

CONTROLES SOCIAIS EXTRÍNSECOS DO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANTITRUSTE COMO TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Marcelo de Lima Assafim*

RESUMO

Este artigo considera a importância da legislação de livre concorrência como disciplinadora da economia de mercado, essencial à sua manutenção e cuja ausência ou deficiência pode levar ao colapso do consequente sistema. Com fundamento no Direito Constitucional Econômico e nos Direitos Fundamentais, o autor descreve a disciplina como Direito das Limitações da Liberdade de Concorrer. Inaugura análise específica das mudanças legislativas e políticas mais recentes no Brasil com epígrafe que procura delimitar o âmbito de aplicação da norma (Lei num. 8884/1994), elencando categorias de acordos e atos. Indica as principais medidas do Governo iniciadas em 2000 para revisão ou possível reforma do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (SEAE-MF, SDE-MJ e CADE). Nas mudanças legislativas já implantadas indica uma série de institutos, alguns inovadores, como o acordo de leniência, penas para recusa de informações, limitações do compromisso de cessão, a não obrigatoriedade de sigilo, entre outros. Por último, reúne elementos com o fim de indicar uma perspectiva de revisão da política de concorrência, anteveendo-se uma maior atenção às condutas, incluindo cartéis, práticas concertadas e restrições em acordos verticais – com menção às franquias e aos contratos de transferência de tecnologia.

PALAVRAS-CHAVES: CONCORRENCIA, LIBERDADE, EXCLUSIVIDADE, TECNOLOGIA, PROPRIEDADE INTELECTUAL, INVENÇÕES, PATENTENTES, INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, LIBERDADE DE EMPRESA, ACORDOS VERTICAIS, LIVRE CONCORRENCIA, ANTITRUSTE, DIREITOS FUNDAMENTAIS

* Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes; Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela na Área de *Derecho Mercantil* com Revalidação pela Universidade de São Paulo – USP (Dep. Direito Comercial) com financiamento (bolsa) CAPES para Doutorado no Exterior; Beneficiário do Programa conjunto PERT/95, CNPq (MCT) e Itamaraty (MRE); Professor do Curso de Graduação em Direito do Instituto UCAM Ipanema; Diretor de Estudos da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI e Diretor de Estudos da *Licensing Executives Society Brazil (LES-Brazil)*; Advogado Militante no Rio de Janeiro

ABSTRACT

This article considers the competition law as a fundamental support of the market economy and the absence or failure of its enforcement conduce the system to a collapse. The author reviews its basis on the economic constitutional law and the fundamental rights to describe the antitrust discipline as the “limitations of the freedom to compete” right. The text introduces a specific analysis of the last legislative and political changes in Brazil with a preliminary discussion about delimitation of the competition law enforcement scope. The author describes new institutions as the Brazilian leniency program to fight cartels and discuss the perspective of announced changes in competition policy, including cartels, concerted practices, vertical agreements and particular mention to franchise and technology transfer contracts.

KEYWORDS: COMPETITION, FREEDOM, EXCLUSIVITY, TECHNOLOGY, INTELLECTUAL PROPERTY, INVENTIONS, PATENTS, INOVATION, DEVELOPMENT, VERTICAL AGREEMENTS, FREE COMPETITION, ANTITRUST, FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

A concorrência tem sido uma preocupação mais constante entre os juristas brasileiros após a catalisação de um certo consenso entre acadêmicos e outros autores, no sentido de que, uma economia de mercado institucionalmente consagrada, a disciplina jurídica das relações de consumo não resolve o problema preço em situações de monopólio ou em mercados caracterizados por elevados níveis de concentração. Nesse caso, o custo do preço de monopólio é pago pelo consumidor, o que deverá implicar na piora na sua qualidade de vida: seja pela escassez, ou pelo sobre-preço. E se isto é assim, em setores caracterizados pela liberdade de empresa ou de iniciativa, tende a ser um fenômeno mais intenso no âmbito dos, assim denominados, serviços de interesse geral. Principalmente, se neste ultimo caso, em decorrência das barreiras à entrada que, em um modelo regulatório interpretado aquém dos seus fundamentos concorrenciais (quando previstos pelo Legislador), tais características costumam vigorar por mais tempo do que o socialmente conveniente. Monopólios e *trusts* sempre foram considerados

como um problema político e também econômico¹, especialmente porque tendem a subtrair a liberdade de negociar entre partes (*interaction between sellers and buyers*).

A disciplina jurídica da concorrência remonta ao final do século XIX, e apresenta traços marcantes da sociedade que demandou tal solução legislativa: falamos, em primeiro lugar, da sociedade americana e da Lei Sherman. Após isso, já no início da segunda metade do século XX, o enfoque europeu de um direito instrumental da concorrência a serviço da integração econômica têm a relevância de representar uma resposta contundente do Direito continental europeu (de raiz romano-germânica) a essa demanda social e aos objetivos da política de integração com fundamento do Tratado Constitutivo das Comunidades Européias².

Em ambos os casos, ressaltadas as discrepâncias entre os sistemas *comon law* e romano-germânico³, foram desenvolvidas categorias dogmáticas que, a luz dos precedentes, indicam e agregam determinadas restrições à livre concorrência que, uma vez incidindo no mercado tendem a ter efeitos potencializados em um ambiente caracterizado por determinados níveis de concentração, notadamente, aqueles considerados mais intensos. Nesse sentido, durante algum tempo, as autoridades empregaram largamente um critério informado por determinadas escolas da análise econômica do direito, designado pela tríade “estrutura – conduta – desempenho” para análise antitruste. Isso não significa que todas as categorias de infração contra ordem econômica (*antitrust violation*) estejam vinculadas à tarefa de “diagnóstico da concentração” estrutural do mercado em uma situação estática. Nem por isso tal critério implica na existência de uma discricionariedade absoluta e irrestrita para o recebimento de representações (*antitrust suits*) ou para as decisões de mérito. Ao contrário, a doutrina apresenta parâmetros para a interpretação do que em nosso sistema parece ser uma aleatória presunção legal.

1 SULLIVAN, E. T., “The Foundations of antitrust”, in: SULLIVAN, E. T., *The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. “The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem. ”

2 Especialmente com a finalidade de alcançar os diversos objetivos enumerados no art. 2o do TCE. Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss. Para más informaciones, v. Frignani, Aldo & Waelbroeck, Michel, *Derecho europeo de la competencia*, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.

3 Para uma análise do sistema alemão de proibições e isenções v. Straub, Wolfgang, *15 GWB als Generalklausel des Rechts gegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen*, München, Florentz, 1986.

Não obstante, a fotografia do mercado relevante em um determinado momento (análise estática em modelo de concorrência perfeita) pode não ser o elemento mais relevante para a análise antitruste em determinadas circunstâncias dinâmicas. Ao contrário, existem diversas situações onde uma violação antitruste (ou, no Brasil, infração contra a ordem econômica) deriva de uma conduta ou determinadas categorias de condutas que na dinâmica do mercado foram ou são capazes de engendrar uma alteração estrutural no sentido da concentração. Essa situação é mais evidente nos mercados caracterizados pela inovação, onde tecnologias alternativas ou concorrentes podem ser mais úteis ao direito de escolha do consumidor e à estrutura dinâmica dos mercados do que a existência de produtos homogêneos com base tecnológica comum⁴.

