

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO EMPRESARIAL

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-572-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I tratou de temas atuais e relevantes da matéria. Os textos tratam das correlações do direito empresarial com as regras de compliance e governança, das intersecções entre direito e economia, entre direito empresarial e direito da concorrência, e aspectos de direito registral atinentes à atividade empresarial. São trabalhos que contam com perspectivas e fundamentos teóricos relevantes, alguns com pesquisas empíricas e levantamentos para ilustrar ou revelar aspectos da realidade interessantes ao cotejo com matrizes teóricas avançadas.

No âmbito da intersecção entre o direito de empresa, o compliance e o direito penal ligado a crimes econômicos, Marcelo Gonçalves da Unijui traz texto indicando que a punição dos poderosos é difícil. Propõe mudar o conceito de dolo e culpa para esses casos. Valeu-se da análise econômica do direito - AED para algumas validações, referindo ainda a ética negocial por meio de Saed Diniz. Ressalta a necessidade de paradigmas éticos para a economia. Eloah Quintanilha, da Universidade Vieira de Almeida - UVA também traz considerações sobre Compliance, a partir da observação de um tema peculiar, qual seja, o das dificuldades financeiras de gestão das universidades particulares. Referiu o grande número de ações de consumidores, com base em levantamento de 2010 a 2020. Segundo ela, atividade resta prejudicada por processos judiciais decorrentes de erros operacionais dos colaboradores da instituição. Uma forma de reduzir seria melhorar o nível de atenção ao compliance. A mesma autora tratou em outro artigo da abertura à iniciativa privada no Brasil e retração do Estado. Abordou a expansão por instituições novas, especialmente de 2010 a 2015, a guerra de preços do ensino superior e o efeito disso na qualidade de ensino, pois forçou a diminuição dos gastos (professores)., com prevalência do objetivo financeiro. Alexandre Eli Alves e Ricardo Barboza, de Araraquara, do Mestrado Profissional, apresentaram o tema de compliance em ME e EPP. Ressaltaram a importância das PMEs, responsáveis por 52% empregos formais. Em contrapartida, têm elevada taxa de mortalidade: 1 a cada 4 fecha a cada dois anos. É o vale da morte empresarial. Dentre as causas: Falta de planejamento; Dificuldade de financiamento; Falta de controle; Confusão de funções; Má gestão. Observaram o compliance das grandes corporações. Propõem um modelo de consultoria inovadora., com 10 itens e atenção ao custo. Os mesmos autores ressaltaram em outro artigo a questão do fechamento das PMEs relacionando-o ao aumento de demandas judiciais.

Em outra linha, mais voltada aos contratos, Amanda Madureira, do CEUMA, com análise econômica do direito sobre casos do STJ, trouxe aportes aos conceitos de força maior, caso fortuito, reforçando o papel do judiciário para essas definições. A mesma autora tratou da função social do contrato e a reforma da LLE. Analisou Informativos do STJ para concluir sobre Interpretação do princípio da função social do contrato. Sugere redimensionar o conceito para conferir mais segurança aos contratos. Helena de Moura Belli, da PUC GO, também tratou da LLE. Reflete sobre a mudança gerada, a partir de amostra no Estado de Goiás, nos anos de 2020 e 2021. Segundo as autoras, o percentual de inscrições como empresa e empresário subiu. Com a revogação do 980-A. Dez de 2022 terá ocorrido a migração completa das EIRELIs. Em Goiás 88,2% são limitadas. No Brasil são 90%. Houve queda expressiva do registro do empresário individual. Atribuíram a mudança à alteração da LLE. O Professor André Lupi também trouxe dois artigos, um em parceria com mestrando Vinícius sobre Onerosidade excessiva nos negócios empresariais, e outro, sobre os contratos de concessão e distribuição na jurisprudência brasileira, enfatizando, em ambos os casos, a linearidade da jurisprudência brasileira em matéria de contratos, em geral deferente ao princípio constitucional da livre iniciativa e seu corolário na teoria geral dos contratos, o princípio da autonomia da vontade.

Ainda houve temas ligados a direito societário, trazidos por Castelo Branco, da Cândido Mendes e Gama Filho. Trata de empresas familiares, adquiridas por investidores. Relata os problemas de descontinuidade muitas vezes visto. Por sua vez, o Professor João Assafin trata da intersecção entre propriedade industrial e direito da concorrência, mostrando os efeitos econômicos dos monopólios assegurados pelo Estado aos inventores e demais titulares de direitos exclusivos de propriedade industrial. Em tema próximo, Erickson Marques, da Uninove, abordou os direitos autorais do coreógrafo, em especial tratando de direitos dos sucessores. Anota haver falta proteção legal e mesmo proposição doutrinária. Dec 78: coreógrafo como executante e não como autor. Na Lei n. 9610, a proteção independente de formalidades. Exteriorização é registro. Paradoxo. Interpretação. Matéria de prova. Criação da obra é suficiente. O registro é apenas meio de prova.

