido à complexidade do caso, utiliza-se o voto da referida conselheira para retomar sucintamente o histórico dos processos judiciais. O intuito é 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 nucleosídio 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 a entrada em vigor, ou seja, 1º de janeiro de 1996; e (ii) em consonância com o 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)[293]. 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.).

292 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.

293 Para maiores detalhes sobre as patentes de revalidação no Brasil, ver seção 1.2.1.

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 Decreto Legislativo n. 30/94 e da promulgação do Decreto 1.355/94; e (iii) o acordo TRIPs prevê a proteção patentária do referido invento[294].

Apenas com o julgamento de ação rescisória em 30 de junho de 2011 foi 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) anos[295].

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 do 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 para o fortalecimento institucional do órgão.

---

294 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.

295 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.

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 nucleosídio enriquecido com beta-anômero" e passou a tratar de "processo para preparar um nucleosídio enriquecido com beta-anômero *e composto*" (patente de processo e de produto)[296].

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. O intuito 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

296 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.

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 TRIPs[297]. 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 perdurou até o dia 7 de março de 2008, quando foi suspensa pelo STJ. Essa 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

297 Para análise mais detida sobre o direito de exclusividade na comercialização (EMR), ver seção 1.2.1.2.

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 de a 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)[298].

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 analisadas: plausibilidade das ações, veracidade das informações fornecidas e proporcionalidade dos meios utilizados (§ 214). Conforme elucida 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 medi-

298 Nos dois pregões realizados pela Secretaria de Saúde de São Paulo para a aquisição da gencitabina, foram adquiridas 6000 caixas, e a vencedora na segunda situação foi a Sandoz.

da em que o TRIPs só admite a concessão de EMR para patentes de produto e não de processo (§ 280).

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 relativas ao 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 Lilly[299].

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 enganosidade 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 garantir prestação a seu favor. Isso configura o desvio de finalidade do direito e, de acordo com o ordenamento

299 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).

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 comportamento[300].

300 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, adotar medidas para que elas não voltem a acontecer e a contribuir com 1,7 millhão 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 contribui 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 de o 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 o 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

Por um Direito 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 com o Direito brasileiro.

Dessa 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. Afinal, 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 segunda parte do livro 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 4, 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 5, serão sistematizadas as contribuições da aplicação do 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 6, 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 4

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 econômico e jurídico 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 costumam tratar 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.

O objetivo deste capítulo é contribuir na fundamentação teórica da aplicação do Direito da Concorrência para a proteção da inovação no Brasil. Assim, o primeiro eixo da construção teórica parte da concorrência enquanto processo de desequilíbrio dinâmico, colocando em evidência a fragilidade do argumento recorrentemente utilizado da "concorrência perfeita" (4.1). Por sua vez, o segundo eixo da construção teórica parte das contribuições microeconômicas

heterodoxas da empresa para a proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência (4.2).

4.1 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 marginal[301]. Frisa-se que essa descrição é a forma mais simplista de descrever o referido conceito, comum em muitos manuais, mas existem sofisticações analíticas mais profundas[302].

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

301 POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 246.

302 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, Bernanrd; GzN, Ozgur. Concurrence parfaite (modele de la). *Dictionnaire d'analyse économique:* microéconomie, macroéconomie, monnai, finance, etc. 4. ed. Paris: La Découverte, 2015. p. 91 e s.

> 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 alegação[303].

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" [304]. Essa interpretação foi divulgada com grande intensidade pela Escola de Chicago, que contribuiu com a hegemonia da narrativa, segundo a qual as 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 esse ramo da Economia são apresentados a partir das contribuições do Movimento Pós-Chicago (4.1.1) e, em seguida, a partir dos teóricos da Economia da Inovação (4.1.2).

4.1.1 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

303 NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica*. Tradução Cláudia Heller. Campinas: Unicamp, 2005. p. 24.

304 Ver: LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência:* comentários à legislação antitruste. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

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 à do seu antecessor, Bush[305]. Entretanto, suas contribuições não se restringem à experiência norte-americana, uma vez que o próprio Direito da União Europeia dialoga 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 (4.1.1.1) e o resgate desse percurso teórico é fundamental para compreender os seus aportes ao debate sobre políticas concorrenciais contemporâneas (4.1.1.2).

4.1.1.1 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 Harvard de "Estrutura-Conduta-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 2008[306].

305 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*, p. 1611-1665, 2010. Ver, também: DAUDRET-JOHN, Frédérique; SOUTY, François. Quelle politique de concurrence pour l'Administration Obama? *Concurrences*, n. 1, p. 74-79, 2009.

306 TIROLE, Jean. Market *Failures and Public Policy*. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014, p. 508.

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. 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. Por conseguinte, as autoridades concorrenciais de vários países passaram a restringir sua atuação a um reduzido combate a cartéis. 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.

4.1.1.2 Crítica ao padrão normativo ortodoxo

O desdobramento imediato da influência do Movimento Pós-Chicago, no que diz respeito à política concorrencial, foi um olhar renovado para os abusos de posição dominante[307]. Em síntese, a

307 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 de Christine Varney para a *Antitrust Division* do DOJ, ambos com experiência em fusões e práticas anticompetitivas. POLI, Eleonora. *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy.* New York: Palgrave Macmillan, 2015. p. 106.

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. Herbert Hovenkamp ancora-se nessa constatação para destacar que os fundamentos da Escola de Chicago ignoraram os elevados custos de mudança (*swtching costs*) e de informação; a durabilidade variada dos produtos; e a potencialidade anticompetitiva do próprio mercado[308].

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 a 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 concorrência[309]. Outra contribuição 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 barganha[310].

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

308 HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. *In*: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERG, Roger Van den (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law.* Cheltenham (UK) e Northampton (USA): Edward Elgar, 2002. p. 3-7.

309 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.

310 SALOP, Steven; SHAPIRO, Carl. Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundation of Post-Chicago Antitrust Economics. *Antitrust,* v. 29, n. 2, p. 80, 2015.

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 serviços[311].

Esse padrão normativo foi estruturado teoricamente por Robert Bork, especialmente em seu livro *The antitrust paradox*, de 1978, que 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.

O movimento Pós-Chicago ofereceu uma releitura do parâmetro traçado por Robert Bork. 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 consumidores[312]. Nesse sentido, Jean Tirole reforça a importância de o regulador restringir o poder de mercado para beneficiar os consumidores. Com isso, o economista francês lança um olhar crítico sobre os efeitos econômicos de negociações bilaterais no mercado a jusante, por exemplo. Igualmente, ele reforça a necessidade de as autoridades concorrenciais se preocuparem com os acordos verticais, dada a potencialidade de

311 FOX, Eleanor. Against Goals. *Fordham Law Review,* v. 81, p. 2159, 2013.

312 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) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 68 e s.

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 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 inovação[313].

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 ignorada pelas perspectivas ortodoxas. Enfim, eles recuperam a confiança no Estado enquanto agente essencial para promover a concorrência.

313 TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014, p. 511 e s.

A incorporação de determinados pressupostos do movimento Pós-Chicago contribuiu 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, faz-se necessário aprofundar-se na crítica às interpretações ortodoxas da concorrência e apresentar os aportes da Economia da Inovação sobre o assunto.

4.1.2 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 empresas[314]. 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 a 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 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

314 HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de mercado e inovação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 91.

> 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 global[315].

A progressiva sofisticação teórica da Economia da Inovação permite reavaliar a relação entre inovação, concorrência e desenvolvimento (4.1.2.1). 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 (4.1.2.2).

4.1.2.1 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. A dimensão ativa é criação de novos produtos, processos e espaços econômicos, inovação lato sensu. Já a passiva é o ajustamento, no sentido de se adaptar às mudanças decorrentes da dimensão ativa. Assim, 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 mercado[316]. De acordo com Joseph Schumpeter:

315 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 (org.). *Economia da ciência, tecnologia e inovação:* fundamentos teóricos e a economia global. Curitiba: Prismas, 2017. p. 52.

316 POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Instituto de Economia da UFRJ*, jan./2009, p. 2.

> 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 [...][317].

A concorrência passou a ser compreendida como a competição entre empresas por meio de inovações, com o intuito de se diferenciarem das demais para alcançar lucros monopolistas ou extraordinários[318]. Portanto, a concorrência é um processo de interação entre empresas que estão voltadas à apropriação de lucros, ou seja, à valorização dos ativos de capital[319]. Entre as críticas levantadas contra Joseph Schumpeter, 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 aprofundaram a analogia entre o

317 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 nouveau type d'organisation[...]". SCHUMPETER, J. *Capitalisme, Socialisme et démocratie.* Trad. Gael Fain. Paris: Payot, 1954. p. 166.

318 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 31, 2013.

319 POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 248.

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 Econômico[320].

Portanto, a interface com a biologia evolucionária deve ser vista enquanto analogia e não como a sustentação de um darwinismo universal[321]. O paralelo deve-se restringir às possibilidades da comparação, e isso é útil para perceber determinadas falhas da teoria ortodoxa. Entre as principais críticas, elaboradas pelos autores filiados a essa tradição, está a negação do pressuposto ortodoxo de equilíbrio concorrencial.

320 NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica*. Trad. Cláudia Heller. Campinas: Unicamp, 2005. p. 28.

321 POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 68, 2008.

4.1.2.2 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 competitivas[322].

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, consequentemente, 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

322 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 34, 2005.

> 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 transação[323].

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 rotinas, trajetórias e paradigmas tecnológicos[324]. 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 confunde 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 rotinas[325].

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

323 POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org..) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 249.

324 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 35, 2005.

325 NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. *Uma teoria evolucionária da mudança econômica*. Tradução Cláudia Heller. Campinas: Unicamp. 2005. p. 162.

elas é preocupar-se com os seus produtos, suas tecnologias, suas participações e a concentração do mercado[326].

O paradigma tecnológico, por sua vez, é um padrão de solução de problemas técnico-econômicos específicos 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 delas[327]. Ademais, as possibilidades diversificadas de rotinas são garantidas pelas diferentes percepções do ambiente e podem ser traduzidas por estratégias de inovação ou defensivas[328].

O reconhecimento da importância das construções teóricas neoschumpeterianas às críticas ortodoxas deve ser acompanhado pela constatação de seus limites. Nessa esteira, não se pode esquecer 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 Schumpeter não deve ser interpretada no sentido de permitir a concentração do mercado, por si só. Na realidade, entende-se que as ideias schumpeterianas devem ser adotadas como uma perspectiva descritiva mais realista da dinâmica do capitalismo[329].

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

326 POSSAS, Mario Luiz. Concorrência schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 248.

327 DOSI, Giovanni. Source, Procedures and Microeconomic Effets of Innovation. *Journal of Economic Literature,* v. XXVI, p. 1127, set. 1988.

328 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.