A inovação, por demandar determinados níveis de investimento, implica em um regime de proteção com fundamento em direitos exclusivos, como por exemplo, aquele da patente para as invenções (criações técnicas de fundo com aplicação industrial) e aquele do direito de autor sobre programa de computador para o *software*, e, também, mediante direitos não exclusivos empregados para proteger o investimento, como por exemplo, obrigações contratuais (restrições de comercialização – cláusulas de exclusividade, não concorrência, restrição à exportação, etc.- sigilo e cláusulas penais privadas) e institutos de repressão à concorrência desleal⁵. Setores da doutrina entendem haver interface entre ambos os ramos do direito (propriedade intelectual e antitruste), haja vista o fato de que enquanto uma previsão afasta, a outra defende a concorrência. Defender a concorrência implica na manutenção da situação de plena interação entre fornecedores e adquirentes, de maneira a não falsear o livre jogo do processo de formação de preço. Portanto, há uma série de categorias de acordos que têm sido objeto de análise em matéria *antitrust*, de parte da doutrina, além de decisões administrativas e judiciais dos mais importantes sistemas, e, especialmente, aqueles cujo objeto integra bens imateriais protegidos por direitos exclusivos.

4 Em que pese a favor destes o efeito das externalidades de rede. Nesse sentido, um produto que materializa ou incorpora uma tecnologia precedente pode ter mais valor relativo para seus usuários que uma tecnologia mais recente em função do número de usuários. Assim, portanto, um aparelho de fac-símile, por exemplo, é mais útil ao seu usuário a medida que incrementa o número de pessoas que também o utilizam. Essa mesma tecnologia perderá importância relativa a medida que, após o surgimento de tecnologias alternativas mais avançadas, os usuários da tecnologia de última geração aumentem em número e na medida em que estes venham substituindo o uso da tecnologia precedente em favor daquela.

⁵ V. art. 195 da Lei num. 9279, de 14 de maio 1996.

Entre estas determinadas categorias encontram-se aquelas que nascem a partir exercício dos direitos absolutos (*erga omnes*) concedidos pelo Ordenamento aos titulares de bens imateriais protegidos por propriedade intelectual⁶ (direito de uso exclusivo e direito de exclusão de terceiro), seja pela exploração direta ou indireta (através de licenças a terceiros). No caso de exploração indireta dos direitos de propriedade intelectual, o titular do direito, ao licenciar, costuma a adotar restrições que o protejam do risco de eventual concorrência do adquirente de sua própria tecnologia transmitida com a licença (inicialmente para o mercado de destino) no mercado de origem. De outro lado, o adquirente, costuma lutar por uma gama mais ampla de faculdades que permita a compensação de seu investimento local e assunção de riscos em um novo mercado (riscos comerciais, cambiais, tributários, etc.).

Notadamente, o exercício de tais direitos⁷ e o direito protetor da livre concorrência representam um ponto importante para análise sistemática. Nesse sentido, um autor anglo-saxão indica com Propriedade: § 2 of the Sherman Act prohibits monopolization and attempting to monopolize. In contrast, the grant of a patent is a grant of a 17 – year monopoly⁸. Não obstante, não consideramos a questão do possível choque entre patente (como outras categorias de propriedade intelectual) e direito de concorrência neste labor, como veremos a seguir, no item III *infra*⁹.

6 A doutrina alemã designa tal regulamento de TechTransGFVO, mediante o qual se estabelece um Regulamento de isenção (da proibição geral do artigo 81.1 do TCE) para determinada categoria de acordos de transferência de tecnologia, na forma do artigo 81.3 do TCE. Neste sentido, Helmut Lutz (*Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzverträge im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft*, Abril de 1996, págs. 269-272): “Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat nunmehr die lange erwartete Verordnung über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer- Vereinbarungen (TechTransGFVO)”. As restrições não isentas individualmente ou em bloco da aplicabilidade do art. 81.1. do TCE são consideradas nulas de pleno direito.

7 Para obter um importante estudo sobre os limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos de autor e industriais veja Oliveira Ascensão, José de, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

8Sobel, Gerald, “Antitrust and Technology”, in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982, págs. 191–220.

9Com relação ao amparo constitucional da propriedade intelectual, considerando as liberdades individuais, veja, Barbosa, Denis Borges, “Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 16-39.

Assim, a catalisação dos objetivos do antitruste em determinado sistema é imprescindível para formação de políticas públicas de concorrência, e afetam a dimensão do âmbito de aplicação do direito material de que se trata. Entre tantos outros objetivos do antitruste a enumerar, como por exemplo, o bem estar do consumidor (objetivo social), a eficiência econômica (objetivo econômico), a tutela das liberdades (objetivo político), i.e., ao fim e ao cabo, tutelar o interesse coletivo no somatório patrimonial que integra a ordem público – econômica. Neste último aspecto, devemos destacar um ponto especial: o **desenvolvimento**¹⁰ e o **empreendedorismo**, necessários ao fim maior de melhora da qualidade de vida dos cidadãos, e as conseqüências da eficiência na distribuição de renda. Contrário senso, a concentração pode provocar escassez artificial e subjugar vontades e liberdades¹¹. Trata, portanto, o controle social sobre a concorrência de um instrumento de tutela da dignidade humana: fim da ordem econômica e pedra angular da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, dado o interesse coletivo, garante-se a legitimidade da sociedade civil para demandar respostas mais concretas dos poderes públicos¹².

Na eventual inércia de determinadas políticas concretas, o posicionamento de entidades de classe torna-se um fator relevante, seja para o desenvolvimento de estudos específicos (a partir da capilaridade da demanda social), ou seja, para cooperação entre sociedade civil e o agente de políticas públicas. Esse é o caso dos acordos verticais, e, notadamente, os acordos cuja transmissão de propriedade intelectual integra seu objeto, que devem atender aos ditames do inciso XXIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

¹⁰ Para um conceito de desenvolvimento econômico, v. SOUZA, Nali de Jesus, *Desenvolvimento Econômico*, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 20 e segs.

¹¹ Para informações sobre os direitos fundamentais como direitos subjetivos expressos mediante a categoria jurídico dogmática das liberdades, vide CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1997, págs. 1243 e segs.

¹² Neste ponto está a importância do estudo constitucional das competências a luz da limitação dos poderes políticos. Pois se, de um lado, agentes públicos eventualmente excederem os limites constitucionais e legais de suas competências, de outro lado, a atuação aquém dessas competências pode implicar em omissão. No caso de constrição de liberdades, este aspecto conceitual fica tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (o direito de defesa seria um *Abwehrrecht*). V. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, págs. 1243 e segs. De outro lado, a omissão pode caber ao Legislador infra-constitucional. Nesse sentido, veja os estudos em matéria de inconstitucionalidade por omissão.

1 Preocupação de entidades de classe

A questão abordada com profusão na literatura e políticas públicas em outros sistemas, não tem sido muito prestigiada no Brasil. Em grande medida pelas prioridades políticas em setores considerados mais prementes (como por exemplo, o combate a acordos horizontais, especificamente, cartéis, boicote, etc.), como também um certo receio de setores organizados da sociedade civil em incrementos dos níveis de intervenção estatal.

Essa percepção tem mudado sob a vista de determinadas entidades de classe. A Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI) aprovou sua Resolução de núm. 68¹³, de 15 de dezembro de 2005. A Resolução tem importância simbólica à medida que implica no reconhecimento de parcela representativa da sociedade civil sobre a necessidade de normas de defesa da concorrência como instrumento de controle social sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual. Também consagra um marco democrático de colaboração entre a sociedade civil e agentes públicos encarregados das políticas de concorrência. Como um passo importante nesse sentido, a Resolução foi remetida à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE)¹⁴ e à Coordenação do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE)¹⁵ da SDE. Não obstante, a formação do grupo de trabalho subsequente ainda pende de outros fatores.