Finalmente, Rejane Guimarães da Universidade de Rio Verde, GO, apresenta texto sobre a ata notarial. Nota dificuldades de prova no ambiente do agronegócio e sugere a ata notarial como prova preliminar, melhor do que medidas cautelares. Sua utilidade estaria para registrar a interferência dos fenômenos naturais e documentar situações.

SUSTENTABILIDADE E CONCORRÊNCIA: A INTERSEÇÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO E ANTITRUSTE

SUSTAINABILITY AND COMPETITION: THE INTERSECTION BETWEEN PUBLIC DEVELOPMENT AND ANTITRUST POLICIES

João Marcelo de Lima Assafim ¹

Resumo

A construção de uma ponte entre sustentabilidade e concorrência não é intuitiva, nem automática. Para alguns, seria até uma especulação bizarra. Entretanto, está ostensivo o interesse público em ambos os flancos do direito econômico – como a disciplina jurídica da intervenção dos poderes públicos na economia-. Este assunto passa pela revisão dos objetivos do antitruste e sua importância para as políticas públicas de desenvolvimento. Bom, perguntar-se-ia, como desenvolvimento e sustentabilidade poderiam entrar no âmbito do antitruste? As questões políticas não seriam matérias estranhas aos aspectos técnicos da livre concorrência? Haveria guarida constitucional? Seria necessário alterar a legislação antitruste? Escolas de pensamento econômicas teriam alguma importância?

Palavras-chave: Sustentabilidade, Concorrência, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Building a bridge between sustainability and competition is neither intuitive nor automatic. For some, it would even be a bizarre speculation. However, the public interest is evident on both sides of economic law – such as the legal discipline of the intervention of public authorities in the economy-. This subject goes through the review of antitrust objectives and their importance for public development policies. Well, one might ask, how could development and sustainability come within the scope of antitrust? Would not political questions be matters foreign to the technical aspects of free competition? Would there be a constitutional shelter? Would it be necessary to change the antitrust legislation? Would economic schools of thought matter?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sustainability, Competition, Public policy

¹ Professor

SUSTENTABILIDADE E CONCORRÊNCIA: A INTESEÇÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO E ANTITRUSTE

O direito antitruste é guardião de democracia, pois o monopólio corrompe.

I. PREÂMBULO

A construção de uma ponte entre sustentabilidade e concorrência não é intuitiva, nem automática. Para alguns, seria até uma especulação bizarra. Entretanto, está ostensivo o interesse público em ambos os flancos do direito econômico – como a disciplina jurídica da intervenção dos poderes públicos na economia-. Este assunto passa pela revisão dos objetivos do antitruste e sua importância para as políticas públicas de desenvolvimento. Bom, perguntar-se-ia, como desenvolvimento e sustentabilidade poderiam entrar no âmbito do antitruste? As questões políticas não seriam matérias estranhas aos aspectos técnicos da livre concorrência? Haveria guarida constitucional? Seria necessário alterar a legislação antitruste? Escolas de pensamento econômicas teriam alguma importância?

Mesmo em uma aproximação preliminar, este questionamento interdisciplinar, senão, multidisciplinar, é um problema central para pesquisa jurídica aplicada, e, principalmente, para a aplicação do direito. Para reunir elementos com vistas a responder essas questões, necessário examinar três ângulos: o ambiente (mercado), o direito positivo e as políticas de concorrência.

II. O AMBIENTE: A PANDEMIA

A pandemia trouxe a beira do colapso a economia mundial, a brasileira, não é exceção. Trata-se de uma recessão sem precedentes. A combinação dessa imprevista “intervenção” de um vírus com os problemas conjunturais exigiu uma reação dos

governos. O que, por certo, mudou a concepção de estado e revisão de todos os limites da intervenção dos poderes públicos na economia.

A retomadas das economias, segundo o presidente do FED no governo Trump¹, dependia de dois fatores: (1) vacina e (2) intervenção estatal (incentivo à atividade econômica). Ao fim e ao cabo, uma associação de pesquisa aplicada e intervenção estatal mediante políticas públicas.

Assim, a percepção do ângulo social na gestão das empresas ganhou reforço. Autores da envergadura de Mariana Mazzucato, pessoalmente no Fórum Econômico de Davos², destacou o fato de que o novo tempo exige um, assim denominado, “stakeholders capitalism”³. Esse debate revisa a origem da riqueza e enfrenta o polêmico problema da distribuição da riqueza ao mesmo tempo que infunde na cultura da governança corporativa valores relacionados aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável. No entanto, ainda surge como uma inovação, neste momento, a articulação destes temas com a livre concorrência.