329 POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Instituto de Economia da UFRJ*, jan./2009, p. 3.

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. Essa percepção da inovação como o elemento dinâmico da concorrência contribui, assim, para uma reinterpretação igualmente significante em termos microeconômicos.

4.2 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. Esses aspectos são fundamentais na formulação teórica para compreender as transformações econômicas, sociais e políticas da sociedade[330]. Por conseguinte, no estudo da relação entre Direito e concorrência, a empresa não pode ser vista de maneira diferente.

É igualmente relevante 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. Dessa forma, não compreender a suas complexidades contribui para uma intervenção descolada da realidade e, portanto, ineficaz.

Ricardo Ruiz afirma que conhecidos manuais de Direito da Concorrência não apresentam discussão sistemática sobre teorias da firma. Apesar disso, essas obras refletem acerca de intervenções direcionadas, em larga medida, às próprias empresas[331]. Autores como Massimo Mott e Herbert Hovenkamp são fortemente influenciados pelas contribuições do movimento Pós-Chicago, mas, de acordo com

330 COSTA, Achyles Barcelos da. A teoria da firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *Textos para Discussão PPGE/UFRGS,* n. 04, p. 3, 2016.

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

Ricardo Ruiz, 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 não se aprofundam na compreensão 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 ocorrerá em duas etapas. Na primeira, será exposta uma das principais correntes ortodoxas que busca conferir maior realidade ao estudo econômico das empresas: a Teoria dos Custos de Transação (4.2.1). Em seguida, será apresentada uma versão heterodoxa, que se alinha a uma matriz neoschumpeteriana (4.2.2).

4.2.1 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 sistemática[332]. Essa percepção do mercado entende a empresa apenas como uma função de produção. Ou seja, seria possível identificar a quantidade de produtos resultantes, por meio de qualquer processo produtivo, se a quantidade dos insumos estiver disponível[333].

A teoria ortodoxa clássica não levava em consideração os processos internos da empresa em suas formulações teóricas. No

332 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 102.

333 FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 171.

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 (4.2.1.1). Frisa-se que essa teoria tem sido utilizada, reiteradas vezes, na intervenção concorrencial, inclusive no Brasil (4.2.1.2).

4.2.1.1 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 mencionado 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.

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 transação[334], que são a unidade de análise da empresa para internalizar determinadas atividades. Dessa 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 empresário[335].

334 COSTA, Achyles Barcelos da. A teoria da firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *Textos para Discussão PPGE/UFRGS,* n. 04, p. 17, 2016.

335 COASE, R. H. The nature of the firm [1937]. *In*: COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1990. p. 43.

Oliver Williamson trouxe novos aportes à Teoria dos Custos de Transação, notadamente nos seus trabalhos "*The modern corporation: origins, evolution, atributes",* de 1981, e "*The economic institutions of capitalism*", 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. 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). [336]

336 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 108.

A avaliação feita pela empresa define 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 transação[337]. Essa dimensão estratégica da interpretação dos custos de transação é a principal relevância para o desenvolvimento das teorias da firma[338].

4.2.1.2 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 como uma maneira de dificultar a competição no setor e, por consequência, aumentar o poder de mercado arbitrariamente[339].

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

337 FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 171-173.

338 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 105-106.

339 FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 179.

antever todas as situações de mercado passou a ser entendida como geração de eficiências. 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.

A experiência de autoridades concorrenciais, em vários países, leva a concluir que nem todo processo de contratualização ou de internalização da produção é voltado à busca por minimização de custos de transação. Isso fica em evidência em casos envolvendo direitos de propriedade intelectual e inovação. É possível identificar uma série de estratégias destinadas à ampliação artificial da vida comercial de produtos ou aumento de barreiras à entrada a empresas inovadoras, por exemplo.

Frisa-se que 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. O comportamento da empresa pode impedir o processo contínuo de inovação, que é uma das chaves 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 anticoncorrencial[340].

340 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 109.

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 utilização do cálculo racional como pressuposto, ou seja, a empresa sempre buscaria a maximização dos lucros[341]. O segundo é a aderência à análise estática da concorrência. O terceiro é a exclusão do papel central da tecnologia na dinâmica do mercado e da própria empresa.

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.

4.2.2 Teoria heterodoxa da empresa

A compreensão da concorrência, enquanto geradora de desequilíbrio dinâmico, permite um novo olhar sobre a teoria da firma. Para tanto, é importante que se 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.

341 DANTAS, Alexis; KERTSNETZY, Jacques; PROCHNIK, Victor. Empresa, indústria e mercados. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 15.

A teoria heterodoxa da empresa proposta nesta 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 de empresa (4.2.2.1). Em seguida, são analisadas as suas contribuições à aplicação do Direito da Concorrência (4.2.2.2).

4.2.2.1 Recursos, coerência e inovação

A formulação teórico-econômica heterodoxa da empresa, apresentada nesta seção, é uma conjunção de dois grupos de autores. O primeiro decorre das formulações de Edith Penrose, especialmente, em 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. Nesse grupo, estão também os autores Richard Nelson, Sidney Winter e Giovani Dosi, por exemplo.

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 inovativos"[342], 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 recursos[343].

342 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 37, 2005.

343 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado

Percebe-se que o objetivo desses autores é desvincular a microeconomia de uma abstrata "teoria dos preços". 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 alcançado[344].

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 rotinas[345]. 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 empresa[346]. 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*"[347].

(org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 115.

344 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 36, 2005.

345 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 116.

346 GRASSI, Robson Antonio. Concorrência schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas*, v. 5, n. 1, p. 40, 2005.

347 POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 68, p. 287, 2008.

Os pressupostos dinâmicos dessa teoria são baseados nos processos de busca e seleção de inovação e imitação. 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 crescimento[348]. Logo, a exploração das oportunidades, geradas por novas tecnologias, e as aptidões de lucrar com esses princípios científicos, constituem ponto central para entender a trajetória de crescimento e a diversidade das empresas.

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 distribuição[349].

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 que elas não tenham criado a tecnologia inovadora.

348 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 118.

349 TEECE, David J. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy,* v. 15, n. 6, p. 286 e s., 1986.

O acesso a canais de distribuição e de manufatura é, portanto, central na dinâmica concorrencial[350].

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 inovador[351]. Essa percepção contribui para descontruir 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 monopolísticos[352].

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. Os fenômenos como software *open source* e as formas de partilha deliberada de propriedade intelectual, por exemplo, 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 inovação[353].

350 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 Marcius de Alencar et al. *Temas de direito e economia*. Natal: UFRN, 2017. p. 123-140. (Série perspectivas jurídicas do desenvolvimento, n. 6).

351 TEECE, David J. Reflections on "Profiting from Innovation". *Research Policy*, v. 35, n. 8, p. 1132 e s., 2006.

352 POSSAS, Mario Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 1 (93), p. 90, 2004.

353 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 desapareu. A própria IBM saiu do referido mercado, após vender o negócio de computadores para uma 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 al-

4.2.2.2 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. Ao inovar, a empresa faz algo que não se praticava no mercado, portanto não há referências para comparar a produção externa e interna. Dessa 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 de as trocas serem substituídas por produção interna[354].

Nesse sentido, a percepção da relevância das capacitações e inovações contribui significativamente para a aplicação do Direito da Concorrência[355]. 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.

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

cançou a posição dominante no referido mercado. A Excite e Lycos forams 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, p. 1123, 2006.

354 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 119.

355 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 (org.). *Economia da ciência, tecnologia e inovação*: fundamentos teóricos e a economia global. Curitiba: Prismas, 2017. p. 107.

mercados. Por conseguinte, a interação entre essa diversidade de dados não se insere plenamente no conceito de mercado relevante de produto 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?[356].

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.

356 RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 121.

A origem schumpeteriana dessa teoria impõe uma reflexão acerca do tamanho ideal das empresas[357]. Existe uma tendência, daqueles que se alinham à teoria do referido economista, 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, segundo 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 de as pequenas empresas terem suas atividades menos burocratizadas, o que contribui para a manutenção de seu espírito empreendedor[358].

Desse 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 tecnologia[359]. Em outras palavras, percebe-se que a reflexão deve-se centrar na análise dos recursos e das capacitações que

357 Ver PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, Lia. Teoria da firma e empresa inovadora. *In*: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (org.). *Economia da ciência, tecnologia e inovação*: fundamentos teóricos e a economia global. Curitiba: Prismas, 2017. p. 101.

358 HASENCLEVER, Lia; FERREIRA; Patrícia. Estrutura de mercado e inovação *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 98 e s.

359 Ver: POSSAS, Mario Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. *Instituto de Economia da UFRJ*, jan./2009, p. 3.

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 à 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, uma 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 5

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 não atentem contra a criação de novos produtos e serviços, inclusive antes que novas ideias mostrem aos consumidores o que podem realizar[360].

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. 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 de inovar e competir[361]. A autora compreende que a revolução digital, vivida atualmente, reforça a necessidade de deixar abertas 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 consumidores[362].

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

360 VESTAGER, Magrethe. Setting innovation free. *Bpifrance Inno Génération*, Paris, 12 october 2017.

361 VESTAGER, Magrethe. How competition supports innovation. *Regulation4Innovation*, Brussels, 24 May 2016.

362 VESTAGER, Magrethe. Competition: the mother of invention. *European Competition and Consumer Day*, 18 April 2016.

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 (5.1) e a regulação da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual (5.2).

5.1 Manutenção dos estímulos à inovação

Os modelos de negócio que emergiram com o advento da Economia da Informação são frequentemente caracterizados pela complementaridade dos produtos e a interação entre estes é viabilizada pela interoperabilidade. Essa peculiaridade se soma à outra, os efeitos de rede, que contribuem para a formação de novos monopólios, devido ao aumento das barreiras à entrada[363]. Esse quadro descrito dá ênfase à necessidade de se questionar as estratégias de empresas dominantes, que podem visar à manutenção da sua posição de mercado, pelo desestímulo ao processo de inovação no setor em questão.

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 aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no julgado 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[364].

363 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.

364 Para uma análise dos casos da União Europeia sobre proteção da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018.

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 (5.1.1) e a punição da alavancagem abusiva em mercado conexo (5.1.2).

5.1.1 Promoção da interoperabilidade

A manutenção da interoperabilidade com empresas dominantes pode possibilitar inovações complementares, desenvolvidas por outras empresas. Além disso, a interoperabilidade viabiliza a concorrência com a referida empresa dominante, o que poderá estimulá-la a continuar a criar novos produtos, serviços ou modelos de negócios.

O objetivo da promoção da interoperabilidade é a manutenção do progresso técnico, principalmente nesse tipo de mercado de alta tecnologia. Frisa-se que diversas técnicas jurídicas podem ser empregadas para estimular a inovação, sendo uma das principais a regulação setorial. A União Europeia, por exemplo, promulgou a Diretiva 2009/24/CE, de 23 de abril de 2009, que trata do assunto e regulamenta a proteção jurídica dos programas de computador, definindo os contornos da interoperabilidade[365].