Os trabalhos foram iniciados, através da Comissão de Estudos de Direito da Concorrência, em 2004, partindo de uma preocupação fundamental e duas outras derivadas. A primeira preocupação é a segurança jurídica, em menor grau, as duas outras subsequentes são tanto a delimitação de competências de organismos públicos, como também, os procedimentos aplicáveis¹⁶.

13 A Resolução foi firmada pelo presidente da ABPI, Gustavo Leonardos, pelo Relator, Cláudio R. Barbosa, pelo Coordenador da Comissão de Estudos, José Carlos Vaz e Dias e pelo Vice-Coordenador, ora no papel autor, João Marcelo de Lima Assafim.

14 Na pessoa do Secretário de Direito Econômico, Daniel Krepel Goldberg.

15 O DPDE foi representado, na interlocução realizada entre a ABPI e a SDE pela, então Coordenadora Bárbara Rosenberg.

¹⁶ Atualmente, os procedimentos estão previstos em Portaria SDE num. 4, de 5 de janeiro de 2006. Vide <http://www.sde.gov.br>

A preocupação primeira, acerca da segurança jurídica, justifica-se a partir da perspectiva e de efetivas mudanças em matéria de política da concorrência no Brasil¹⁷. Assim, a perspectiva (e em alguns casos a realização) de nova interpretação administrativa em *leading cases* preocupa os agentes econômicos que participam de mercados estruturalmente mais concentrados, e em muitos casos, as empresas que investem em inovação funcionam em mercados com essas características.

Mudanças que se iniciaram a partir de importantes mudanças legislativas em 2000 e, foram revigoradas em 2003, com a então mudança de governo. Assim, a atenção do poder público, antes com enfoque quase exclusivo nas estruturas de mercado (atos de concentração de empresas) passa a considerar a importância das chamadas condutas. I.e., a partir de 2000, com as Medidas Provisórias de núms. 2055¹⁸ e 2056 surge importante reforma de direito adjetivo com vistas ao reforço dos instrumentos de prevenção e repressão de acordos e condutas uniformes horizontais tanto em regime de liberdade de empresa (livre iniciativa) como em setores regulados, como por exemplo, a distribuição de derivados de petróleo no varejo. Concomitantemente, a aprovação de um decreto presidencial, de 11 de agosto de 2000, criou grupo de trabalho para a reforma do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. O objetivo era, além da reforma orgânica para a criação de um tribunal da concorrência, a reforma do direito material da concorrência no Brasil. O projeto de lei derivado deste grupo de trabalho ainda está em tramitação no Congresso nacional. Trata-se do Projeto de Lei núm. 5.877/2005.

Ainda que o referido Projeto não tenha sido consagrado com sua aprovação, algumas relevantes modificações, inicialmente introduzidas por medida provisória do poder executivo, foram absorvidas pela Lei num. 10.149/2000¹⁹. Esta norma reforma a LDC mediante a introdução de institutos inovadores na disciplina da concorrência brasileiro, como acentuado destaque para o combate de acordos horizontais, como por exemplo, o acordo de leniência

17 Para mais informações, veja nosso ASSAFIM, João Marcelo de Lima, “Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro: a Lei no 10.149/2000 e Perspectiva de Nova Política, Revista da ABPI no. 68, jan./fev. de 2004, pp. 55-68.

18 A Medida Provisória no 2.055, de 11 de agosto de 2000, com apenas quatro artigos com força de lei, modifica diversas disposições da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei no. 8.884, de 11 de junho de 1994 que, para efeitos deste artigo, doravante designaremos de LDC. A MP, no texto do seu artigo 1o, altera e amplia a redação dos artigos 2o, 26, 30, 35 e 53 da LDC. Tais novos dispositivos ingressaram definitivamente no Ordenamento com a aprovação da Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000¹⁸, que alterou a LDC.

19 DOU de 22 de dezembro de 2000.

(delação premiada); proibição de extinção de punibilidade mediante compromisso de cessação para determinadas infrações (práticas e acordos horizontais); e incremento das penas aplicáveis aos atos de obstrução à investigação ou à instrução de procedimentos administrativos²⁰. Por último, o incremento de precedentes em matéria de acordos horizontais traz como tema da hora, reflexões sobre a matéria.

A segunda preocupação está na aparente concorrência de competências na análise dos contratos de transferência de tecnologia (CTT). Sendo o CTT, na verdade, um grupo de contratos socialmente típicos e formais (licença de patente, licença de marca, assistência técnica e transmissão de conhecimentos técnicos ou *know-how*), a inscrição em registro público como requisito essencial de forma *ad probationem* é de competência (ou atribuição, como prefeririam os processualistas) exclusiva do INPI. Se de um lado, o INPI já fez uso da regulação impositiva para um controle social *formalistic* da averbação dos CTT, mas de conteúdo com inocultável inspiração antitruste no passado (v. Ato Normativo num. 15, de 1975), a interpretação atrofiada administrativa do art. 54 da LDC a luz de influências anglo-saxônicas (que a supostamente afastam dos fundamentos de sua identidade – e origem genética - com o antigo Regulamento 17 da CEE), acaba por deixar um vazio de omissão administrativa em uma matéria interdisciplinar. Nesse vazio, depreende-se que, como um movimento natural, outras políticas setoriais ocupem o espaço regular ou irregularmente omitido pela política da concorrência. Não obstante, isso deixa implicações nas zonas cinzentas, onde existe controvérsia sobre a exata delimitação de competências de agentes públicos. Se de um lado, a Administração não deve servir a atos viciados de legalidade e, portanto, não deve estar limitada no exercício da função de administrar, de outro, a superposição de “tráfegos procedimentais” em única via, sem a devida “separação de pistas de mão e contra-mão”, pode causar “desastres” (uma analogia ao termo empregado na tecnologia da informação). Além disso, a delimitação do poder político é matéria de sede constitucional. Acredita-se que um protocolo de cooperação entre o INPI e a SDE pode, ao mesmo tempo, evitar tais “desastres” (mora na análise, exigências sucessivas, falta de transparência de critérios, etc) e coibir agentes de má fé em função do risco de análise pela SDE

20 O conteúdo desta norma abrange os seguintes itens: A-1) Da Legitimidade Passiva de Sucursais; A-2) Das Penas para recusa de informações; A-3) Da não Obrigatoriedade de Sigilo; A-4) Dos Prazos Processuais; A-5) Da Inspeção e da Busca e Apreensão; A-6) Das Limitações do Compromisso de Cessação; A-7) Do Acordo de Leniência; A-8) Das Custas e Emolumentos. Vide. Assafim, J.M.L., Aspectos..., cit., pp. 58 e ss.

e julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois as penas previstas nos artigos 23 e 24 da LDC são elevadas (a multa pode chegar a 30 por cento do faturamento no exercício financeiro de que se trate).

Assim, em função da nossa participação na vice-coordenação na comissão de estudos, procuramos, já no início das discussões (marcada por pontos de vistas sempre muito discrepantes) reunir elementos para análise dos aspectos jurídicos e econômicos da propriedade intelectual. O resultado deste estudo fundamentou a justificativa da minuta aprovada pela comissão, especialmente, no que tange à relação entre a proteção jurídica da inovação e o desenvolvimento. Assim, vejamos o disposto a seguir.

