

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

SALETE ORO BOFF

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

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

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim; Salete Oro Boff – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-172-2

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Inovação. 3. Propriedade intelectual. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) apresenta mais uma publicação relativa aos trabalhos produzidos pelo Grupo de Trabalho DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA.

A presente coletânea de trabalhos é o resultado de significativas contribuições de pesquisadores, as quais foram socializadas por meio de apresentação durante o II Encontro Virtual do CONPEDI, realizado on line, entre os dias 2 a 8 de dezembro de 2020.

O escopo deste Grupo de Trabalho é justamente o de reunir pesquisas acadêmicas das respectivas áreas, as quais denotam a proporção que estas temáticas possuem na sociedade contemporânea.

Os trabalhos submetidos versão sobre as implicações das novas tecnologias (e biotecnologias) no Direito, especialmente no Direito de Propriedade Intelectual, e na Inovação, além de apresentarem discussões sobre temas como a concorrência desleal, a licença compulsória, as indicações geográficas e o sistema de Inovação e transferência de tecnologia.

A presente obra constitui-se num convite ao aprofundamento do debate e em incentivo às pesquisas na área.

Boa leitura!

Profa. Dra. Salete Oro Boff (IMED)

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim (UCAM)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.>

indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A PANDEMIA E A NOVA DIMENSÃO DIREITO DA LIVRE CONCORRÊNCIA
DIANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA: INTERESSE PÚBLICO INDISPONÍVEL E
COMPETÊNCIA FEDERAL**

**THE PANDEMIC AND THE NEW DIMENSION OF RIGHT OF FREE
COMPETITION BEFORE THE PERSON'S DIGNITY: UNAVAILABLE PUBLIC
INTEREST AND FEDERAL COMPETENCE**

**João Marcelo de Lima Assafim ¹
Luiz Eduardo Cardoso ²**

Resumo

A competência do policy maker não restringe o exame do poder judiciário em materia concorrencial. Ao contrário, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira assegura aos consumidores e aos interessados a busca de reparação e danos sofridos por violações antitruste. Com efeito, na medida em que as análises judiciais não suspendem as investigações administrativas, podem, por certo, examinar mérito antitruste, mesmo antes na decisão administrativa. No entanto, ainda não se tem um análise da jurisprudência após a criação das varas especializadas no âmbito da justiça federal da segunda região.

Palavras-chave: Pandemia, Livre concorrência, Propriedade intelectual, Direito, Dignidade da pessoa

Abstract/Resumen/Résumé

The policy maker's jurisdiction does not restrict the examination of the judicial branch in terms of competition. On the contrary, the Brazilian Antitrust Law guarantees consumers and interested parties the search for redress and damages against antitrust violations. Indeed, insofar as judicial analyses do not suspend administrative investigations, they can certainly examine antitrust merits, even earlier in the administrative decision. However, there is still no analysis of precedents after the creation of specialized courts within the scope of Federal Courts in the Second Region.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pandemic, Free competition, Intellectual property, Right, Dignity of the person

¹ International Rapporteur (2017) de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) - Paris. Presidente da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/RJ (2017-até o momento). Conselheiro da ABAPI.

² Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes. Professor de Direito Internacional Privado e Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes.

I – APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade testar a hipótese de aplicação da legislação antitruste pelo poder judiciário como competência residual originária das justiças estaduais, sem, no entanto, deixar de ressaltar a criação de varas especializadas em direito da concorrência no âmbito da Justiça Federal, de modo a facilitar a apreciação pelo Poder Judiciário das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Conforme restou demonstrado neste artigo, a criação de varas especializadas em direito da concorrência deriva de resolução proferida pelo Conselho Nacional de Justiça para atender à tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no sentido de que o domicílio do autor também é foro competente para o ajuizamento de ação em face das autarquias federais, ampliando-se o âmbito de aplicação do artigo 109, §2,º, da CRFB.

O objetivo é permitir que o indivíduo tenha maior acesso aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, com o objetivo de defender os seus direitos mais básicos, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana verifica-se atendido quando o Estado assegura aos indivíduos o exercício dos direitos fundamentais. Entre outros, merece destaque o direito a vida, sem menoscabo de outros, como por exemplo, o direito ao desenvolvimento.

No caso em tela, como demonstrado, o direito da concorrência é importante vetor para se evitar que condutas (horizontais e, também, segundo doutrina mundial, verticais) e concentrações estruturais envidadas por agentes econômicos com vistas criar ou manter ilicitamente monopólios, prejudiciais aos consumidores em todos os mercados, mas, sem embargo, ainda mais sensível em questões relativas à saúde pública, que afeta diretamente o princípio da dignidade humana. Por certo, se subtração de único bem de um cidadão é objeto de imputação penal mediante ação púnica, e, portanto, incondicionada, a subtração patrimonial de trato sucessivo dilatada no tempo, por sobrepreço (lucros abusivos) artificialmente imposto por agente dominante ou restrição contratual não consensual.

A importância das relações verticais para a análise antitruste, ganhou nova dimensão com nascimento da, assim denominada, nova economia que, por sua vez, não escapa do controle social antitruste. O consenso sobre o risco de problemas em acordos e condutas unilaterais verticais foi destacada pela totalidade das jurisdições que integram a Ligue International du Droit de La Concurrence (LIDC) na conferência de 2017 sobre o crescimento das plataformas digitais.