A aplicação do Direito da Concorrência pode ser igualmente importante para a promoção da interoperabilidade, sobretudo

365 "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.

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 (5.1.1.1), o que reforça a necessidade de compreender os aportes da experiência europeia (5.1.1.2).

5.1.1.1 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[366] e Phillips-DVD[367], por exemplo.

O caso do cartel do cimento no Brasil também pode trazer algumas contribuições importantes sobre a instrumentalização de normas técnicas para finalidades anticoncorrenciais[368]. 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. As empresas 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, os efeitos dessas estratégias prejudicaram, além dos consumidores, pequenas e médias empresas, causando danos à estrutura de

366 Para análise do caso *Blu-ray,* ver seção 3.1.2.3.

367 Para análise do caso *Phillips-DVD,* ver seção 3.2.1.2.

368 BRASIL. CADE. *Voto do Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis no Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79*. SDE c Aassociação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem et al., 22 jan. 2014.

mercado[369]. Assim, apesar de não se tratar especificamente sobre interoperabilidade, os argumentos empregados pelo CADE nesse caso podem auxiliar a pensar a promoção da mesma por meio de normas concorrenciais.

Os casos mencionados acima se referem à possibilidade de instrumentalização de pool de patentes ou normas técnicas para finalidades anticoncorrenciais. 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. Priscila Gonçalves reconstruiu a experiência do CADE e constatou que, até a década de 2000, prevalecia a adoção de pressupostos neoclássicos para resolver questões concorrenciais envolvendo a recusa de contratar. Ou seja, 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

369 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, p. 127 e s., 2016.

variação de preço. Em outros casos, articulou-se o elemento do preço com outras variáveis como a diversificação dos produtos ou serviços[370].

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 Cruz, Microsoft e shopping centers. Nos julgados Messer/White Martins e Powertech/Matec, 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 exemplo[371].

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.

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 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

370 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, USP, São Paulo, 2008. p. 292.

371 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, USP, São Paulo, 2008. p. 293.

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 contratar[372].

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 da União Europeia.

5.1.1.2 Aportes do modelo da União Europeia

A decisão europeia, no caso Microsoft, sobre a recusa de contratar, 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

372 FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência:* pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 465.

condição objetiva. Um dos principais aportes do julgado em espécie foi o alargamento do conceito de produto novo, englobando melhorias complementares a um produto já existente[373].

Cumpre salientar que as decisões no Direito brasileiro não são ancoradas em quadros de análise como na Europa. Entretanto, a análise dos argumentos apresentados pelo CADE permite concluir que existe uma convergência, especialmente na decisão Power-tech/Matec, com o quadro de análise europeu. Dessa forma, sustenta-se que a 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 da União Europeia, 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.

Cumpre frisar que o argumento, no sentido de alargar o conceito de produto novo, foi desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo objetivo era afiliar a decisão Microsoft aos julgados Bronner[374], Magill[375] e IMS[376]. Entretanto, essa nova abordagem gerou polêmica entre parte dos concorrencialistas europeus, visto

373 Para análise do caso Microsoft, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 5.1.2.2.

374 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-7/97. *Bronner/Mediaprint.* 26 nov. 1998.

375 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-241/91 P. *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commission(Magill).* 6 abr. 1995.

376 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-242/91, *IMS Health/NDC Health.* 29 abr. 2004.

que o Tribunal de Justiça da União Europeia aceitou as melhorias complementares como "produtos novos".

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 constitucional[377]. 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 n. 12.529/2011, considerou infração da ordem econômica os atos que tenham objeto ou efeitos de:

> 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 desen-

377 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".

> volvimento 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 negócio[378]. 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.

5.1.2 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.

A alavancagem em mercado conexo pode ocorrer por meio da venda casada anticoncorrencial. Essa prática foi investigada pelo

378 Ver: GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence: à l'aube de l'arrêt Microsoft. *Concurrences,* n. 2, 2007.

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, foram investigadas pela autoridade brasileira (5.1.2.1). O contexto descrito da experiência brasileira 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 (5.1.2.2).

5.1.2.1 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 CADE[379]. 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 produ-

379 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.

> to 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 produção[380].

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. A despeito desse contexto, a venda casada é uma prática clássica no Direito da Concorrência, cuja previsão está inserida no art. 36, da Lei n. 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".

O caso *Aceco,* julgado em 2010, também trata de venda casada. 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

380 BRASIL. CADE. *Resolução n. 20, de 9 de junho de 1999,* p. 5.

> anticompetitivos, seja no mercado secundário/con dicionado ou no mercado principa[381].

No que diz respeito à análise da autopromoção abusiva em mercado secundário, importa destacar que três casos da Google estavam sendo investigados pelo CADE em 2018. Os 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 investigava se a empresa estaria utilizando mecanismos para confundir o usuário na identificação dos resultados da busca orgânica e patrocinada[382].

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 temáticos[383]. 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 concorrentes[384].

A terceira prática, por sua vez, tratava das supostas restrições anticompetitivas do contrato de prestação de serviços da plataforma de publicidade on-line do Google. Essa empresa teria imposto restrições que dificultariam o gerenciamento das campanhas publicitárias dos anunciantes. Assim, o Google estaria impedindo o *multihoming*, visto

381 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.

382 BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.*

383 BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.009082/2013-03. *E-commerce Media Informação e Tecnologia/Google Brasil Internet Ltda.*

384 BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online*. 11 out. 2013.

que não permitiria o anúncio simultâneo no Google e em outros buscadores concorrentes. Frisa-se que o *multihoming* não somente diminui os custos no 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 rivais[385]. 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 online[386].

Nessa esteira, percebe-se que a preocupação com a aplicação das regras de Direito da Concorrência era para evitar o caráter anticoncorrencial dos efeitos de alavancagem em mercado secundário. Entretanto, o CADE arquivou o processo contra a Google sobre a autopromoção abusiva do Google Shopping. Além desse caso, também arquivou outros dois casos, a saber: um que analisava o suposto plágio de avaliações feitas por consumidores de outros sites; e outro que investigava a denúncia da Microsoft de que a Google criava dificuldades para as empresas anunciarem, ao mesmo tempo, em outros buscadores[387].

385 BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19. *Microsoft Corporation/Google Inc*.

386 BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online*. 11 out. 2013.

387 RODRIGUES, Lorenna. Investigado pelos EUA, Google é alvo de três processos no Cade. *O Estado de S. Paulo*, 22 out. 2020.

Três investigações contra a Google ainda tramitam no CADE. A primeira é sobre a pré-instalação de aplicativos e serviços nos aparelhos que funcionam com o sistema Android[388]. A segunda é sobre a atuação no mercado de notícias[389]. A terceira é sobre a Google usar seu poder de mercado para prejudicar a Yelp[390].

Frisa-se ainda que o fato de eventualmente existirem direitos de propriedade intelectual não exclui a competência do CADE para intervir nos casos de venda casada 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 n. 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.

Nesse sentido, 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 condenação da Comissão Europeia no julgado Google Shopping reforça os parâmetros que caracterizam a originalidade do modelo da União Europeia na intervenção nesse tipo de mercado. O papel central da inovação, na abordagem europeia do Direito da Concorrência, oferece importantes aportes a uma renovação na prática do CADE proposta no presente trabalho.

388 VALENTE, Jonas. Cade investiga prática anticompetitiva do Google. *Agência Brasil*, 12 jun 2019.

389 CADE. *Processo n. 08700.003498/2019-03.* 08 jun. 2019.

390 CADE. *Processo n. 08700.003211/2016-94.* 20 abr. 2016.

5.1.2.2 Aportes do modelo da União Europeia

A experiência europeia tem-se consolidado, nos últimos anos, como uma orientação oposta aos direcionamentos difundidos por alguns teóricos ortodoxos, principalmente os da Escola de Chicago. Esse grupo de teóricos entende que uma empresa em monopólio que vincula as vendas no mercado principal a produtos secundários não aumenta necessariamente o lucro. Ou seja, quanto mais o mercado secundário for competitivo, diversificado e inovador, maior seria o preço do bem primário. Além disso, o monopólio do mercado secundário poderia significar ganhos de eficiência, por exemplo, no quesito qualidade dos produtos secundários[391].

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).

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 primários e secundários, 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 promover uma maior concorrência no fornecimento dessas peças. Além disso, a autoridade demandou uma melhor comunicação das informações técnicas necessárias para o

391 OCDE. *La concurrence sur les marchées secondaires:* contribution de la France (21-23 juin 2017). 11 maio 2017, § 6.

conserto de veículos e uma maior clareza nas condições de garantia dos veículos (§ 47).

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 bloco diz respeito ao caso Google Shopping e de como o modelo da União Europeia 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, tendo em vista as especificidades da integração tecnológica e de sua articulação com os efeitos de rede[392].

As tecnologias de informação e comunicação 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 Jérome Gstalter:

392 Para a análise da venda casada no caso Microsoft, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 5.2.1.

> 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 rede[393].

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.

Dessa 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

393 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 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. Bruxelas: Bruylant, 2012. p. 446.

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 ambientes mais propícios 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 decisão do Google Shopping insere-se nesse mesmo contexto, reafirmando a originalidade do modelo da União Europeia.

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 concorrentes[394].

Desse modo, o modelo da União Europeia formulou outros argumentos e considerou ilícito o comportamento da referida empresa. O fundamento da punição é a responsabilidade especial da empresa em posição dominante, que não pode atentar contra a estrutura concorrencial dos mercados conexos, especialmente se o seu objetivo for privilegiar seus próprios produtos[395].

Em face disso, verifica-se que o CADE se encontra em uma encruzilhada cuja relevância é central na regulação dos modelos de negócio na Economia Digital. O julgamento dos casos, envolvendo o Google, deve levar em consideração as experiências estrangeiras, sobretudo a europeia e a norte-americana, para a definição dos parâmetros de intervenção[396]. 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.

Apesar do arquivamento do caso no CADE, entende-se que o órgão brasileiro deve se aproximar da abordagem europeia,

394 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.

395 Para análise da decisão europeia do Google Shopping, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 5.2.2.

396 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, 2015. p. 66-86.

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 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 anunciantes[397]. Ressalta-se, inclusive, que a referida empresa possui cerca de 99% de poder de mercado no Brasil, de acordo com avaliação do próprio CADE.