2 ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS GERAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O amparo científico da doutrina econômica e jurídica permite-nos concluir que a inovação representa um importante vetor de desenvolvimento econômico²¹. Várias teorias já consagradas, como por exemplo, a nova teoria do desenvolvimento econômico, coloca a inovação ao lado dos demais fatores de produção tradicionais (capital, trabalho e insumo) como relevantes para o ambiente empresarial, bem como os instrumentos empregados direta e indiretamente pelos poderes públicos para incentivar o progresso tecnológico²².

Em primeiro lugar, o progresso tecnológico é incentivado indiretamente nas economias de mercado, mediante a proteção de determinadas inovações (consideradas de maior valor)

21 O simples acúmulo de fatores de produção como capital e trabalho não são suficientes para explicar o crescimento econômico, como por exemplo, aquele ocorrido nos Estados Unidos nos anos 1920. SOLOW, Robert, "Technical Change and the Aggregate Production Function", *Review of Economics and Statistics*, vol. 39, 1957, pp. 312 e ss.

22 Não obstante, existem estudos econômicos que comprovam que, indistintamente, em todos os setores, a decisão de investir em inovação não seria tomada na hipótese de inexistência de um sistema de patentes. V. LEVIN, R, *Empirical Studies of Innovation and Market Structure*, in: SCHMALENSEE, R, *Handbook of industrial Organization*, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (*A New Look at the Patent System*, *American Economic Review*, , v. 76, 1986, pp. 196 e ss.). Para um estudo jurídico, v. SILVA, M. M. *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência*, Almedina, 2003, pp. 55 e ss. V. nosso ASSAFIM, J.M. L., *A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual*, Lumen Juris, 2005.

através institutos específicos que atribuem direitos exclusivos²³ (mediante a outorga de direitos de propriedade intelectual) e não exclusivos (mediante instrumentos de repressão à concorrência desleal); em segundo, através de políticas de fomento em setores específicos (financiamento e linhas de crédito para pesquisas de base e aplicada²⁴, benefícios fiscais, ou, ainda, isenções antitruste).

Nessa primeira perspectiva, o progresso tecnológico se desenvolve através da divulgação de criações do espírito humano que, introduzidas em empreendimentos ubicados ao longo da escala produtiva (indústria e comércio), permitem diferenciar o produto ou serviço aperfeiçoado dos produtos ou serviços concorrentes ou mesmo tornar mais eficiente os modos de produção. Daí surge uma das vantagens da inovação que determina a sua abordagem como elemento central do fenômeno da concorrência. A diferenciação reduz as possibilidades de substituição.

Não obstante, a concepção de inovação é mais ampla, e abrange, entre outros, determinados aspectos relativos às artes, eventualmente não confinados em si mesmos, e, indo além de sua concepção original, atingindo um funcionamento mais amplo e reverberando para alguma das várias formas de exploração industrial. Entre as criações do espírito humano que integram a noção de inovação estão as obras artísticas (e demais criações a elas equiparadas) e as criações de fundo (invenções e modelos) e de forma (desenhos) com aplicação industrial. De outro lado, os sinais distintivos têm importância mais destacada para o tráfego jurídico em âmbito comercial.

Os direitos de propriedade intelectual outorgam ao seu titular direitos exclusivos quanto ao uso de determinada criação intelectual (e/ou exercício dos consequentes direitos de exclusividade) que afetam as atividades econômicas de maneira impactante, no sentido de que tais exclusivos são instituídos com a finalidade de criar um incentivo especial para o desenvolvimento de inovações que, ao fim e ao cabo, deverão contribuir para o progresso tecnológico da comunidade.

Por esta razão, o inovador, criador do bem imaterial protegido pelas regras do direito da propriedade intelectual (tanto no âmbito da indústria com no das artes) fica resguardado contra a

23 LEHMAN, Michael, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights", IIC, v. 16, 1985, pp. 524 e ss.

24 Sobre o processo gerador de tecnologia V. ASSAFIM, A Transferência..., cit. p. 17 e ss..

concorrência de copiadores que não se sujeitaram aos custos de pesquisa e desenvolvimento que integram a nova tecnologia (*free riders*) inerente ao processo criativo com aplicação industrial. Os custos de uma linha de pesquisa *ex ante*, tão somente serão suportadas mediante a contrapartida de uma expectativa de resultados *ex post*.

O inventor ou titular fica protegido contra a reprodução de sua concepção inventiva pelos concorrentes, que não tiveram que suportar os custos de pesquisa e desenvolvimento e/ou os riscos de comercialização de novo produto.

Esse **direito subjetivo patrimonial** que nasce da apropriação dos bens imateriais pelos institutos de proteção da propriedade intelectual se aproxima dos **direitos reais** (na concepção romana de propriedade para as coisas – bens materiais corpóreos) à medida que constitui um direito **erga omnes** ou **absoluto**, não obstante, discrepam de tais categorias, pois os exclusivos são integrados, ao mesmo tempo, tanto por **faculdades ainda mais amplas** do que aquelas típicas dos direitos reais sobre bens materiais corpóreos (como, p.ex., intervenção na propriedade de outrem), e, como estão **limitados material e temporalmente**.

Tais características decorrem dos objetivos da propriedade intelectual. Assim, concomitantemente, dois objetivos são perseguidos: fomentar o progresso tecnológico incentivando a realização de inovações; e, salvaguardar o acesso do público às inovações e aumentar o patrimônio de conhecimento disponível à sociedade.

A questão do **exercício dos direitos** de propriedade intelectual na **circulação econômica** abrange o **uso da tecnologia pelo seu próprio titular** ou através da transmissão de determinadas faculdades a terceiros mediante **acordos de licença**. Estes acordos costumam implicar na adoção de **restrições contratuais** ou **unilaterais** com o fim de **proteger os investimentos na criação, fabricação e distribuição** de bens materiais que **incorporam tecnologia** e, assim, **fomentar a atividade empreendedora**. Provavelmente, sem tais garantias legais e contratuais, o titular não se sentiria incentivado a disponibilizar temporariamente sua tecnologia a um concorrente potencial ou efetivo²⁵, o que implicaria em redução do número de empreendimentos. A titularidade de direitos de propriedade intelectual implica na **outorga de exclusividades** que, no curso da atividade econômica pertinente, deve gerar condições favoráveis à compensação *ex*

25 O que limita o aproveitamento social da tecnologia, seja pela não divulgação, não exploração empresarial, seja pela sujeição do consumidor a menos uma alternativa de escolha.

post do investimento e redução do risco assumido *ex ante* com a pesquisa aplicada e na introdução de novo produto, considerando, ainda, que as eventuais restrições que os exclusivos possam eventualmente introduzir diminuindo o enfretamento entre **produtos** potencialmente concorrentes com objetivo de diminuir os riscos de entrada de novo produto no mercado, não significa que o exercício de tais direitos exclusivos seja prejudicial à concorrência entre tecnologias. Ao contrário, esses direitos criam condições para gerar concorrência dinâmica entre tecnologias diferentes²⁶. Não obstante, o exercício de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido.