¹ “O chairman do Federal Reserve, Jerome Powell, disse que uma recuperação econômica dos EUA pode se estender até 2021 e um retorno total pode depender de uma vacina contra o coronavírus. “A economia se recuperará. Pode demorar um pouco... Pode estender-se até o final do próximo ano. Realmente não sabemos”, disse Powell em comentários transmitidos na CBS, como parte de uma entrevista pré-gravada mais longa, que será transmitida neste domingo à noite no noticiário “60 Minutes” da rede.” -Vide <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/05/17/powell-do-fed-diz-que-retomada-economica-plena-depende-de-vacina-para-covid-19.htm>

² “É preciso rever a origem da riqueza. Ontem, em painel com as presenças de Klaus Schwab, fundador e chairman do Fórum, e Alexander De Croo, primeiro ministro da Bélgica, a economista ítalo-americana Mariana Mazzucato, defendeu uma revisão da origem da riqueza econômica. “Não acredito que teremos um capitalismo de stakeholder se continuarmos a dizer que a geração de riqueza acontece apenas nas empresas”, afirmou a professora de economia da inovação na Universidade College London, no Reino Unido.

O que Mazzucato defende é que nenhuma conquista do setor privado, desde o iPhone até a Alexa, acontece sem alguma ajuda dos governos. A internet, inovação da qual toda a indústria de tecnologia depende, é o melhor exemplo dessa dinâmica – afinal, ela foi criada pelo governo americano.” Vide <https://exame.com/esg/davos-debate-como-colocar-em-pratica-o-capitalismo-de-stakeholder/>. Vide também MAZZUCATO, Mariana, O Estado Empreendedor – Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado, São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

³ As transformações ocorridas no mundo, não somente os danos decorrentes das decisões gerenciais da atividade econômica, mas a repercussão destas nas questões de saúde pública surgidas com a pandemia, acabaram levando a um movimento a favor de reforma nas concepções de governança.

A articulação entre concorrência e desenvolvimento não é nova. Do lado econômico, Piketty⁴ ganhou um prêmio Nobel descrevendo, em linhas gerais, que embora o produto tenda a crescer, concentrará sempre mais rápido do que cresce. De novo, a velha controvérsia da distribuição de riqueza. O grande problema antitruste do momento: o poder conglomeral. Assim, a distribuição equitativa dos resultados passa por vários mecanismos como, por exemplo, o acesso ao crédito⁵, a recuperação judicial (em substituição a execução concursal), o incentivo fiscal ao investimento em pesquisa aplicada, a cooperação entre universidade e indústria para inovação, incentivo a pequenas e medias empresas, mas, principalmente, a legislação antitruste.

As novas regras de liberdade econômica⁶, bem como a disciplina do desenvolvimento sustentável, não são consideradas isenções antitruste, pois não teriam autorização do legislador constituinte para isso. Há razões para isso, a primeira, é o fato de que o mercado é um patrimônio de titularidade do povo brasileiro, por determinação constitucional⁷. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil ao mesmo tempo, estabelece o direito ao desenvolvimento a bem do cidadão brasileiro, e, também, estabelece a indisponibilidade deste bem jurídico, por integrar o interesse público.

III. A PEDRA ANGULAR: O DIREITO CONSTITUCIONAL.

A questão está no âmbito de aplicação dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, 170, 218 e 219 da CRFB, que infundem todo o ordenamento. Neste diapasão, fica muito claro que o direito ao desenvolvimento integra os direitos fundamentais do cidadão brasileiro e do estrangeiro domiciliado no Brasil a partir da pedra angular da dignidade da pessoa humana.

⁴ PIKETTY, Thomas, O Capital no Século XXI, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁵ No caso brasileiro, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Social-.

⁶ Lei de liberdade econômica (incluir número da Lei).

⁷ Vide art. 219 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988.

Entre os princípios fundamentais o art. 1º da CRFB estabelece que “[A] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”.

Na sequência o art. 3º estabelece que “[C]onstituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.”

O direito ao desenvolvimento permeia o texto constitucional, especialmente os artigos 5º, 170, 218 e 219 da CRFB. O Art. 5º determina que “[T]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIX - 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”.

Com efeito, essa questão ganhou relevância renovada em decorrência da pandemia, especialmente, relativamente a aprovação de vacinas pela autoridade sanitária, de um lado, e pela produção local sob o regime jurídico de contratos de transferência de tecnologia. Com efeito, os direitos exclusivos (especialmente, a patente, mas sem descartar desenhos e marcas) permitem lucros de monopólios que incentivam ou atraem (como isca) o capital para trilhas nunca tentadas; no entanto, quando

monopolistas tem o poder de bloquear essas trilhas, a legislação de defesa da livre concorrência (antitruste) precisa necessariamente intervir⁸.