A existência dos efeitos de rede reforça a posição dominante da Google e reduz as possibilidades de escolha dos usuários, 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 em que 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 ajuste, 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

397 Ver: VESTAGER, Margrethe. *Making data work for us.* Data Ethics event on Data as Power, Copenhagen, 9 set. 2016.

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 malefícios de sua instrumentalização para finalidades anticoncorrenciais devem ser investigados e 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:

> [...] 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.[398]

De fato, percebe-se que a adoção de uma aproximação ao modelo da União Europeia significa respaldar uma atuação mais rigorosa do CADE na avaliação de infrações cometidas por esses novos monopólios da Economia de Informação. Portanto, a Google é um exemplo da superdominância constante ao longo dos anos, que tem se utilizado da característica do seu próprio modelo de negócio para aumentar

398 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.

artificialmente o seu poder de mercado. Entende-se que a exclusão abusiva de outros competidores tem desdobramentos imediatos no processo de inovação, pois restringe o principal elemento dinâmico do processo de concorrência. Assim, um dos principais aportes da inspiração no modelo da União Europeia é fortalecer o CADE enquanto um regulador da inovação.

5.2 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 país[399]. A constatação da superdominância de determinadas empresas, principalmente no mercado farmacêutico, e de tecnologias de informação e comunicação, exige maior atenção do CADE na avaliação das estratégias abusivas relacionadas a direitos de propriedade intelectual.

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. A aplicação do Direito da Concorrência no Direito Europeu tem se apresentado como uma espécie de regulação da utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual. Essa intervenção se dá, principalmente, pela punição por instrumentalização do sistema de patentes (5.2.1) e pela proibição da depreciação abusiva dos concorrentes (5.2.2).

399 Para uma análise da dependência econômica e de sua relação com o sistema de propriedade intelectual pós-TRIPS, ver Capítulo 1.

5.2.1 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 patentes[400]. 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 (5.2.1.1). 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 (5.2.1.2).

5.2.1.1 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.

400 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, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010. p. 315 e s. (Coleção IRPI, n. 36)

O prolongamento indevido da exclusividade em questão causou danos à estrutura concorrencial, pois impediu, indevidamente, a entrada de genéricos[401], assim como aumentou o custo dos medicamentos adquiridos pelo Estado, conforme visto anteriormente[402]. 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 desse 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 intelectual[403]. Todavia, a experiência europeia permite lançar um olhar ainda mais crítico sobre o assunto.

5.2.1.2 Aportes do modelo da União Europeia

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*).

401 Para análise da política industrial no setor farmacêutico brasileiro, ver a seção 1.1.2.2.

402 Para análise do caso Eli Lilly, ver a seção 3.2.2.3.

403 Para análise dos desdobramentos do Acordo TRIPS no direito interno brasileiro, ver a seção 1.2.1.2.

No caso AstraZeneca[404], 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 arbitrária[405]. Outrossim, o lançamento de um produto, sem o caráter inovador, fez parte da estratégia abusiva global de AstraZeneca. Esse fenômeno pode ser entendido como uma "inovação abusiva", cuja compreensão 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

404 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo n. C-457/10P, *AstraZeneca/Comissão,* 6. dez. 2012.

405 Para análise do caso AstraZeneca, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 6.1.1.

> "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 ilegítimas[406].

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[407] 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 litígios[408]. Dois

406 Tradução livre do original: "Le brevet n'est plus conçu seulement commet 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 incitatives 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. Robert. Les innovations abusives: à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *Droits de propriété intellectuelle:* liber amicorum Georges Bonet, Paris: Lexis Nexis Litec, 2010. p. 317 (Coleção IRPI, n. 36).

407 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comuniqué 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. 9 jul. 2014.

408 Para análise do caso Servier, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 6.1.2.

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 anticonconcorrenciais.

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 patente[409].

409 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

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.

5.2.2 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 concorrencial. Entretanto, o CADE não tem uma linearidade na definição objetiva dos critérios utilizados para avaliar esses danos à concorrência (5.2.2.1). 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 (5.2.2.2).

5.2.2.1 Experiência brasileira

A depreciação 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:

---

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. Bruxelas: Bruylant, 2014. p. 421.

> 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; [...].

Natália Figueiredo ressalta que a interseção entre concorrência desleal e Direito da Concorrência no Brasil remonta à 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 consumidores[410].

410 BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08000.026056/1996-30. *Oxigases/White Martins*, p. 4.

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.

Desse 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 Farmácia do Distrito Federal (CRF/DF) contra uma série de empresas produtoras de medicamentos de referência[411]. 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,

411 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.

> 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 país[412].

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 fun-

412 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.

> cionamento 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 legal[413].

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 de este não ter condenado a empresa[414].

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 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 CADE[415].

413 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.

414 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.

415 BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no Processo Administrativo n. 08012.008554/2008-93. *Kaiser/Ambev*, 5 fev. 2014.

O CADE entendeu que uma empresa 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 da União Europeia, 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.

5.2.2.2 Aportes do modelo da União Europeia

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. Desse 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 antitruste[416].

De fato, a decisão do CADE privilegiou a comparação com a experiência americana no caso em evidência. Apesar disso, não

416 BRASIL. CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Ruiz no Processo Administrativo n. 08012.008554/2008-93. *Kaiser/Ambev*, 5 fev. 2014, bp. 80 e s.

reproduziu todas as seis etapas do teste supracitado, visto que as etapas iv, v e vi não foram endossadas[417]. 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[418].

No caso em tela, o órgão francês comprovou que a empresa Schering-Plough se utilizou 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 referência[419]. 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

417 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.

418 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.

419 Para análise do caso Buprenorfina, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia.* Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018, seção 6.3.

de determinadas fabricantes de medicamentos de referência colocar em prática estratégias contra os genéricos.

Entende-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 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 publicitária[420].

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.

420 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 da União Europeia 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.

A terceira contribuição do Direito da União Europeia, por sua vez, 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 6

Desafios do CADE na regulação da inovação

Um dos principais desafios da política concorrencial de um país com heranças do subdesenvolvimento é colaborar com a superação da dependência econômica. Em outras palavras, 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 a sua aplicação pode punir e desestimular práticas exclusionárias, baseadas no exercício abusivo de poder de mercado[421]. Essa atuação do órgão da concorrência contribui para um desenvolvimento econômico mais inclusivo, fundamentado na redução e prevenção das barreiras à entrada[422].

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 ofícios 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.

421 FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, n. 4, v. 79:69, p. 78, 2016.

422 FOX, Eleanor. Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries. *Working Paper n. 11-04*, New York University School of Law, 2012. p. 4. (Law & Economics Research paper series).

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 (6.1). Já o segundo trata dos desafios de aplicação do conceito de regulação da inovação, sobretudo na relação entre CADE e INPI (6.2).

6.1 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.

O processo de reformulação da relação entre Estado e economia, com o advento da redemocratização do Brasil e da Constituição de 1988, contribuiu para uma ressignificação da regulação econômica. Além disso, o novo pacto jurídico-político desempenhou relevante papel no fortalecimento da economia de mercado e na redefinição da concepção e da atuação da Administração Pública.

As agências reguladoras são um dos temas centrais no debate público nessa nova realidade, trazendo desafios nos campos da política, da economia e do Direito. A complexidade do assunto 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 (6.1.1) para, em seguida,

compreender as particularidades da regulação da inovação pelo CADE (6.1.2).

6.1.1 Imprecisões da oposição entre as noções de regulação e concorrência no Brasil

O termo "regulação" foi ressignificado no debate público do Brasil, sobretudo a partir do pacto constitucional de 1988 em torno do fortalecimento de uma economia de mercado. Nesse contexto, foram criadas agências reguladoras, que faziam parte de uma ampla reforma da Administração Pública brasileira, ocorrida ao longo dos anos 1990. Essa iniciativa estava atrelada ao aprofundamento das privatizações das empresas estatais brasileiras, conforme anteriormente elucidado[423].

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 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 mercado[424].

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 (6.1.1.1). 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 (6.1.1.2).

423 Para retomar as reformas que caracterizaram a década de 1990, ver seção 1.1.1.3.

424 O debate sobre as teorias da regulação econômica apresentadas neste capítulo remonta 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, no presente livro, há um aprofundamento teórico mais precisamente no que diz respeito à dimensão semântica dos conceitos de regulação e concorrência no Direito brasileiro.

6.1.1.1 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 constância[425]. 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 Sociais[426].

425 LANNEAU, Régis. Régulation (épistemologie). *In*: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations,* Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 526.

426 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 a outras tradições e à 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 questão[427]. Esse processo se assemelha, até certo ponto, ao ocorrido na França, ao longo da década de 1980[428].

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. O *Interstate Commerce Commission* (ICC) foi a primeira delas, friada em 1887.

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 desse fenômeno

427 Ver: PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*, 40(4), p. 536 e s., jul./ago. 2006.

428 Para uma análise das agências reguladoras 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 Iuirs,* Londrina, v. 20, n. 2, p. 146-181, jul. 2016.

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 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 derrogatório de uma administração responsável pelo interesse geral, em oposição aos conceitos americanos[429].

O modelo norte-americano, baseado em uma original interação entre as agências reguladoras e o mercado, opunha-se a outras

429 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.

experiências de Direito Administrativo, principalmente na França. A oposição entre as ideias de regulação e a 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. Assim, consolidou-se, em parte dos juristas brasileiros, o entendimento de que a regulação é sinônimo de maior intervenção 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. Em certa medida, essa percepção está ligada ao próprio conceito de "concorrência perfeita", que é bastante difundido entre juristas brasileiros.

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, possibilita 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 independentes[430]. 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

430 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, p. 52, 4ième tr. 2000.

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.

Dessa 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 prudência[431].

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

431 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.

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 de entidade que coloca em prática esse "poder" um pouco fugidio que é a regulação*[432] (grifo nosso).

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.

O conceito de regulação da concorrência permite entender a regulação do mercado como uma função, que tem seu conteúdo e

432 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 régulation". KOS'ISAKA, Nathanaël. Autorité de la concurrence. *In*: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 63.

seus 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 mercados[433].

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"[434].

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*.

Dessa forma, juristas que tiveram sua formação mais influenciada por algumas dessas tradições, por vezes, empregam esses termos sem elucidar os sentidos diversos conferidos à ideia de regulação e de concorrência. Essa confusão semântica favorece o aprofundamento de distorções no debate acadêmico e na própria aplicação do Direito.

6.1.1.2 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

433 SÉE, Arnaud. Régulation (conceptions doctrinales). *In*: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 516.

434 Ver DELZANGLES, Hubert. Interrégulation. *In*: BAZEX, Michel et al. (dir.). *Dictionnaire des régulations*, Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 370-378.

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.

A incorporação da dicotomia regulação/concorrência no Direito brasileiro, da forma que é feita por juristas mais influenciados pelo modelo estadunidense, 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 econômico[435]. 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, ou seja, precede as contemporâneas agências reguladoras. Portanto, a conformação da atividade econômica a uma ordem pública precede o próprio pacto jurídico-político 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 os traços fundamentais da sua própria tradição do seu Direito Administrativo. 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. Todavia, a comparação entre o modelo francês e o brasileiro, permite observar que não há correspondentes por completo, como será exposto a seguir.

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 da experiência do próprio país. Por conseguinte, a compreensão dessa questão conceitual permite identificar com maior precisão os complexos desafios da atuação de um órgão de defesa da concorrência, mormente em países de economia periférica, como o Brasil.