Essas características da inovação, protegida pela propriedade intelectual, indicam a importância dos fatores tradicionalmente incluídos na análise levada a cabo pelo Direito da concorrência no âmbito dos incentivos à inovação, especialmente, barreiras à entrada, a elasticidade das substituições da oferta e da demanda, o lapso temporal necessário à entrada de novos concorrentes e os níveis de concentração do mercado. Não obstante, estes elementos de análise estática podem não atender às necessidades específicas do controle social próprio da concorrência de tecnologias, caracterizada pela dinâmica que permite “criar” e “destruir” produtos e processos²⁷.

3 NOVO ENFOQUE DA INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMPETITIVIDADE PELAS AUTORIDADES ANTITRUSTE

A preocupação da sociedade civil torna oportuna no Brasil a reflexão sobre um tema um tanto esquecido, seja pela doutrina comercial seja pelos agentes de políticas públicas: o impacto da inovação na concorrência. Nesse sentido, merece recuperação a evolução da questão em sistemas mais avançados neste tipo de análise. Desde meados dos anos noventa, amplo debate que congregou a doutrina econômica e jurídica, bem como empresários e autoridades de vários países (principalmente nos Estados Unidos e União Européia), analisou-se a relevância do

²⁶ Como ocorre, por exemplo, na indústria de tênis esportivos, com as distintas tecnologias de redução de impacto.

²⁷ Para informações sobre a teoria evolucionária, veja WITT, Ulrich, *How Evolutionary is Schumpeter's Theory of Economic Development?*, Industry and Innovation, Vol. 9, Num. 1/2, April / August 2002, págs. 7-22, pág. 7.

crescente impacto da inovação na concorrência²⁸. Durante as audiências públicas nos Estados Unidos, conduzidas pela FTC, procurou-se enquadrar a aplicação do direito *antitruste* diante do fenômeno considerado como um novo tipo de concorrência.

Esse debate refletiu rapidamente nas políticas da União Européia, principalmente com a elaboração do Relatório da Comissão de 1996, e culminou com a aprovação de um novo Regulamento de isenção por categorias de acordos de transferência de tecnologia, que veio substituir seus precedentes em matéria de licença de patente e licença *de know-how*²⁹.

Assim, a inovação sai da posição de aspecto relevante, mas não primordial, para ocupar a posição de questão prioritária, tanto na União Européia como nos Estados Unidos. De igual maneira, reconhece-se o papel primordial da transferência de tecnologia no progresso tecnológico e na competitividade dos empresários em um mercado com tendências de incremento das trocas comerciais globais. Essa mudança de prioridade suscitou uma releitura da maneira como o direito da concorrência deve encarar a inovação. Como reflexo, identificam-se casos como o da Microsoft, que ocupou autoridades norte-americanas, européias e, também, brasileiras, sobre os problemas decorrentes do impacto concorrencial de certas práticas de inovação e difusão de tecnologias. Portanto, um Brasil que tem por meta ser competitivo no mercado mundial não deve ignorar a importância de sua política da concorrência na defesa da inovação³⁰, considerando que está é uma das pedras angulares do crescimento econômico que conduz ao desenvolvimento.

Não obstante esse caráter de agente fomentador da concorrência dinâmica que ostenta a propriedade intelectual, o exercício de tais direitos na circulação econômica dos bens portadores de tecnologia, reconhecidamente, tem especial relevância para estudos em matéria de práticas restritivas e de abuso de posição dominante.

²⁸ v. FTC, FTC – *Staff Report, Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech, Global Market Place*, Vol. I, Washington DC, May 1996

²⁹ Regulamento CE núm. 240 / 1996, de 31 de janeiro. Este regulamento foi substituído pelo Regulamento CE núm. 772/2004.

³⁰ Para efeito deste labor, as inovações consideradas são aquelas com aplicação industrial, i.e., a tecnologia industrial, a biotecnologia e as tecnologias da informação e comunicação. Além disso, do ponto de vista do bem-estar social, a inovação isoladamente não é o mais importante, senão a sua difusão, o uso da tecnologia inovadora pelo seus potenciais adquirentes ou consumidores.

Algumas dessas restrições não implicam em análise antitruste, outras, embora incluídas no âmbito das proibições legislativas antitruste, podem ser autorizadas ou isentas individualmente, ou em grupo, mediante a adoção de procedimentos administrativos sumários, já aplicados para outras categorias, desde que observadas determinadas compensações consideradas “pró-competitivas”, i.e., que representam ganhos de eficiência e benefícios para a concorrência, tanto de produtos como de tecnologias.

Tanto as principais categorias de restrições (e de práticas não restritivas) como também as consequentes compensações devem ser objeto de reflexão e opinamento das autoridades antitruste, com o objetivo de (1) garantir a proteção efetiva da concorrência (2) e oferecer as empresas a segurança jurídica adequada³¹.

O tráfego jurídico de tecnologia e de tecnologia incorporada em produtos pode ocorrer mediante atos e acordos horizontais e verticais. Não obstante, a peculiaridade do objeto, ainda deve-se considerar a importância da diferenciação de critérios para análise entre acordos verticais e horizontais, recomenda o tratamento e análise sob a égide de único quadro disciplinador e regulatório, que possa abranger os atos e acordos sobre tecnologia, considerados os objetivos e as peculiaridades da proteção jurídico institucional da inovação mediante propriedade intelectual.

A evolução do quadro regulatório concorrencial, em outros países, tem demonstrado tanto as necessidades de simplificar os critérios de análise como, ao mesmo tempo, promover uma releitura dos critérios tradicionais. Com isso, dedica-se menos ao elenco de cláusulas e acordos sujeitos à proibição, insistindo em maior medida na definição das categorias de acordos que estão autorizados até determinados níveis de poder de mercado. Ainda, procurar-se especificar aquelas cláusulas e acordos que não devem figurar em tais acordos sem uma análise individual. Essa concepção tem se mostrado mais coerente com o enfoque econômico que dá lastro ao labor de avaliar os impactos de tais acordos nos mercados de referência (de produto e de tecnologia).

Nesse mesmo sentido, a distinção entre acordos e atos entre/de competidores e não competidores converge com dito enfoque, dado o fato de que um acordo de transferência de tecnologia entre não competidores tende a ser pró-competitivo e admite níveis de concentrações

³¹ Para um estudo econômico acerca do papel do Estado a luz da teoria evolucionária, veja BURLAMAQUI, Leonardo, *Evolutionary Economics and the Economic Role of State*, in: BURLAMAQUI, CASTRO e CHANG, *Institutions and the Role of the State*, Cheltenham (UK) / Northampton, MA, Edward Elgar Pub. (USA), 2000, págs. 27-52.

mais elevados convivendo com determinadas restrições contratuais à concorrência. Fica claro que não há lugar para proibições per se, não obstante, a atitude anti-empresarial deverá ser punida pelo controle social em defesa da livre concorrência, como por exemplo, um investimento em inovação que não tenha justificativa econômica, nos moldes da inovação predatória.

Em grande medida, a circulação econômica de tecnologia ocorre mediante a conclusão de contratos de transferência de tecnologia, não obstante outras determinadas categorias de contratos podem incorporar tecnologia em seu objeto, em caráter principal ou acessório, como por exemplo, os contratos de franquia e de distribuição.

Os contratos de transferência de tecnologia, a seu turno, têm como prestação essencial a concessão de licenças de tecnologia ou de direitos da propriedade industrial. Em caráter geral, este tipo de acordo costuma contribuir para o aperfeiçoamento da eficiência econômica e, por conseguinte, para a concorrência. Entre os aspectos positivos, podem-se agrupar os seguintes: a redução de situações de pesquisa e desenvolvimento duplicados, o reforço dos incentivos para inovação mediante pesquisa e desenvolvimento iniciais, a facilitação da difusão dessas tecnologias e a contribuição para o incremento da concorrência no mercado de produtos.