Sem embargo, todas as questões de interseção entre propriedade intelectual antitruste (análises de condutas restritivas a livre concorrência) parte do estudo alcance dos direitos da propriedade intelectual. O objetivo deste labor é a delimitação das faculdades que integram o exercício regular de tais direitos de propriedade intelectual (doravante DPIs), e, no limite, a dimensão do domínio público.

A primeira situação problema incide sobre o âmbito de aplicação dos exclusivos e, na falta destes (seja por expiração, seja por opção de não proteção) ou incidência de limites (intrínsecos ou extrínsecos) dos DPIs, a delimitação do alcance das disposições de repressão à concorrência desleal.

Por fim, a partir de tais limites, formula-se a questão acerca da dimensão da respectiva liberdade de empreender (de incumbentes e novos entrantes) e a repressão de abusos com efeitos anticompetitivos mediante as normas antitruste.

Assim, o corrente labor de investigação demanda esta análise para distinguir as situações de exercício regular daquelas de exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual (DPI).

Com efeito, há relação direta entre a inovação tecnológica e o trabalho. **O trabalho é um direito social** na forma do art. 6º da CRFB e remete ao art. 170 “[A] **ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: (...)

1 - soberania nacional;

⁸ KÄSEBERG, T. Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2012, p. 177 e ss (ed. eletrônica para mobile). “Joseph Schumpeter... may have been right when he wrote that monopoly profits are ‘the baits that lure capital on untried trails’. But when monopolists have the power to block those trails competition law needs to intervene. Harry First”

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como se pode observar, a Constituição da República Federativa do Brasil está alinhada com o capitalismo de *stakeholder*, especialmente, os parâmetros ESG de governança corporativa.

Mais que isso, no entanto, a conexão com a livre concorrência começa pelo direito de acesso aos mercados, pois a CRFB **veda o constrangimento a liberdade de empreender**, seja pelo Estado seja pelo monopolista, com base na interpretação sistêmica do seu parágrafo único: *[É] assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.* [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\).](#)

Assim, tanto a situação de exercício regular de direito (de tutela do exercício regular pelo empreendedor) como a de abuso de DPIs está sujeita ao âmbito de aplicação das normas de direito comum, porém, caso, além de dano na relação inter privados, o abuso de DPIs (como qualquer outro ativo econômico) venha engendrar externalidades negativas com impacto no mercado (como, p.ex., volume de vendas,

concentração estrutural, barreiras à entrada, escassez, impactos sobre preço, etc.), isso implicará em infração contra a ordem econômica.

Nesse âmbito, portanto, é relevante a fixação de critérios de análise, e, nesse sentido, pontos de parâmetro devem ser fixados com vistas a se reunir, mediante emprego de rigor técnico-jurídico, os elementos necessários que permitam delimitar ou circunscrever, com precisão, a esfera das faculdades do titular dos direitos de propriedade intelectual (esfera de poder jurídico do titular) e, em linha de consequência, identificar as situações que excedam os estritos limites desta esfera de poder jurídico.

Desta forma, pode-se estabelecer o primeiro teste para um critério objetivo: os exercícios dentro desta esfera de poder jurídico são exercícios regulares de direito, enquanto o que exceder tal esfera resta caracterizado como “conduta abusiva”. Esta conduta abusiva é reflexo direito do abuso de direito. Resta investigar se existem condutas abusivas nascidas de exercício de direitos obtidos regularmente.

Por conseguinte, é importante a caracterização da natureza jurídica do objeto e do direito, que são a origem e o destino da proteção específica material de que se trata. Sendo o objeto da proteção o conhecimento humano (criações de fundo e de forma e sinais) com aplicação industrial, devemos considerar como objeto os bens portadores deste conhecimento, que a literatura designa, também, de bens portadores de tecnologia.

Assim as coisas, o direito ao desenvolvimento é construído a partir da liberdade de empreender que, ao fim, expurga, ou sua tutela constitucional tem o objetivo de expurgar, as barreiras à entrada, estatais ou privadas. Nessa mesma linha de considerações, o direito ao desenvolvimento ganha especial destaque no texto do art. 218, ao estabelecer que: “[O] **Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação**” cf. a Emenda Constitucional no. 85 de 2015.