435 Para uma análise da evolução do Direito da Concorrência no Brasil, ver seção 2.1.1.

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 Álcool e do Açúcar (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940) e o Instituto Nacional do Pinho (1941)[436].

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 Federal[437].

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 reguladoras[438]. Importa frisar que existe uma certa

436 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.

437 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

438 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 206 e s.

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. Além disso, a análise da atuação dos órgãos responsáveis pela regulação permite identificar três eixos distintos de ação: 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 justo[439].

Vale destacar ainda que a reconstrução da experiência brasileira permite compreender algumas diferenças do processo ocorrido 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.

O principal aporte da análise sobre a oposição entre regulação e concorrência diz respeito às aproximações entre a experiência brasileira e a francesa. 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 nas 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

439 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

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 da Concorrência no Brasil.

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 da Concorrência no país e à sua finalidade 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 laçar mão o Estado contemporâneo para implementação de suas políticas econômicas. Nesse raciocínio, esposado por muitos teóricos, especialmente aqueles ligados à Escola de Chicago, prega-se, acima de tudo, a não utilização das normas antitruste como instrumento de política econômica[440].

440 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

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.

As teorias que se propõem a serem passíveis de aplicação em toda e qualquer configuração socioeconômica, independentemente dos contextos estruturais, não têm sustentação teórica e não estão adequadas ao pacto jurídico-político de 1988[441]. A ausência de contextualização importa em intervenções ineficazes ou, até mesmo, incoerentes com o próprio Direito do país.

O CADE conjuga diversas funções reguladoras, voltadas àquela principal que é o controle do abuso do poder econômico. Em outros termos, a função reguladora do mercado exercida pelo CADE é composta por diferentes outras funções, entre as quais está a de regular a inovação.

6.1.2 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 a garantia da segurança jurídica, qualificando sua importância para a manutenção das estruturas econômicas que estimulem o processo contínuo de inovação no mercado brasileiro.

441 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.

Cumpre 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 os remédios concorrenciais suficientemente eficazes para a proteção da inovação. Uma das principais contribuições desta pesquisa está na proposta de reinterpretar a própria atuação do CADE, com especial ênfase no eixo das condutas anticoncorrenciais.

Assim, sustenta-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 (6.1.2.1), para entender que a proteção da inovação pela Direito da Concorrência tem como finalidade manter o desequilíbrio dinâmico do mercado (6.1.2.2).

6.1.2.1 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 indireto da concorrência. Conforme visto anteriormente, considera-se que a inovação é o principal elemento dinâmico da concorrência[442]. 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 mercado[443]. 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, o CADE regula a inovação quando ele intervém diretamente na estrutura de um mercado com o objetivo de estabelecer,

442 Para retomar os aportes da Economia da inovação aos fundamentos teóricos da proteção da inovação pelo CADE, ver seção 4.1.2.

443 Ver: VESTAGER, Magrethe. Setting innovation free. *Bpifrance Inno Génération*, Paris, 12 october 2017.

ou restabelecer, os estímulos necessários conducentes ao processo contínuo de inovação. O adjetivo "direta" qualifica a originalidade dessa interpretação, sobretudo no eixo do controle de práticas, e ancora-se em uma aproximação ao modelo da União Europeia. 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 oligopólio[444]. 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 anteriormente[445]. 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 Brfoods[446], por exemplo. Essa preocupação com a concentração de portfólio de marcas pode, eventualmente, contribuir indiretamente para a inovação no setor. Esse desdobramento é

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

445 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.

446 Para retomar a análise dos casos Kolynos, Ambev e Brfoods, ver seção 3.1.1.

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 possiblidade de regulação da inovação[447]. Esse 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 visto[448]. Por essa razão, ressalta-se a necessidade de um 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

447 "[...] 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. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 441. v. 6.

448 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.

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 digital[449], Dow/DuPont[450], ChemChina/Syngenta[451] e Bayer/Monsanto[452]. 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 tipos de efeito, 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.

449 A agricultura digital emprega métodos computacionais de alto desempenho, rede e sensores, comunicação máquina para máquina, conectividade entre dispositivos móveis, computação em nuvem, métodos e soluções analíticas para processar grandes volumes de dados e construir sistemas de suporte à tomada de decisões de manejo. Ver: MASSRUHÁ, Silvia Maria Fonseca Silveira; LEITE, Maria Angelica de Andrade. AGRO4.0: rumo à agricultura digital. *In*: MAGNONI Júnior, Lourenço et al. *Jornal da Codade na Escola ciência, tecnologia e sociedade: mobilizar o conhecimento para alimentar o Brasil*. São Paulo: Centro Paula Souza, 2017. p. 28-35.

450 COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7932. *Dow/DuPont*. 27 mar. 2017.

451 COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.7962. *ChemChina/Syngenta*. 5 abr. 2017.

452 COMISSÃO EUROPEIA. Processo n. M.8084. *Bayer/Monsanto*. 11 abr. 2018.

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 à 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 sobre 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 fabricar 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 acerca de outras práticas é um importante alerta sobre a necessidade de se reformular a atuação do CADE, principalmente em casos que envolvem a utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual e estratégias que reduzem os estímulos à inovação. 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 ortodoxos que assimilam que os direitos de propriedade intelectual promovem a eficiência dinâmica, enquanto o Direito da Concorrência tem como foco a 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. Desse 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 disruptivas[453].

6.1.2.2 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.

453 LEMLEY, Mark. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 397*, 2010. 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.

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 que, conforme visto anteriormente, apresenta um déficit de realismo devidamente explicado pela Economia Industrial[454]. 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.

O CADE tem papel fundamental na promoção de uma ordem pública conducente à inovação, porém se afasta da ideia de manutenção de equilíbrio. A compreensão de regulação da inovação se ancora na ideia de desequilíbrio, ou seja, o órgão da defesa da concorrência tem a 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 restringido apenas às melhorias de produtos ou serviços já existentes. A noção de ruptura, portanto, está relacionada a uma mutação radical dos mercados, que não foi possível ser antecipada. O desdobramento desse tipo de fenômeno é a redução

454 Para uma interpretação da concorrência enquanto desequilíbrio dinâmico, ver seção 4.1.

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[455].

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 relevância das pequenas e médias empresas. O segundo diz respeito aos benefícios aos consumidores, que terão acesso 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[456].

A despeito dessa observação, é oportuno destacar que as características jurídicas e econômicas contemporâneas, principalmente em países com heranças do 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

455 OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 1 e 4.

456 OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 10 e 11.

de forte crescimento para uma empresa de ruptura. De acordo com a OCDE:

> Peguemos o crescimento da Google depois que essa empresa revolucionou as pesquisas na internet e o mercado de publicidade. A 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 2012[457].

O rápido crescimento dessas empresas, que se pode articular à 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, que pode ser expresso em uma simples inovação complementar[458]. Conforme exposto anteriormente, a inovação de

457 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.

458 Para uma análise da decisão europeia sobre a Microsoft, ver: LEURQUIN, Pablo.

ruptura apresenta um grau mais profundo de modificação do próprio mercado, reconfigurando radicalmente as relações econômicas. Dessa forma, depreende-se que os órgãos concorrenciais também são fundamentais na formulação de estímulos que conduzam às inovações de ruptura.

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 anticonorrencial 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

Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, seções 5.1 e 5.2.

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 preços[459].

Uma série de fatores é considerada pelo relatório da OCDE como obstáculo ao surgimento e estímulo a inovações de ruptura. A primeira é vinculada à 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 qualidade das patentes e suas incitações a inovar para o domínio da definição da política concorrencial[460].

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 produtos[461]. Por esse motivo, a autoridade deve promover, quando

459 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, p. 6.

460 OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015, § 34.

461 STREEL, Alexandre de; 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, p. 12.

possível, a interoperabilidade. 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.

6.2 Desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE

Os desafios de aplicação da noção de regulação da inovação pelo CADE se inserem 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 ricas[462].

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 da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual. A oposição entre esses ramos do direito, ou mesmo as afirmações vagas de complementaridade entre essas normas jurídicas, não são suficientes para resolver os desafios jurídicos e econômicos que o tema impõe. Por isso, a reinterpretação da atuação do CADE não somente deve envolver uma utilização renovada dos remédios concorrenciais (6.2.1), como também deve estabelecer outros termos da dinâmica institucional entre o CADE e INPI (6.2.2).

462 UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia.* São Paulo: Boitempo, 2004. p. 17.

6.2.1 Utilização renovada dos remédios concorrenciais

Os remédios concorrenciais são as medidas ou instrumentos previstos em lei para sanar e punir os danos à concorrência causados pelos comportamentos anticoncorrenciais[463]. 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. No tipo de intervenção em evidência, 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. As técnicas de consensualidade administrativa têm sido importantes na experiência europeia e podem contribuir em decisões mais céleres e menos questionadas no Judiciário (6.2.1.1). 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 (6.2.1.2).

6.2.1.1 Consensualidade administrativa

A utilização de instrumentos da consensualidade administrativa é um desdobramento do processo de "contratualização do Direito da Concorrência" (*contratctualisation du droit de la concurrence*). Esse fenômeno tem se aprofundado na experiência europeia por intermédio da solução dos conflitos pelas técnicas dos *"engagements",* que são

463 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.

considerados como um dos principais instrumentos de intervenção das autoridades responsáveis pela concorrência na Europa[464].

Costumam-se identificar, no Direito brasileiro, três grupos de instrumentos de consensualidade administrativa. O primeiro são os procedimentais, empregados pontualmente em fases dos processos administrativos, como nos casos de audiências e consultas públicas. O segundo são os orgânicos, decorrentes da participação de especialistas ou agentes econômicos nos colegiados dos órgãos da Administração Pública. O terceiro são os contratuais, instrumentos bilaterais, como acordos de leniência e compromissos de cessação de prática[465].

O CADE tem-se utilizado recorrentemente da consensualidade administrativa, sobretudo 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 prática[466]. A despeito 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

464 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.

465 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, p. 277, 2017.

466 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.

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 pretenso 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 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 concreto[467].

A busca por soluções consensuais colabora para decisões mais céleres dos processos administrativos concorrenciais e garante 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 para o investigado é a suspensão imediata do procedimento de apuração ou a suspensão de processo administrativo sancionador,

467 MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:* organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 382.

bem como o seu arquivamento definitivo, no momento em que as suas obrigações forem cumpridas[468].

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 intelectual. 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 punir 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 Pública[469].

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 uma delas de maneira separada, mas promover uma sinergia entre essas intervenções para a realização dos objetivos institucionais do órgão. Assim, os instrumen-

468 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, p. 279, 2017.

469 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 301.

tos 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 se confunde 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 acordo[470].

Portanto, a intervenção pela consensualidade não exclui os instrumentos clássicos, como é o caso da licença compulsória de direitos de propriedade intelectual. Na realidade, essa técnica pode ser interpretada como um elemento necessário na própria negociação dos termos do acordo.