Assim, a probabilidade de incidência dos efeitos pró-competitivos, i.e., efeito que melhoram a eficiência e são benéficos para a concorrência, é maior, e deve prevalecer sobre aquela hipótese de incidência de efeitos contrários a concorrência devido às restrições contidas em acordos de transferência de tecnologia.

Para que se possa alcançar os objetivos e causa dos contratos de transferência de tecnologia, os benefícios eventualmente proporcionados por aplicação de uma política concreta, deve ter sua aplicação estendida às disposições e acordos contidos nos contratos de transferência de tecnologia que, mesmo não constituindo objeto primário ou prestação essencial de tais acordos, mas que estão diretamente relacionados com a aplicação da tecnologia licenciada.

4. Perspectiva de Revisão da Política de Defesa da Livre Concorrência

Parte da expectativa acerca de mudanças criada em 2002 não se concretizou. A mudança de governo em 2002 representou uma natural mudança também na condução da política vigente

até então (como também com relação às prioridades do GTI instituído no mandato precedente), não obstante, em 2007 continuam algumas das mesmas preocupações quanto a eficácia da LDC e das recentes modificações legislativas. Identidade que não se constata, por exemplo, no entendimento acerca dos novos rumos a serem tomados pelo “Sistema” - seja quanto a sua possível reforma orgânica, seja quanto à reforma legislativa pretendida (pelo menos na forma até então pretendida) ou mesmo quanto aos critérios de análise e descentralização de análise. O projeto de Lei no 5.877/2005, parece não ir muito mais além da reforma estrutural que transforma o CADE em um conjunto de órgão, englobando um Tribunal de Defesa da Concorrência, importado parte substancial do direito material da LDC, salvo o sistema de isenções pensado pelo Legislador no artigo 54 da LDC.

A atuação conjunta da SDE e da SEAE, desde o primeiro momento, indicou que seria o prenúncio de nova política da concorrência, e por vezes chegou a dar impressão de execução imediata, principalmente mediante atos de regulação compartilhada (como a Portaria Conjunta 849). Não seria, assim, impróprio concluir, tanto pelos sinais exteriores do exercício regular das competências administrativas (execução da função de administrar)³² como por declarações e pronunciamentos das consequentes autoridades, tendem a não abraçar integralmente os entendimentos que fundamentaram a política de concorrência nos governos precedentes.

Em primeiro lugar, a SDE e a SEAE têm sinalizado que propostas como a de criação de uma agência ou mesmo a menos ambiciosa (mas não menos polêmica) criação de uma superintendência instrutória única perdem espaço para o que seria uma atuação administrativa com “repartição de competências”, com o fito de evitar o que o Governo entende ser

³² Particularmente a atuação da SDE e SEAE no primeiro semestre de 2003, que intensificou o número de decisões em matéria de acordos horizontais e um sensível incremento na instauração de averiguações preliminares e processos administrativos em matéria de condutas. *Vide*, por exemplo, no caso desta última categoria, interessante parecer exarado pela **Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)** no âmbito dos Processos Administrativos nº 53500.001821/2002; 53500.001823/2002; e 53500.001824/2002, protocolado no CADE em 18 de setembro de 2003, referentes à denúncia apresentada pela **Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (EMBRATEL)** e pela **Intelig Comunicações S.A. (INTELIG)** em face das empresas **Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp (TELEFONICA)**, **Telemar Norte-Leste S.A. (TELEMAR)** e **Brasil Telecom Participações S.A. (BRASIL TELECOM)**, no sentido de que estas estariam incorrendo na prática restritiva vertical de elevação dos custos dos rivais através de discriminação de preços do insumo “*interconexão para o acesso local*” ou de subsídios cruzados no segmento de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – STFC para Longa Distância – LD.

“superposição de competências”³³. Nesse sentido é que, provavelmente, o legislador transfere as competências instrutórias da SDE em matéria de concorrência para Superintendência-Geral.

Em linha de consequência, esse primeiro aspecto deverá afetar um segundo aspecto, que constitui o ponto nevrálgico do direito da concorrência: a revisão da delimitação do âmbito de aplicação da normativa pela Administração³⁴, na forma do artigo 31 do Projeto, que remete ao artigo 20 da LDC.

Infere-se, então, agora, a partir do Projeto, a possibilidade de confirmação do entendimento de que a SEAE deverá ocupar-se predominantemente (no que tange a análise sócio-econômica) com a aplicabilidade da norma sobre os atos de concentração, e, por conseguinte, depreende-se que a Superintendência-geral poderá dispor de mais recursos para dedicar-se à análise de uma categoria um pouco esquecida: as condutas. Nesse sentido é que se infere a mais lúdica e oportuna preocupação da Superintendência-geral, que tem externado a importância da análise das condutas e doravante deverá voltar o foco de atenção da Administração para tais fenômenos (que não estão restritos aos acordos e práticas concertadas horizontais). Como se sabe, as condutas não estão restritas ao cartel. Além deste típico acordo horizontal existem outros acordos que podem prejudicar seriamente o funcionamento dos mercados com a proliferação de restrições potencialmente anticompetitivas mediante, por exemplo, uso de práticas restritivas de negócios (*restrictive business practices*)³⁵ em acordos verticais³⁶ – entre outras restrições. As restrições que “surgem” em um determinado negócio (a

³³ Cabe ressaltar que as competências da SDE estão fixadas em lei, particularmente no artigo 14 da LDC. Entre tais competências fixadas pelo legislador está aquela de *proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo*. (v. inc. III do art. 14 da LDC). O exercício da competência é poder-dever da Administração, sendo-lhe defeso exercê-la aquém ou além do determinado pelo legislador, sob pena de configurar abuso ou omissão, conforme o caso.

³⁴ Que, ainda que paute o processo decisório administrativo, não vincula o poder judiciário.

³⁵ V. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht – Weltwirtschaftsrecht und europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 1983 e, do mesmo autor, *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology: A Study in Third World Development*, IIC Studies, vol. 4, 1980.

³⁶ COMISSION EUROPEA, Livro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, Bruselas, 22.01.1997.

princípio vertical), se não compensadas por um efeito pró-competitivo concreto³⁷, entre outros efeitos deletérios, têm o potencial de “contaminar” rapidamente todo o mercado e assumir a feição de uma grande conduta uniforme entre competidores – sem um poderoso difusor de ineficiência, em prejuízo final, por óbvio, do consumidor.