Por fim, o mercado é patrimônio nacional, na forma do art. 219, que determina: “[O] **mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, (...)**”. A combinação dos elementos de “bem-estar da população” e “autonomia tecnológica do país” exigem, ao mesmo tempo, a intervenção estatal (incluindo ambiente mais favorável e investimentos públicos e privados) em inovação e proteção do meio ambiente (em plena harmonia com o art. 170 da CRFB). Merece destaque, aqui, o incentivo ao desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, considerando-se o teor e a dimensão âmbito do texto constitucional, é obrigação do Estado estimular a inovação, e, por certo, reprimir atos contrários àquela, conforme o parágrafo único do art. 219 da CRFB: “[O] Estado estimulará a formação e o fortalecimento da **inovação nas empresas**, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais **ambientes promotores da inovação**, a atuação dos **inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.**” Bom, neste ponto, surge, mais uma vez a questão da atribuição patrimonial e do tráfego jurídico sobre os resultados da pesquisa aplicada, e, desta vez, a. vacina.

Por todo o exposto, a Constituição da República consagra do direito ao desenvolvimento, a proteção ao meio ambiente, incentiva a inovação e promove as atividades econômicas sustentáveis. Os atos e condutas restritivos da concorrência suscetíveis de frear a inovação, com ou sem apoio da Administração ou dos entes federativos, são inconsistentes com Constituição e com o ordenamento brasileiros. Nesse sentido, também estão sujeitos ao controle social às hipóteses das vantagens competitivas obtidas em decorrência da violação às regras ambientais. O direito positivo aprovado em sentido contrário é, portanto, também, inconsistente com a Constituição da República. Este é, portanto, o bem jurídico de que se trata quando a legislação infra constitucional tutela a Ordem Público-Econômica.

IV. O direito positivo.

O direito positivo em matéria de livre concorrência é a Lei número 12.529/2011, desenvolvida a partir do texto Constitucional (cf. art. 170 da CRFB, sem desconsideração a interpretação sistêmica da Constituição da República).

A questão sobre possível necessidade de alteração do direito positivo ocorre sempre que alguma inovação muda as relações de produção e/ou comerciais. Este é, por exemplo, o caso do crescimento das plataformas digitais. Em pesquisa no âmbito da LIDC, a resposta de associados de 11 países foi no sentido de que o direito antitruste não só alcança o referido fenômeno no seu âmbito de aplicação objetivo⁹, como, também, não necessita de nenhuma adequação do direito positivo. Nesse sentido, toda vantagem competitiva obtida a partir de abuso de direito, em sendo ato ilícito com impacto no mercado, está no âmbito de aplicação da LDC. Se essa vantagem competitiva vem de uma relação no âmbito (de uma violação) do direito ambiental ou em matéria de uma sustentabilidade inexistente simuladamente anunciada por agente econômico não acreditado, não antera o alcance do âmbito de aplicação da norma.

Não obstante, práticas que determinam a transparência nas relações mercantis estão em outras normas, como a Lei das sociedades anônimas (Lei no. 6404/1976), cuja reforma pela Lei número 10.303 gerou a incorporação de dispositivos alinhados com a cultura da governança corporativa. A ideia é fomentar o mercado de capitais com vistas a financiar o processo produtivo com a poupança popular, tirando no meio o “atravessador” o acesso ao crédito para produção, qual seja, o sistema bancário. Nesse âmbito, valores sociais passam a integrar a governança do, assim denominado, novo mercado, por advento, inclusive, da adoção dos padrões ESG (ou ASG em

⁹ Vide ASSAFIM, JML. International Report. in: Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, Pranvera Këllezi. Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions, Berlin: Springer Deutschland. 2018. pp 3–40.

espanhol). Assim, a questão não está confinada a parâmetros para cálculo do preço justo de ação em caso de fechamento de capital, por exemplo, mas na correta avaliação da inovação atribuída pela propriedade intelectual. Incluindo as tecnologias verdes e o exercício regular de direitos.

Portanto, o foco central das normas de defesa da concorrência está na liberdade de escolha em função da variedade de oferta e da interação entre fornecedores e adquirentes, mediante o expurgo de barreiras à entrada de novos concorrentes, e, também, na prevenção e repressão de restrições por agentes, que resultem na imposição de dificuldades injustificadas (incremento de custos de rival) ou atos abusivos de exclusão¹⁰ aos incumbentes (condutas restritivas como vetor exclusão anticompetitiva).

Assim, a articulação entre as normas de concorrência e exclusivos, nascidos da outorga de propriedade intelectual mostra-se, na prática, ainda, uma tarefa difícil. No entanto, o problema não é tão novo como se pode supor. Casos clássicos como o Consent Decree IBM (1956) e o KODAK já abordaram a disciplina da interseção dos direitos de PI e antitruste. Agora, situações antes nunca previstas, como o *greenwash*, podem estar no centro do debate sobre ESG e livre concorrência ao mesmo tempo.