6.2.1.2 Licenças compulsórias de direitos de propriedade intelectual

A possiblidade 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

470 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, p. 276, 2017.

ser percebida pela quantidade de projetos de lei sobre o assunto tramitando no Congresso Nacional[471]. 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.

Licenças compulsórias na Lei n. 9.279/96

As licenças compulsórias 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 legais[472].

Em maio de 2007, o Brasil concedeu licença compulsória do medicamento Efravirenz, cuja patente pertence ao laboratório Merck

471 MENEGUIN, F. B. *A proteção da propriedade intelectual e o licenciamento compulsório no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, julho/2016. p. 14. (Texto para Discussão n. 198).

472 BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 446.

Sharp & Dohme[473]. Na época, tratava-se do medicamento mais utilizado no tratamento da AIDS[474]. 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 Lafepe (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 nacional[475].

O argumento do licenciamento compulsório foi 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 ao ano de 2001, momento no qual o então Ministro da Saúde

473 Ver: CORREA, Carlos, The use of compulsory licences in latin America. *In*: HILTI, Reto M.; LIU, Kung-Chung (ed.). *Compulsory Licensing:* Practical Experiences and Ways Forward. Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015. p. 52 e s.

474 A licença compulsória foi concedida pelo Decreto n. 6.108, de 4 de maio de 2007.

475 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Brasil renova licenciamento compulsório do Efravirenz,* 7 maio 2012.

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)[476].

Percebe-se que a licença compulsória tem sido utilizada como forma de conseguir reduzir os preços, especialmente de medicamentos utilizados no tratamento da AIDS. Essa finalidade não é obrigatoriamente a mesma do referido instituto, de acordo com o disposto na 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, tal 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 punitivo[477]. 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.

476 MORAIS, Rafael Pinho de. Antitrust and compulsory licensing in BRICS and Developing countries. *In*: JENNY, Frederic, KATSOULACOS, Yannis. (ed.) *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developping Countries:* Legal and Economic Aspects. Springer, 2016. p. 155. Ver, também: KWEITEL, Juana; REIS, Renata. A primeira licença compulsória de medicamento na América Latina. *Pontes:* entre o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável, v. 3, n. 3. São Paulo: ICTSD. 1º jun. 2007.

477 BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 446.

Pelo menos duas interpretações são possíveis sobre o cabimento do licenciamento compulsório como remédio concorrencial. A primeira é mais restritiva, segundo a qual esse instrumento só poderia ser utilizado no caso de cultivares. Essa leitura é defendida com base no art. 31, da Lei n. 9.456/97, conforme 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 compulsórias 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 assunto[478].

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 anterior[479]. 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. Salienta-se ainda 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.

6.2.2 Dinâmica institucional entre o CADE e o INPI

A definição do funcionamento da dinâmica institucional entre o CADE e o INPI costuma ser orientada pelas diferentes interpretações acerca da relação entre a lei de concorrência e a lei de propriedade

478 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Eficácia jurídica da norma de preço abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, p. 196-197, 2012.

479 Para uma análise da reforma legislativa de 2011, ver seção 2.1.1.

intelectual. A 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 intelectual[480].

Dessa 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 complementaridade entre os dois ramos do Direito em questão. Diante disso, faz-se necessário elucidar a insuficiência do INPI, enquanto regulador da propriedade intelectual (6.2.2.1), o que traz uma nova perspectiva de convergência entre este órgão e o CADE (6.2.2.2).

6.2.2.1 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, tendo em vista que a atuação desses órgãos se ancora nos pressupostos clássicos do Direito da Propriedade Intelectual. O efeito prático, em países com fortes heranças do subdesenvolvimento, pode ser privilegiar os interesses de empresas multinacionais. O que se constata, portanto, é que 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.

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

480 Para uma análise do caso ANFAPE, ver seção 3.2.1.3.

os fenômenos de aprofundamento da globalização, do advento da Economia Digital e da proliferação da proteção pelos direitos de propriedade intelectual. Portanto, importa criticar a gestão privatista da política de propriedade intelectual, que é posta em prática a partir da exclusividade do INPI enquanto regulador do exercício de direitos de propriedade intelectual.

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, que 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 eletricidade[481].

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

481 DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge:* patent offices and their clients. Cambrige: Cambridge University press, 2010. p. 111.

corporações se interessarem tanto pelas reformas da administração de escritórios de patentes[482].

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 estrangeiro[483].

A superproteção dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo no período pós-TRIPS, possui, na sua essência, uma certa 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 proporcionar uma nova atuação do INPI, reavaliando a sua relação com outros órgãos.

INPI e a gestão publicista de direitos de propriedade intelectual

482 DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge:* patent offices and their clients. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 8.

483 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.

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, que influenciam a normatização nacional, mas também internacional do assunto[484].

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. Esse 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 exemplo[485].

Cumpre 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 melhorar a difusão social da informação

484 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*, Lexis Nexis, 2013, p. 400. (Coll. Du CEIPI, n. 61).

485 DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge*: patent offices and their clients. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 291.

inventiva. A terceira é garantir que o sistema seja maximamente transparente[486].

6.2.2.2 Convergência necessária entre o CADE e o 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 autoridades concorrenciais podem favorecer a solução de lacunas ou inadequações das leis de propriedade intelectual, sobretudo após a intensificação da harmonização característica do Pós-TRIPS[487].

A 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 em pequena quantidade, que permitem estabelecer determinados fundamentos para a função reguladora da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência. Todavia, a análise empregada no caso ANFAPE, ancorou-se em determinados argumentos que podem significar um certo retrocesso na reformulação da relação entre o CADE e o INPI.

De acordo com o julgamento do CADE no caso ANFAPE, a função social do desenho industrial pode ser observada quando a sua

486 DRAHOS, Peter. *The Global Governance of Knowledge*: patent offices and their clients. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 291.

487 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, p. 1181 e s., 2009.

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 excessivo 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 litigation*[488].

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 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. Ou seja, a interpretação do órgão se reduziu a uma questão dogmática desvinculada das 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. Não se pretende concordar com o remédio proposto pelo voto vencido do relator, que obrigava que as empresas cessassem a conduta, aproximando-se do licenciamento obrigatório de um

488 BRASIL. CADE. Voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. *ANFAPE x Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. et al.,* 14 fev. 2018. p. 191-194.

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, que 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. Essa avaliação deve permitir a renovação das análises para identificar novas estratégias abusivas, motivo pelo qual 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 redefinição dos remédios concorrenciais, não deve 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 glogal do mercado e, assim, avaliar as eventuais estratégias anticompetitivas, notadamente no setor de alta 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 segunda 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 é condizente 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.

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 multinacionais. 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.

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 econômica 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, *propõe-se 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*[489].

Os desafios lançados à proposta sustentada na presente obra 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

489 Ver: GAL, Michal; 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.

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, 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"*[490].

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

490 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. (ed.) *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 19.

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 de 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, que 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 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 algumas 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, 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 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, concluise 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 Fox[491]. 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.

A superação dos aparentes déficits de previsibilidade de uma reinterpretação 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 da União Europeia permitiu firmar uma série de conclusões de diversas 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

491 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. 78.

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 neste livro confirmou a originalidade do modelo da União Europeia 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 envolvendo a Google. Todavia, destaca-se que essa tendência do Direito da União Europeia foi estabelecida, pelo menos, desde a decisão do caso Microsoft[492]. 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 obra, a saber, a aplicação desse ramo do Direito: (i) para manter os estímulos à inovação em determinado mercado; e (ii) para promover a utilização legítima dos direitos de propriedade intelectual.*

492 PRIETO, Catherine. La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *Recueil Dalloz,* 2007.

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 objetivas[493]. 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

493 Nesse sentido, ver: 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, USP, São Paulo, 2008.

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 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 direitos[494].

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 da União Europeia revelou uma série de outras práticas, sobretudo no mercado farmacêutico, cuja finalidade é 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"[495].

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

494 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. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 161 (Coll. Du CEIPI, n. 61).

495 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. Paris: Lexis Nexis, Litec, 2010. (Coleção IRPI, n. 36).

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. O presente trabalho 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.

Cumpre frisar, todavia, que não existe unanimidade teórica e empírica sobre o tamanho ideal da empresa, nem o grau de concentração de mercado para uma estrutura econômica mais conducente à inovação, sobretudo se dois fatos forem levados em consideração. 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 Informação[496].

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, essa obra 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 tecnológica. Além disso, as decisões europeias dos casos Dow/Dupont e Monsanto/Bayer[497], permitiram perceber igualmente a possibilidade de regulação da inovação em sede de

496 OCDE. Audition sur les innovations de rupture – note réflexion du Secrétariat, 16-18 jun. 2015.

497 Ver: 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 ».

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 perspectivas[498]. 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 Direito[499]. 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 este livro 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

498 Ver LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Propriedade intelectual*: uma abordagem pela análise econômica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

499 Ver, também: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du Droit*. Paris: Dalloz, 2008. p. 302 e s.

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 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 país[500].

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 Econômico[501]. 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

500 UNGER, Roberto Mangabeira. *A reinvenção do livre-comércio*: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 111.

501 Ver: FARJAT, Gérard. *Pour um droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

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 nacional[502].

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 pelo fato de esses ramos do Direito 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 Concorrência, atrelando-o a questões de comércio em nível global. Nesse contexto, a autora defende a possibilidade de o Direito da Concorrência voltar-se à promoção de oportunidades iguais para contestar mercados, prezando pela manutenção dos estímulos de competitividade[503].

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 na vida econômica e, dessa maneira, pode ser vista como um instrumento para a redução das desigualdades sociais características de economias periféricas, como o Brasil.

502 REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review*, n. 46 (4), p. 1167, 2009.

503 FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, v. 79:69, n. 4, p. 74-78, 2016.

Referências

I) Obras Gerais, Manuais e Tratados

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo*: o estado e o poder econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FARJAT, Gérard. *Pour um 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*. 14. 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.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência:* comentários à legislação antitruste. 3. 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, Lucia 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 compare*: 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.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 5. 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.

DEZOBRY, Guillaume. Facilités essentielles. In: BAZEX, Michel; ECKERT, Gabriel; LANNEAU, Régis; LE BERRE, Chrsitophe; MARAIS, Bertrand du; SÉE, Arnaud (dir.). *Dictionnaire des régulations*. Paris: Lexis Nexis, 2016. p. 330-337.

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 regulations*. 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 regulations.* 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 regulations*. 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

BARBIERI FILHO, Carlos. *Disciplina jurídica da concorrência:* abuso do poder econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

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

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

CASTELLS, Manuel. 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. (v. 1, a sociedade em rede).

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*. Chicago: Londres: The University of Chicago Press, 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. *Criatividade e dependência na civilização industrial* [1978]. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento* [1961]. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil* [1959]. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

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

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, 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, set. 2010. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2007.