Neste ponto, o que chamamos de prenúncio de revisão de política da concorrência, considerando-se que as políticas assumem mundialmente certo protagonismo nas pesquisas acadêmicas em matéria antitruste, e em nosso País não se vislumbra exceções³⁸ nesse aspecto. Seria oportuno, por conseguinte, tomar conhecimento, então, de relevantes declarações do *policy maker* na aurora do atual Governo. A SDE em mais de uma oportunidade³⁹, anunciou que o até então paradigmático emprego do critério de análise fundado na velha tríade estrutura-conduta-desempenho pode não ser o método inequivocamente mais adequado para análise de condutas. Ou seja, nem toda restrição depende diretamente (de determinados níveis de concentração) da estrutura de dado mercado relevante. Assim a ordem dos fatos, considera-se que, mediante tal assertiva, além de outras coisas, esse dado significa que uma conduta restritiva da livre concorrência, para ser caracterizada como causadora de um desempenho anticompetitivo (e por conseguinte uma infração contra a ordem econômica), não depende, como uma relação de causa e efeito, de uma estrutura concentrada. Nesse sentido, reiteramos que, ao contrário, determinadas restrições em determinadas categorias de contratos e acordos podem contaminar todo o mercado e propiciar uma conduta uniforme em bloco por parte de concorrentes potenciais e/ou efetivos, ou, proporcionar ineficiências na alocação de recursos e impondo prejuízos meta-

³⁷ Como por exemplo, o acesso a determinada tecnologia (como a que introduz no mercado novo produto ou novo serviço), a qual, sem o emprego da restrição em acordo contratual não estaria disponível no mercado nacional.

³⁸ WESTON, G. E., "New Trends in the U.S. Antitrust Law: The Patent-Antitrust Interface as an Example", IIC, vol. 15, 3(1984), págs. 269-292.

³⁹ Como por exemplo, em recente palestra do Secretário de Direito Econômico, Daniel Kreppel Goldberg, em simpósio aberto realizado (em 19 de setembro de 2003 – com a presença de palestrantes ilustres como o Vice-Presidente da FIRJAN e o ex-Conselheiro do CADE, Ruy Santa Cruz) no auditório de importante escritório no Rio de Janeiro (Siqueira Castro Advogados).

individuais através divisão de mercados (limitações quantitativas a livre circulação de bens e serviços na Federação)⁴⁰.

Não exsurge evidente, por ora, a dimensão concreta desta política e se reverberará em uma segunda reforma legislativa mais ou menos intensa⁴¹. O que se depreende, isto sim, é que o número de averiguações preliminares e processos administrativos sobre condutas tendem a sofrer um incremento, seguindo a tendência de aumento do número de investigações. Assim demonstradas as coisas, estamos convencidos de que seria oportuno concluir, então, que, ante a preocupação da Administração com as chamadas condutas, a luz da experiência dos sistemas que já se debruçaram mais intensamente sobre a matéria, deverá estar na ordem do dia, a análise das restrições ubicadas em determinadas categorias de contratos específicos, como distribuição exclusiva, de transferência de tecnologia⁴² (licença de patentes, licença de marcas, know-how e assistência técnica)⁴³ e franquia. Não obstante, a revogação do artigo 54 significará um retrocesso para a possibilidade de uma política *ex-ante* para análise de contratos.

Neste ponto, mais uma vez, remete-se a questão ao método de descentralização de análise, pois os recursos humanos e financeiros são sabidamente escassos. Caso todos os contratos firmados no País fossem objeto de consultas ou notificação seria o colapso do Sistema. Não obstante, a atrofia injustificada do âmbito de aplicação engendra perdas irreparáveis para o

⁴⁰ Para mais informações a respeito v. FRIGNANI, A. & WAELBROECK, M., *Derecho europeo de la competencia*, (Vol. 4 del Comentario J. Mégret), Tomos I y II (versión española por I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales), Barcelona, Bosch, 1998.

⁴¹ Se de um lado, divulgação da questão pelos órgãos oficiais e na imprensa indicam o interesse na reforma legislativa, de outro, não mostra indicadores da abrangência. No Portal do Cidadão (sítio na rede do Ministério da Justiça, v. <http://www.mj.gov.br/>), reproduz o seguinte texto: *O governo pretende ainda alterar a lei 8.884 para tornar mais seletivo os atos de concentração que hoje precisam ser submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência. Pela lei, qualquer fusão ou aquisição que resulte em participação de 20% do mercado ou em que um dos participantes da operação tenha faturamento anual de R\$ 400 milhões precisa ser aprovada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além disso, a análise dos atos passaria a ser feita antes da operação e não depois, como acontece hoje.*

⁴² Não se trataria, por tanto, de incrementar ou diminuir atribuições da inscrição em registro público no INPI, senão, a atenção do Sistema nacional de defesa da concorrência a essas determinadas categorias. V. ASSAFIM, João Marcelo de Lima, *La transferencia de tecnologia en Brasil (aspectos contractuales de propiedad industrial)*, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela (ESP), 2003, págs. 368 e sigs.

⁴³ LUTZ, H., “*Technologie-, Patent- und Know-how-Lizenzverträge im EG Recht*”, RIW, 4(1996), págs. 269-272.

patrimônio coletivo que constitui a ordem econômica. Diante de tais perspectivas, novos estudos e linhas de pesquisa acadêmica poderiam, quem sabe, auxiliar na superação deste novo trajeto, e nesse aspecto o estudo instrumental de outros sistemas pode representar uma contribuição no mínimo relevante para o desenvolvimento de um método de descentralização que não represente desvio da Administração na execução de competências.

Em outra linha de considerações, deverá continuar existindo uma legítima preocupação das empresas quanto à segurança jurídica de contratos e cláusulas. A solução mais conhecida, deste aspecto em particular, estaria na transparência da fixação de critérios e na divulgação sistemática dos precedentes que contribuem para catalisar a cultura antitruste e a visibilidade das interpretações administrativas. As empresas e seus consultores jurídicos ou econômicos, cabenos aqui ressaltar, não têm tido, e, pelo que se depreende do Projeto, continuarão não tendo à sua disposição uma base analítica juridicamente segura para o estudo dogmático. São várias as dificuldades (já indicadas por nós em outros momentos), e, entre elas, podemos ressaltar aqui algumas preliminares: 1) quais restrições estariam fora do âmbito da proibição geral; 2) quais restrições estariam dentro deste âmbito de proibição geral; e, neste caso; 2.1) quais restrições à livre concorrência merecem uma autorização ou isenção por seu caráter pró-competitivo; ou, ao contrário, 2.2.) quais restrições à livre concorrência representam uma infração contra a ordem econômica; e, por último, 2.3.) quais restrições merecem uma análise caso a caso. Finalmente, em caso de isenção, como saber se a excepcionalidade seguiria em vigor independentemente do incremento do *market share* da empresa cuja restrição foi isenta ou autorizada, e, caso a decisão não seja perene, outro problema seria inferir quais os riscos da perda de efeito da decisão administrativa. Se, por hipótese, o Sistema preferir simplesmente isentar determinadas restrições, igual o que ocorria na Europa dos anos 1960 e 1970, sem ter que disciplinar de maneira transparente a matéria mediante a análise administrativa de méritos, nenhuma das questões supra indicadas poderá ser respondida se o método (e hermenêutica) contemplar um mínimo de rigor científico.

Pode-se descentralizar a análise sem perda de segurança jurídica ou expor cidadão a uma furtiva ausência de tutela de suas liberdades. Isso depende, naturalmente, do arcabouço

institucional e da política que possa dirigir seus destinos. Não obstante, uma análise administrativa transparente e bem catalisada permite a análise em grupos de condutas, cláusulas e contratos, onde a reunião de precedentes individuais permitiria, ainda, não só a redação de diretrizes, como também, se for o caso, de verdadeiras isenções por categorias. Nessa hipótese, poder-se-ia, então introduzir uma verdadeira política de *minimis*⁴⁴ e não a mera generalização imprópria dos critérios aplicáveis ao abuso de posição dominante para categorias outras.