O avanço em outras jurisdições no mundo. Os casos dos EEUU e da UE são precedentes interessantes ao estudo da concepção de sustentabilidade como matéria de interesse do antitruste.

V. O interesse público e o objetivo do antitruste.

O objetivo do antitruste para algumas escolas de pensamento está restrito a eficiência na alocação de recursos. No entanto, não há consenso nesse aspecto, mas não só em

¹⁰ “These so-called exclusionary practices are believed to be methods by which a firm can gain or maintain monopoly power without such cooperation. The main practices are tying, predatory prices cutting, vertical mergers, exclusive dealing, and refusal to deal.” POSNER, R., *Antitrust law*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, pp. 320 e ss.

decorrência da aplicação do art. 101.1 do TFEU¹¹ (em um sistema de proibições e isenções), o próprio projeto de lei que se converteu na lei Sherman trazia além da proibição de restrições no comércio entre os estados da federação americana, outros dois elementos: o **bem estar do consumidor** e a **interação entre fornecedores e adquirentes**.

Fato é que o interesse público é tutelado na medida em que o ato gera, as assim denominadas, externalidades negativas que transbordam as relações privadas e atingem interesses difusos ou individuais homogêneos.

O mercado interno é patrimônio nacional, conforme a CRFB. Nesse sentido, a hipótese de distorção do processo de formação de preço, ao se impor preço de monopólio ou uma alocação ineficiente, i.e., a sujeição do consumidor à carestia (advinda do peso morto do monopólio ou do abuso de poder de mercado) implicara em, na melhor das hipóteses, mais horas de trabalho do consumidor e, ao fim e ao cabo, tempo de vida. Na pior das hipóteses, o consumidor submeter-se-á a escassez e, portanto, em caso de medicamentos, por exemplo, risco de vida propriamente dito. Trata-se, portanto, de um interesse indisponível. Nesse sentido, a autoridade antitruste não pode dispor do interesse difuso (coletivo ou individual homogêneo) do consumidor ao optar uma isenção antitruste ou, ainda, omitir-se da competência de realizar instrução de uma restrição a livre concorrência. A fixação de regras e sistematização de precedentes, como por exemplo o padrão de prova, funcionam a serviço da segurança jurídica, indissociável do artigo 1º da Constituição, do Estado Democrático de Direito¹².

Portanto, o bem jurídico objeto da tutela antitruste é o mercado que, segundo o artigo 219 é patrimônio dos cidadãos.

¹¹ Dispositivo que o legislador brasileiro, se não copiou com “ponto e vírgula”, inspirou a redação do artigo 20, I, da Lei número 8.884/1991 (DOU de). O texto fora mantido no artigo 36 da Lei número 12.529/2011 (DOU de).

¹² Em harmonia com as regras gerais de procedimento administrativo, a Lei numero 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

VI. Políticas de Inovação e Atribuição patrimonial do conhecimento.

As políticas públicas de inovação no Brasil guardam relação com o direito ao desenvolvimento, com fulcro no artigo 219 da CRFB. Este artigo estabelece que *“mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”*

Existe, claro, a possibilidade de distorções. Assim, a realização deste fenômeno será possível desde que existam políticas de expurgo de abusos, i.e., de combate às barreiras à entrada ou às condutas predatórias ou exclusionárias¹³ quando injustificáveis do ponto de vista empreendedor (aquelas inibidoras da atividade empreendedora).

Por certo, a lei de inovação e a lei do bem estão no centro desta questão. Com efeito, faz parte das políticas de desenvolvimento¹⁴ atrair novos entrantes e a propriedade intelectual é um dos fatores de incentivo (mas não o único e nem um fim em si mesmo). Em outras palavras, do ponto de vista dinâmico, em função da exclusividade que impede a reprodução não autorizada, produtos com características distintas podem concorrer em um mesmo mercado relevante em função do uso de tecnologias distintas, como acontece, por exemplo, na hipótese dos diversos modelos de tênis de corrida que incorporam tecnologias variadas para a mesma função técnica de amortecimento de impacto. O monopólio temporário sobre um produto que tenha sucesso de mercado e características tecnológicas próprias que o diferencia de produtos similares não significa que este produto não possa ser substituído num prazo maior ou menor de tempo por outro produto não idêntico, ao contrário, a tendência é

¹³ A exclusão anticompetitiva pode ocorrer mediante acordos ou condutas unilaterais. Posner esclarece o fato de que esta é uma possibilidade, sujeita ao controle antitruste: “[S]ome economists believe that it is virtually impossible for a firm or group of firms ever to exclude competitors of potential competitors from the market, other than buying them out or paying them off in some other fashion, unless they have lower costs or obtain the aid of the government in the form of **a grant of a patent or other exclusive right.**” POSNER, Richard A., *Antitrust Law*, 2nd Ed. Chicago - London. Chicago Press. 2001, pp. 321.