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 Intelecual* – 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://en.cade.gov.br/cade/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. CADE. CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). *Defesa da concorrência no Brasil:* 50 anos. Brasília, 2013. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrencia-no-brasil-50-anos.pdf. Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. CADE. *Guia prático do CADE:* a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. 2007. (Coleção CIEE). Disponível em: http://en.cade.gov.br/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf/view. 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: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404. Acesso em: 8 mar. 2017.

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. 47891.

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.

OCDE. *La concurrence sur les marchées secondaire*s: 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. 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. 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. Acesso em: 9 mar. 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.

LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018.

LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. Quartier Latin: São Paulo, 2014.

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, 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.

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, São Paulo, n. 27, 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.

FURTADO, Celso. A industrialização periférica. *Economia do desenvolvimento*: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Arquivos Celso Furtado. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2008. p. 155-170. v. 2.

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 Marcius de Alencar et al. *Temas de direito e economia*, Natal: UFRN, n. 6, p. 123-140, 2017.

TIROLE, Jean. Market Failures and Public Policy. Discurso do prêmio Nobel de economia de 2014. 8 dez. 2014. Disponível em: https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/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://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/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://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/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://wayback.archive-it.org/12090/20191129211903/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 CONFERENCE ON COMPETITION, 18th., 2017, Berlin. Disponível em: https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/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://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/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, p. 139-160, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%207-8.pdf. Acesso em: 8 mar. 2017.

AJZENBERG, Elza. A semana de arte moderna de 1922. *Revista Cultura e Extensão,* v. 7, p. 25-30, 2012. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rce/article/view/46491/50247. Acesso em: 29 mar. 2017.

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 (org.). *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.

ANIFANDIS, George; AMIRIDIS, George; DAFOPOULOS, Konstantinos; DAPONTE, Alexandros; DOVOLOU, Eleni; GAVRIIL, Eleftherios; GORGOGIETAS, Vyron; KACHPANI, Elli; MAMURIS, Zissis; MESSINI, Christina; VASSIOU, Katerina PSARRA, Anna-Maria. The in vitro impacto f the herbicide Roundup on human sperm motility and sperm mitochondria. *Toxic, v.* 6, n. 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, p. 463-486, set.-dez. 2012.

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, p. 121-139, 2016.

BARBOSA, Denis Borges. *Direitos exclusivos de comercialização:* um instituto inexistente no direito brasileiro. Out./2010. p. 1-62. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/emr.pdf. Acesso em: 19 fev. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional n. 85,* 2015. p. 1-33. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_ao_desenvolvimento_inovacao_e_a_apropriacao_das.pdf. Acesso em: 1º nov. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Sempre a inconstitucionalidade das patentes pipelines:* uma visão renovada. Jul. 2013. p. 1-32. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/sempre_inconst_patentes_pipeline.pdf. Acesso em: 18 fev. 2017.

BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa,* a. 41, n. 162, p. 287-309, abr./jun. 2004. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/965. Acesso em: 15 fev. 2017.

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 Tércio 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, p. 95-99, 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.

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. Brasília: IPEA, 2009. p. 255-291. v. 1. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5613. Acesso em: 10 dez. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 105, p. 389-406, jan./dez. 2010. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67907. Acesso em: 10 abr. 2018.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Maria da Conceição Tavares. *Revista de Economia contemporânea,* Rio de Janeiro, 14(1), p. 193-200, jan./abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rec/v14n1/a09v14n1.pdf. Acesso em: 3 fev. 2017.

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. 7-14.

BOIANOVSKY, Mauro. A view from the tropics: Celso Furtado and the therory of economic development in the 1950s. *History of Political Economy*, 42(2), p. 221-266, 2010. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/6357098.pdf. Acesso em: 10 out. 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, p. 51-69, maio./ago. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2012000200004. Acesso em: 30 mar. 2017.

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 (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 211-232.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena M. M. Celso Furtado e os dilemas da indústria e inovação no Brasil. *Cadernos do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, v. 10, n. 17, p. 188-213, jul./dez. 2015.

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 (org.). *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 (org.). *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, p. 677-799, jul./dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico (1965). *In*: COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaios 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. (ed.). *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 (ed.). *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, 2016, p. 1-38. Disponível em: http://www8.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2016_04.pdf. Acesso em: 10 jul. 2017.

DANTAS, Alexis; KERTSNETZY, Jacques; PROCHNIK, Victor. Empresa, Indústria e Mercados. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *Economia industrial:* fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 15-24.

DAUDRET-JOHN, Frédérique; SOUTY, François. Quelle politique de concurrence pour l'Administration Obama?, *Concurrences,* n. 1, p. 74-79, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa Família e silêncio: relações, efeitos e regressividade *Revista Jurídica da Presidência,* v. 16, n. 108, p. 39-64, fev./maio 2014. Disponível em: https://

revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/42/33. Acesso em: 4 jul. 2017

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 Effets of Innovation. *Journal of Economic Literature*, v. XXVI, p. 1120-1171, set. 1988. Disponível em: http://dimetic.dime-eu.org/dimetic_files/DosiJEL1988.pdf. Acesso em: 4 jul. 2017.

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, p. 1110-1121, 2006.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. *In*: MATTOS, Cesar (coord.). *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 (org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 251-275.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *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, p. 66-86, 2015.

FORGIONI, Paula. O que esperar do antitruste brasileiro no Século XXI? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, n. 1, v. 1, p. 1713-1742, 2015.

FOX, Eleanor. A antitrust fable: tale of predation. *Concurrences*, n. 3, 2008, p. 1-2.

FOX, Eleanor. Against Goals, *Fordham Law Review,* v. 81, p. 2157-2161, 2013. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/2. Acesso em: 2 jun. 2017.

FOX, Eleanor. Antitrust and institutions design and change. *Loyola University Chicago Law Journal,* v. 41, n. 3, p. 473-488, 2010. Disponível em: http://lawecommons.luc.edu/luclj/vol41/iss3/6?utm_source=lawecommons.luc.edu%2Fluclj%2Fvol41%2Fiss3%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 16 abr. 2018.

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, p. 1-24, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619. Acesso em: 27 mar. 2018.

FOX, Eleanor. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. *Law and contemporary problems*, n. 4, v. 79:69, p. 69-84., 2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2916452. Acesso em: 27 mar. 2018.

FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas,* v. 13, p. 101-125, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1002637. Acesso em: 16 abr. 2018.

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, p. 47-56, 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.

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, p. 49-54, 2000.

FURTADO, Celso. Os desafios da Nova Geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 4 (96), p. 483-486, out./dez., 2004.

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 práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-204. *Economia e Sociedade*, v. 16, n. 2 (30), p. 233-258, ago., 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ecos/v16n2/a05v16n2.pdf. Acesso em: 14 mar. 2017.

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*. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 153-166. (Coll. du CEIPI, n. 61).

GERVAIS, Daniel. Challenges in Intellectual Property Governance: Providing the Right Incentives in the Quest for Global Innovation. *Trade, Law and Development*, v. 4 (2), p. 385-399, 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.

GERVAIS, Daniel. Of clusters and assumptions: innovation as part of a full TRIPS implementation. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 2353-2377, 2009. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4442&context=flr. Acesso em: 30 out. 2017.

GRASSI, Robson Antonio. Concorrência Schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. *Revista Brasileira de economia de empresas,* v. 5, n. 1, p. 29-46, 2005. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/view/4309/2655. Acesso em: 29 maio 2017.

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.

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, p. 31-42, jan.-jun. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/304608997. Acesso em: 1º nov. 2017.

GSTALTER, Jérôme. Open source, interopérabilité et concurrence: à l'aube de l'arrêt Microsoft. *Concurrences*, n. 2, p. 46-71, 2007.

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*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 164-188, jul./out. 2010. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13212. Acesso em: 18 fev. 2017.

HASENCLEVER, Lia; FERREIRA, Patrícia Moura. Estrutura de Mercado e Inovação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *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*, n. 22(8), p. 2559-2569, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n8/1413-8123-csc-22-08-2559.pdf. Acesso em: 1º nov. 2017.

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. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 201-220. (Coll. Du CEIPI, n. 61).

HOVENKAMP, Herbert. The Obama Administration and Section Two of Sherman Act. *Boston University Review*, p. 1611-1665, 2010. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2806&context=faculty_scholarship. Acesso em: 8 dez. 2017.

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. 2002. *In*: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERG, Roger Van den (ed.). *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, p. 1-12, 2006.

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. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. *Concurrences*, n. 4, p. 1-13, 2012.

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, p. 181-205, maio/2015. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/154. Acesso em: 18 fev. 2017.

LEGRAND, Pierre. La comparaison des droits expliquées à mês 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*. p. 1-15. Disponível em: https://law.stanford.edu/publications/industry-specific-antitrust-policy-for-innovation/. Acesso em: 28 mar. 2018.

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, p. 186-195, 2016. Disponível em: https://xdocs.com.br/doc/pablo-leurquin-do-imperativo-do-avano-tecnologico-a-capacidade-criativa-na-civilizaao-industrial-3nr9wrzwl5nj. Acesso em: 1º dez. 2016.

LEURQUIN, Pablo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuirs,* Londrina, v. 20, n. 2, p. 146-181, jul. 2016.

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, p. 64-88, maio 2014. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/113/56. Acesso em: 23 jan. 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, p. 274-293, 2017. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 13 mar. 2018.

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, p. 105-144, maio 2017.

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. (ed.). *International pub-*

lic 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. p. 28-35. Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/166203/1/PL-Agro4.0-JC-na-Escola.pdf. Acesso em: 30 jul. 2018.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. *In*: POSSAS, Mario Luiz (coord.) *Ensaios 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). p. 1-16. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/528978. Acesso em: 13 mar. 2018.

MIROWSKI, Philip. The Political Movement that Dared not Speak its own Name: The Neoliberal Thought Collective Under Erasure. *Working paper*, n. 23, p. 1-34, 2014. Disponível em: https://www.ineteconomics.org/uploads/papers/WP23-Mirowski.pdf. Acesso em: 4 nov. 2017.

MORAIS, Rafael Pinho de. Antitrust and compulsory licensing in BRICS and Developing countries. *In*: JENNY, Frederic, KATSOULACOS, Yannis. (ed.). *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developping Countries:* Legal and Economic Aspects. Springer, 2016.

NASCIMENTO, Evando. A Semana de Arte Moderna de 1922 e o Modernismo Brasileiro: atualização cultural e "primitivismo" artístico, *Gragoatá,* n. 39, p. 376-391, 2015. Disponível em: https://periodicos.uff.br/gragoata/article/view/33354. Acesso em: 30 out. 2017.

OKEDIJI, Ruth. Legal innovation in international intelectual property relations: revisiting twenty-one yeats of the TRIPS Agreement. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v 36:1, p. 191-268, 2015. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1886&context=jil. Acesso em: 30 out. 2017.