Em nossas atividades de pesquisa, temos considerado, em outras ocasiões, que a identidade do direito material pátrio com a normativa do TCE permite a realização de um paralelo interessante, a partir do qual é cabível concluir que, a dogmática do sistema europeu não seria incompatível com o nosso sistema pátrio um sistema dessa natureza. Ao contrário, mostra-se inequívoca a inspiração do Legislador pátrio no arcabouço jurídico-institucional Europeu, dada a inequívoca coincidência entre os textos legais. A prescrição legal do inciso I do artigo 20 da LDC (mantida no artigo 31 do Projeto), preliminarmente, tem os seus fundamentos assentados nos mesmos princípios informadores do chamado Direito Continental europeu, e remete, em grande medida, a sua interpretação dogmática àquela do artigo 81.1 do TCE (proibição geral). Com isso, fica assente que o estudo comparado não só procede como tem indubitável utilidade para a Administração e profissionais especializados, ainda que seja do ponto de vista instrumental e guardadas as peculiaridades de cada sistema. Como elemento adicional, a doutrina não refuta a idéia de que o Regulamento (CE) n. 17 evidencia-se como um congênere do artigo 54 da LDC, cujo âmbito de aplicação tornou-se atrofiado em decorrência da interpretação administrativa (e possivelmente, com morte decretada pelo Projeto). Essa impropriedade hermenêutica não contribui para o aperfeiçoamento do Sistema, já que existem mecanismos próprios para descentralização da análise. Em outra linha de considerações, a

⁴⁴ Isto é, qual o teto de quota de mercado uma empresa pode ocupar para fazer jus ao benefício da isenção automática por categoria, superada a quota teto no mercado relevante, sujeita-se a empresa ao regime geral de isenção individual. Na UE este teto tem sido fixado em 5% para determinadas categorias de acordos verticais. V. Regulamento (CE) 2790/1999. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “*El Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de septiembre de 1999, sobre limitaciones verticales*”, *Actas de Derecho Industrial* (Instituto de Derecho Industrial da Universidad de Santiago de Compostela), Tomo XX, Madrid – Santiago, Marcial Pons, 1999, págs. 1467-1473.

obrigatoriedade de notificação “ex ante” seria um elemento importante, pois evitaria a “irreversibilidade” de atos consumados.

Mais que isso, a estrutura dogmática e institucional do Sistema nacional não só estaria afeita a um controle mais intenso das condutas em geral, como, até mesmo justificaria a adoção de uma espécie sistema de isenção por categoria de acordos como ferramenta de descentralização de análise antitruste, nos moldes do artigo 81.3 do TCE e do Regulamento 17 da Comissão das CE e, por exemplo, poder-se-ia instituir resoluções como o que ocorre com o advento do Regulamento (CE) 240/96, haja vista a possibilidade de autorizações ou isenções de maneira análoga mediante o emprego combinado do artigo 27 com outras disposições da LDC.

Talvez seja esse um caminho natural a ser considerado para fins de estudos dogmáticos especializados, e possivelmente, um instrumento que contribua para reduzir a banalização de outros instrumentos que, a seu turno, foram usados por profissionais do direito no intento de substituir a “ausência” da disciplina da concorrência para determinadas categorias, até então, entendidas como menos relevantes pela Administração. Este seria o caso, por exemplo, encontrado no Estado do Rio de Janeiro, que tem usado as disposições do CDC⁴⁵ como instrumento equivalente ao que seria um instituto de disciplina do funcionamento dos mercados (provocando assim um inchamento excepcional do âmbito de aplicação do CDC ao contemplar determinadas relações estritamente inter-profissionais como relações de consumo), o que só tem contribuído para banalizar o instituto e reduzir o caráter pedagógico da multa que, por ora, depreende-se incapaz de coibir parte substancial das infrações contra os direitos básicos do consumidor⁴⁶.

⁴⁵ Lei n. 8.078/1990.

⁴⁶ Art. 6º do CDC.

5. Conclusão

Uma reavaliação de rumos na política de concorrência vem sendo esperada desde a estabilização monetária proporcionada pelo plano real, e incrementada a partir de 2002. A grande mudança ainda não se concretizou, em que pese os avanços. Não obstante, o Projeto de Lei num 5.877/2005 indica uma aproximação de mudanças no horizonte. Como em 2001, ainda não existe precisão quanto à dimensão e real teor desta reavaliação política, não obstante, aventa-se uma ostensiva preocupação dos *policy makers* sobre a eficácia da LDC, até então, um tanto restrita aos atos de concentração.

O Projeto prevê uma reorganização institucional do sistema. Perde força o entendimento que levou a constituição do GIT na legislatura precedente, i.e., a instituição de uma eventual agência que arque com as atuais atribuições previstas nas normas de proteção e defesa da concorrência. Prevalecerá, por todo o exposto, o entendimento acerca da conveniência de matizar o que o Governo chama de “superposição de atribuições”. Com isso, a SEAE tenderá a ocupar-se mais da análise sócio-econômica de atos de concentração e setores específicos (como os regulados e neo-regulados), enquanto a SDE, transformada em Superintendência-geral, e como órgão do CADE (e não mais do Ministério da Justiça), tenderá incluir no âmbito de aplicação da interpretação administrativa as, assim chamadas, condutas e dos atos de concentração. De antemão, pode-se concluir que sob a nomenclatura de “condutas” encontram-se mais elementos do que a paradigmática categoria de acordos horizontais dos cartéis.

Não se sabe, ainda, quais as implicações das normas adjetivas instituídas por medida provisória e já consagradas pela aprovação da Lei n. 10.149/2000 ou daquelas que estão por vir, por ocasião dos resultados futuros que advirão das conclusões dos pensadores da nova política, e, quiçá, da nova Lei. Mas, parece-nos que a perspectiva de não introdução de modificações de grande envergadura no âmbito do direito material vem se consolidando.

Outrossim, mais uma vez, não ficou previsto, *ab initio*, uma função de administrar que possa orientar o mercado e fomentar a segurança jurídica dos negócios efetuados no Brasil ou

que nele produza efeitos, como p. ex., no caso da edição de *Guidelines* ou Diretrizes de Isenção por Categoria. Ainda que tais diretrizes não limitem a análise judicial, contribuem para a formação de uma cultura antitruste e engendram um ambiente seguro para o empresário perante a Administração, mais que isso, constituem ferramenta útil para os profissionais da área e funcionam a serviço do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ASSAFIM, J.M. L., A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2005.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima, “Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro: a Lei no 10.149/2000 e Perspectiva de Nova Política”, Revista da ABPI no. 68, jan./fev. de 2004.

BARBOSA, Denis Borges, “Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002.

FRIGNANI, Aldo & Waelbroeck, Michel, Derecho europeo de la competencia, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.

KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss.

LEHMAN, Michael, “The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights”, IIC, v. 16, 1985.

LEVIN, R, Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: CHMALENSEE, R, Handbook of industrial Organization, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (A New Look at the Patent System, American Economic Review, v. 76, 1986.

LUTZ, Helmut. Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzvertrage im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft, Abril de 1996.

Oliveira Ascensão, José de, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

SILVA, M. M. Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência, Almedina, 2003.

Sobel, Gerald, “Antitrust and Technology”, in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982.

SOLOW, Robert, “Technical Change and the Aggregate Production Function”, Review of Economics and Statistics.

STRAUB, Wolfgang, 15 GWB als Generalklausel des Rechts gegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen, München, Florentz, 1986.

SULLIVAN, E. T., “The Foundations of antitrust”, in: SULLIVAN, E. T., The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. “The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem.”