¹⁴ Vide arts. 5º, caput e inc. XXIX, 218 e 219 da CRFB. Dispositivos em consonância com o art. 2º da CUP, bem como, com os objetivos da Agenda do Desenvolvimento da OMPI.

a de que aquele produto deva enfrentar a concorrência com produtos que, embora distintos, sejam concebidos com tecnologia substituta.

Não obstante, podem ocorrer também abusos suscetíveis de provocar distorções resultantes de condutas empregadas por titulares de PI para restringir, artificialmente, a concorrência mediante a imposição de obstáculos à entrada de potenciais concorrentes e à criação de novas tecnologias substitutas, incluindo a exclusão de concorrentes efetivos. Tais atos podem ocorrer mediante o exercício de exclusão, entre outras hipóteses, além do âmbito material e/ou temporal do conteúdo de sua proteção (como por exemplo, exercer o direito de exclusão por mais tempo¹⁵ do que seria lícito e legalmente admitido e intentos de exclusão além do escopo da proteção¹⁶) ou mesmo mediante restrições em práticas negociais e acordos de licença ou associações horizontais e verticais que impeçam ou dificultem o desenvolvimento tecnológico. Estes efeitos econômicos adversos são suscetíveis de ocorrer, especialmente, em mercados mais concentrados e/ou relacionados com necessidades básicas e de saúde do ser humano. Nestes mercados, relacionados com saúde pública, inclusive, existe a discussão sobre em que medida o exclusivo ajuda (ou não) o desenvolvimento tecnológico¹⁷. Não obstante tal polêmica, há consenso no sentido de que proteção “em demasia”, afeta negativamente a atividade empreendedora e o desenvolvimento econômico e humano.

¹⁵ São as chamadas condutas “*ever green*” (ou “sempre verdes”), que usa de estratégias para renovar o exclusivo (ou direito de “exclusiva”) antes de sua respectiva extinção. Trata-se de uma conduta mais comum em patentes (com vistas a permitir o respectivo agente se apropriar de conceitos técnicos ou evitar o ingresso de conceitos inventivos no domínio público). No entanto, é possível observar esta conduta em matéria de marcas, como estratégia contra a obrigação de uso e, portanto, escudo contra a caducidade. Para isso, o titular da marca caducanda deposita novo pedido para o mesmo sinal (objeto da marca caducanda), na mesma classe daquela. A consequência é, por certo, o indeferimento do pedido posterior em decorrência da anterioridade da marca caducanda. Para evitar o indeferimento do novo pedido, o titular da marca caducanda requer a desistência do respectivo registro. Trata-se de uma fraude à obrigação ordopública de uso local.

¹⁶ Por exemplo, medidas de exclusão promovidas por titular de patente contra atos de terceiros não alcançados pelo respectivo quadro reivindicatório, patente sabidamente nula pelo seu titular ou patente obtida por meios inequivocamente fraudulentos.

¹⁷ ODERMATT, Jed. *Investigating New Models of Pharmaceutical Innovation to Protect Human Right to Health, International Review of Intellectual Property and Competition Law - IIC*, no. 2, München, Max Planck Institut, 2009, pp. 173-181.

VII. A relação entre concorrência e inovação a luz das políticas públicas de desenvolvimento

Há várias referências a essa articulação entre concorrência e inovação. A primeira é a Agenda do Desenvolvimento da OMPI. Este documento, de iniciativa de Brasil e Argentina, conta com 45 recomendações e, destas, 14 tratam de concorrência e articulam-na com a inovação e a propriedade intelectual como uma espécie de controle contra abuso de direitos na preservação do emprego e das pequenas e médias empresas.

VIII. O meio ambiente.

O desenvolvimento sustentável tem previsão na reunião diplomática da ECO RIO-92. Surgem ferramentas financeiras para sociedades empresárias que comprem créditos que, ao fim e ao cabo, servem de autorização para “fritar” o planeta. Não obstante, muitas polemicas internacionais devem ser solucionadas, como por exemplo, o nível de exposição de cada país aos efeitos da degradação ambiental.

IX. Possíveis problemas:

Embora a questão do mercado de carbono não esteja solucionada no âmbito internacional, há o risco de sociedades descompromissadas com o desenvolvimento sustentável queiram, a partir de informações falsas, alcançar o consumidor ambientalmente mais engajado. Assim, primeiro problema pode ser a “lavagem verde” (greenwash).

O controle social pela autoridade de defesa da concorrência (*policy maker*) deve se adaptar melhor ao controle social dos mercados tecnologia e inovação, notadamente, aqueles caracterizados pela concorrência por superação.

Soluções.