OLIVEIRA, Alice Ferreira de. Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). *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: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400002. Acesso em: 15 mar. 2018.

PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, A proteção patentária e a interação empresa-ICT no sistema farmacêutico de inovação brasileiro, *Radar IPEA,* n. 29, p. 39-48, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5430. Acesso em: 1º nov. 2017.

PARANHOS, Julia; HASENCLEVER, Lia. Teoria da firma e empresa inovadora. *In*: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (org.). *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, p. 138-157, 1966. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901966000100004. Acesso em: 24 de out. 2016.

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://lcmagalhaes.

com.br/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, p. 23-53, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/222429440_Profiting_from_Innovation_and_the_Intellectual_Property_Revolution. Acesso em: 8 dez. 2017.

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, p. 23-53, jan./mar. 2011. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242859/000910790.pdf?sequence=1. Acesso em: 9 fev. 2017.

POSSAS, Mario Luiz. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 68, p. 281-305, 2008. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000200021. Acesso em: 31 maio 2017.

POSSAS, Mario Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. *Revista de Economia Política*, v. 24, n. 1 (93), p. 73-94, 2004.

POSSAS, Mario Luiz. Concorrência schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.). *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. p. 1-27. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255645408_Limites_normativos_da_analise_economica_antitruste. Acesso em: 25 maio 2017.

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

nômica Federal, 2011. p. 23-34. Disponível em: http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201109261240050.LivroCAIXA_C_0.pdf. Acesso em: 5 fev. 201.

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, p. 321-342, jul./dez. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2011.

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.

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., p. 133-152, jul. 2015. Disponível em: http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/1129/695. Acesso em: 22 fev. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Eficácia jurídica da norma de preço abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação*, v. 7/8, p. 189-211, 2012. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/RevistaCR78.aspx. Acesso em: 27 mar. 2018.

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,* Campinas, 13(2), p. 405-432, jul./dez. 2014. Disponível em: http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/874. Acesso em: 1º dez. 2016.

REICHMAN, Jerome H. Intellectual property in the twenty-first century: will the developing countries lead or follow? *Houston Law Review,* n. 46 (4), p. 1115-1185, 2009. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2748&context=faculty_scholarship. Acesso em: 31 out. 2017.

RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasilero à Luz da Jurisprudência do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência,* v. 5, n. 1, p. 145-177, maio 2017.

RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (org.). 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://www.academia.edu/43871124/The_new_Brazilian_Antitrust_Law_beyond_the_basics. Acesso em: 23 nov. 2016.

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*: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n. 13, 2011.4 Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/110509_radar13.pdf. Acesso em: 8 mar. 2017, p. 33-40.

SALGADO, Lucia 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, Sérgio; STEFANUTO, Giancarlo; MATTOS, Carolina; ZEITOUM, 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., p. 191-218, jul. 2012. Disponível em: http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/607/343. Acesso em: 20 fev. 2017.

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, p. 76-81, 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.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. *DIREITO RIO: Textos para discussão,* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 1-26. 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.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e seus fundamentos. *In*: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 33-74.

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, p. 180-202, nov. 2015. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/149/106. Acesso em: 9 mar. 2017.

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, p. 187-202, out./dez. 1991.

SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Política industrial e desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, v. 26, n. 2 (102), 2006. p. 163-185. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n2/a01v26n2.pdf. Acesso em: 3 nov. 2017.

SZAPIRO, Marina; MATTOS, Marcelo; CASSIOLATO, José E. Sistemas de Inovação e Desenvolvimento. In: RAPINI, Márcio Siqueira; SILVA, Leandro Alves; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta (org.). *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), p. 3-14, abr.-jun./2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572002000200195&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 out. 2016.

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*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 217-238. v. 1. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1614/S33098N962Av1_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em : 3 fev. 2014.

TEECE, David J. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy,* v. 15, n. 6, p. 285-305, 1986.

TEECE, David J. Reflections on "Profiting from Innovation". *Research Policy*, v. 35, n. 8, p. 1131-1146, 2006.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Abuso de poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VII, n. 1, p. 29-62, jan./abr. 1964.

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. Paris: Lexis Nexis, 2013. p. 391-410. (Coll. Du CEIPI, n. 61).

WILLIAMSON, Oliver E. The modern Corporation: origins, evolution, attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, p. 1537-1568, dez. 1981. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2724566?seq=1. Acesso em: 12 jul. 2017

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.

VI) Textos Jornalísticos e Comunicados de Imprensa

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.

BRASIL. CADE. Notícias. *Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de bucas 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 dez. 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 S. 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. Intelectual property.* 1 abr. 2007. Disponível em: https://ictsd.iisd.org/bridges-news/pontes/news/a-agenda-de-desenvolvimento-da-ompi-avança. Acesso em: 19 fev. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF. *Communiqué de presse*, 30 abr. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_2282. Acesso em: 1º fev. 2019.

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: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/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: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pontes/article/view/77993. 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.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Brasil renova licenciamento compulsório do Efravirenz*, 7 maio 2012. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/30108-brasil-renova-licenciamento-compulsorio-do-efavirenz.html. Acesso em: 27 mar. 2018.

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. Intelectual property.* 19 set. 2006. Disponível em: https://ictsd.iisd.org/bridges-news/pontes/news/agenda-do-desenvolvimento-para-a-ompi-contextualização-e-perspectivas. Acesso em: 19 fev. 2017.

RESENDE, Thiago. Cade inocenta Ambev por colocar marca em garrafa de cerveja "litrão". *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 proibe 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.

RODRIGUES, Lorenna. Investigado pelos EUA, Google é alvo de três processos no Cade. *Estado de S. Paulo.* 22 out. 2020. Disponível em: https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,investigado-pelos-eua-google-e-alvo-de-tres-processos-no-cade,70003483982. Acesso em: 07 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comuniqué 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. 9 jul. 2014. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_fr.htm. Acesso em: 20 abr. 2017.

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&proxystylesheet=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&proxystylesheet=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 Kolinos do Brasil S.A*. Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado. Brasília, 19 de setembro de 1996. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceRh9-klQ_wkM4NB4b_I6FYL2qecM9TTNkhRg6PvVm9M. 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 Roma-*

no, 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceJU-kYwpQTDOMi8bmeoC-MxG7wpXBKirDXBh8wJ5JHB. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcfihmKcVuRSoRz_5oSC87o8dO8jmlGXcvFIhkRzZZ5HK. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceoJM4D02QGolHWUvKh2dgFsbgwJD9xBIuxis8w-EaB5. 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. https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceINX_0rjEWc-ViNTPAqoToAUJMzaT3pLMS2zESyQxJ0. Acesso em: 20 jan. 2017.

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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRaRO4EDFDSB8EPL87DtSDyxvYz4R2Xeoh9hHLAIWHCt. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV-

1gCNGrQiNgXFAcnZSZJsflAfZ2fbBauGMNnTdLn0DwYM9Im9HROghU5D8Z. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBca0UGB1yRD2n5w_cF6H3G9Sz1OdDJBS4iiJeEmlo0tTE. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVMckRLpbzCkEZzrJT0KOh4GAhnCQBp7n5Zrt3B8uSE6. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZ6M_wlR1GfpbuEXH4R2eXQxsnfBWB-3S-qAbB4EFxVn. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZ6M_wlR1GfpbuEXH4R2eXQxsnfBWB-3S-qAbB4EFxVn. 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-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMe3kdbzwXrcUnpTFVpIzhwCki3aEJplYeUy40nvHp1VPPiiA7LwTDF8AaH9ie9onS6XiM1V-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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVMckRLpbzCkEZzrJT0KOh4GAhnCQBp7n5Zrt3B8uSE6. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVMckRLpbzCkEZzrJT0KOh4GAhnCQBp7n5Zrt3B8uSE6. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZ6M_wlR1GfpbuEXH4R2eXQxsnfBWB-3S-qAbB4EFxVn. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 31 jan. 2017.

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. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnW0BFjevXB1A3NYNwPCOnZZrMTYSXGv0_rrSgxVDnbmX. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. CADE. *Ato de concentração n. 08012.008810/2009-23.* Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Sony et al., 29 jun. 2011. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSWmv6dmXCoqtsXhK7Eq6cCact86Qex6eUTd5U-h3dIY. Acesso em: 19 jan. 2017.

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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnf7vHg-LR1QJXfFJHQI9-0XJs6lkY_5R147uI4sec_LK. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUDRSQzyOXk5fVvhxHrAsNX676JEGgqZl5sjlBzi5WzA. 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-fAe4ZUaXIR3v-7-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.

CADE. *Processo n. 08700.003211/2016-94*. 20 abr. 2016. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVFZUPs3cjrSbYIGEdhGWUVrgZOs-LkgCOS1JS1rExqD]. Acesso em: 21 jan. 2021.

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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr-

7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSTTvwj1q-QmjdE7tb7qYNhwaL0Vf-YBkgi1bioFNDs9V. Acesso em: 24 jan. 2017.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, *Ediouro,* 27 jul. 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFlcoIwKLBN. Acesso em: 24 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: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. 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-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGlIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh. Acesso em: 28 mar. 2018.

CADE. *Processo n. 08700.003498/2019-03.* 08 jun. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVQC2D_3JPvsAhl_hXjavTTCi13kdDbBL82qdlqRf78m. Acesso em: 21 jan. 2021

II) Jurisdição comunitária e europeia

II-1) Comissão Europeia

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. *Case M. 7932.* Commission decision of 27.3.2017, declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA: agreement (Case M.7932 – Dow/DuPont). 27 mar. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.805*. Commission decision of 11.4.2018 amending commitments, (Case M.8084 – Bayer/Monsanto). 11 abr. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8084_13335_3.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

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.

II-2) Tribunal de primeira instância

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Processo n. C-241/91 P. *Radio Telefis Eireann (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. C-7/97. *Bronner/Mediaprint.* 26 nov. 1998. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea-7d2dc30d587bd282649754fe9a2d8f7e46c7c4efc.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-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 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.

III) Jurisdição nacional francesa

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.

Índice Cronológico de Textos Oficiais

I) Brasileiros

BRASIL. *Alvará de 28 de abril de 1809*. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/. 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. I Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) – 1972/74. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plano-nacional-de-desenvolvimento-pnd. 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. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) – 1975/79. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF. 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/l8248compilado.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/l9279.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. 6/2009, do Senado, e n. 3937/2004 da Câmara dos Deputados, Relator: Deputado Pedro Eugênio, 2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/89289. 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-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNv-GMnqtuY9s5zbnPvfnYiuBhvl7asLinWf2UjGgpzfMMnV20eEelmaWH0I7Q3sVlrFJpAoVYj1uowW0inIagf. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal de 2016*. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em: 10 mar. 2017.

II) Comunitários e europeus

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.

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.