Bom, ainda é um pouco cedo para definir um pacote fechado de soluções, mas, de outro lado, não se pode desconsiderar a hipótese de políticas públicas de desenvolvimento associadas as políticas de inovação sustentável e à dicotomia “digital verde”.

Conclusão

A contribuição espanhola é contundente na medida em que interage três autoridades, quais sejam, a comunitária (DGIV em Bruxelas), a nacional (TDC em Madrid) e a autonômica (Consello Gallego de Defesa da Competência). No Brasil, poder-se-ia considerar a hipótese de conselhos estaduais ou regionais.

A propriedade intelectual gera concorrência dinâmica. Assim, o exercício de direitos de propriedade intelectual funciona a serviço do desenvolvimento.

O monopólio, ou a posição de domínio, não é um ilícito nem proibida de per si. O que é ilícito é o abuso da posição de monopólio ou do poder de mercado.

Os casos de abuso de direitos de DPI são exceções. E nesse sentido, as derivações destas situações para externalidades negativas são ainda menos frequentes, e, por conseguinte, são mais raros os casos de condenação por infração contra ordem econômica por abuso de DPIs do que outras condutas, tais como, por exemplo, acordos horizontais.

No entanto, do ponto de vista da tutela da livre concorrência, a limitação temporal dos direitos de exclusiva devem ser rígidos: expirado o direito, nem mais um dia.

Na situação problema, não há de parte do fabricante do produto farmacêutico de referência, titularidade de direito de patente. Nesse sentido, não há direito negativo de exclusão que possa ser exercício contra concorrentes.

A discussão acerca da proteção de dados de teste ocorrem, sobretudo, como medicamentos que cujo principio ativo não fora objeto de depósito de pedido de patente no Brasil, nem em outros países.

Para determinados agentes econômicos houve obstáculos a proteção que impediram a tutela do investimento. Com efeito, no passado, houve impedimento depósito de pedidos de patente antes da LPI de 1996.

O direito antitruste é guardião de democracia, pois o monopólio corrompe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAFIM, JML. International Report. in: Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, Pranvera Këllezi. Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions, Berlin: Springer Deutschland. 2018.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima, A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais de Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.

ASSAFIM, J. M. L. A nova Lei de Defesa da Concorrência: perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência. In: Mendes, Gilmar Ferreira (Coord.); Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.); Coelho, Alexandre Zavaglia P. (Coord.).(Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.1,p.281-323.

ASSAFIM,J. M. L. Funções da Propriedade Intelectual: abuso do direito de marca e sinais desprovidos de poder distintivo- notas sob a ótica da livre Concorrência. In: Rafael Peteffi da Silva; Jose Renate Gaziero Cella.(Org.).I Encontro de

Internacionalização do CONPEDI. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v.8, p.197-232.

BENECKE, Dieter W., NASCIMENTO, Renata. **Reformas das Políticas Econômicas: Experiências e Alternativas**. Cadernos Adenauer. Ano IV, 2003, nº. 02. Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

CHANG, Há-Joon, 23 Coisas que não nos contaram sobre o Capitalismo, São Paulo: Cultrix, 2013.

FORGIONI, Paula, Fundamentos do Direito Antitruste. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2005.

FORGIONI, Paula, Contratos Verticais. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SAYEG, Ricaro Hasson. Práticas Comerciais Abusivas: Monopólio x Consumo – Abuso do Poder Econômico. Bauru: Edipro, 1995.

FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito. Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Campus, 2011

Hasenclever, L e Kupfer, D. Economia Industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus/2002.

KÄSENBERG, Thorsten, Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US, Oxford and Portland, Hart Pub., 2012

MAZZUCATO, Mariana, O Estado Empreendedor – Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado, São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

OLIVEIRA, Gesner, RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro. Renovar 2004

Pinheiro, A. C. e Fukasaku, Kiichiro. A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

PIRES. Adriano. FILHO. Leonardo Campos. **Investimentos em Setores de Infra-Estrutura: A Questão da Regulação do Monopólio Natural e da Defesa da Concorrência Visão Preliminar para discussão [02/10/2000]**.

PIKETTY, Thomas, O Capital no Século XXI, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração.
<http://www.fazenda.gov.br/SEAE/documentos/Guia/HTML>

Rigolon, F. J. Z. Regulação de infra-estrutura: A experiência recente. Rio de Janeiro BNDES revista nº. 7 1994.

SALGADO, Lúcia Helena, MOTTA, Ronaldo Seroa. Marcos Regulatórios no Brasil - O que foi feito e o que falta fazer: IPEA 2004.

SODRÉ FILHO, Antonio C. de Azevedo e ZACLIS, Lionel. Comentários à Legislação Antitruste. São Paulo: Atlas, 1992.