Esta importância foi, com efeito, hipertrofiada com o advento da pandemia, e, por certo, limites de recursos para as várias esferas políticas do poder executivo cujas “competências” (ou atribuições) podem alcançar, isolada ou combinadamente, as respectivas demandas sociais, tendem a não lograr êxito em responder a todas.

Neste quadro, a surge com especial relevância a hipótese de prestação jurisdicional em matéria antitruste, tanto para aplicação direta da Lei de Defesa da Concorrência, como, ao fim, para efeitos de revisão dos atos administrativos que materializam as decisões autárquicas, incluindo-se, nesta análise, a possibilidade de mudança de critérios de análise e de padrão de prova, sem desconsiderar o incremento do peso relativo da literatura e precedentes europeus, mais compatíveis com o direito positivo brasileiro.

I - A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PEDRA ANGULAR DA DEMOCRACIA E BEM JURIDICO INDISPONÍVEL

O agente público, que guarda a livre concorrência, é, ao fim e ao cabo, guardião da democracia. Essa não é uma assertiva vazia. O combate ao monopólio tende a reduzir as hipóteses de captura e corrupção, e, para isso, basta examinar a importância, por exemplo, do controle de carteis, e, especialmente, do acordo de leniência nas investigações pertinentes.

O monopólio, embora, a princípio, não ilícito em si, tende ser um ambiente fértil para a captura, e, até mesmo, frequentemente, a corrupção, dada a tentação do monopolista em “tentar” realizar tudo o que estiver ao seu alcance para manter sua posição de monopólio (alcançar ou tentar alcançar). Os atos praticados para obter o monopólio ou manter a posição de monopólio, estes, sim, são atos ilícitos.

Invariavelmente, segundo a literatura internacional e pátria, o ambiente estruturalmente concentrado¹ – embora não restrito aí – tende frequentemente a ser o cenário de condutas restritivas à livre concorrência, seja via fixação de preço em cartéis clássicos ou puros (naked)² ou seja via conduta exclusionária ilícita através do uso de um direito de patente obtido mediante fraude³, postergado além da expiração (sobreposição⁴) ou inexistente. Todos são atos ou acordos empregados para o mesmo fim: obter ou manter a posição de monopólio com medidas extra mercado ou extra preço detrimento do consumidor.

A ordem econômica, como o ambiente onde está situado, em depósito, o somatório do patrimônio de todos os brasileiros, e, este interesse, senão difuso, individual homogêneo, é, portanto, indisponível. Este é um ponto sensível para ser examinar os limites da competência para conclusão de acordos entre a autoridade antitruste e o administrado investigado, bem como, os limites da revisão judicial de tais acordos.

A descrição da ordem econômica é fácil se parte da tutela do patrimônio coletivo, um interesse difuso, podendo, quiçá, integrar, ainda, a noção de direito individual homogêneo, por ser quantificável. Trata-se do somatório do patrimônio de toda a população brasileira, sendo consumidor ou não, sendo ou não agente econômico, seja fornecedor ou adquirente.

¹ No Brasil, em regra, os ambientes concorrenciais (mercados relevantes) são frequentemente concentrados sob aplicação do *Herfindhal Hirschman Index* (HHI). Veja o exemplo dos atos de concentração a seguir:

Kolinos-Kolgate, Brahma-Antartica, Nordisk-Biobras, Itaú-XP.

² “A cartel is a **group of firms** who should be competitors, but who have agreed with each other to “fix” their prices in order to earn monopoly profits. Cartels are analyzed under Section 1 of the Sherman Act, which prevents contracts, combinations, and conspiracies in restraint of trade. Price fixing is said to be “naked” when it is unaccompanied by any joint venture or other integration of the participants’ business activities. Naked price fixing is per se illegal under par. 1. This was established in an important series of price fixing decisions. *U.S. v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 166 U.S. 290, 17S.Ct. 540 (1897); *U.S. v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 47 S.Ct. 377 (1927); *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811 (1940).” HOVENKAMP, H., *Antitrust*, 4th Ed., Thompson/West, St. Paul (Minnesota), 2005, pp. 92.

³ “The principal patent misuse cases that presented issues of antitrust policy were cases in which the patent owner conditioned the use of his patented process or product on the licensee’s buying another, unpatented product from him, as when the patentee of mimeograph machine required his licensees to agree to buy the ink they used in the machine from him.” POSNER, *The Economic Structure of the Intellectual Property Law*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 2003, p. 372.

⁴ “A ilegalidade – da (b) sobreposição de direitos de exclusiva ou (a) da “escolha” de tutela à bem jurídico que conta com natureza diversa da genuína causa constitutiva – [e reiteradamente elencada pela legalidade estrita, seja no diploma da Lei no. 9.279/1996, da Lei no. 9.457/1997 ou da Lei no. 9.610/1998. Porém, a ilegalidade per se não é suficiente para dissuadir os embusteiros de tentarem receber (i) mais de uma vez pelo sinalagma social da criação ou (ii) prêmio maior e de análise menos exigente; do que é merecido pela finalidade da criação e pelo contributo mínimo performado. Tais procederem – quando percebidos – tem sido combatidos duramente pelos bons precedentes pretorianos e pela atuação do parquet.” Vide BARBOSA, P.M.N., *A vedação da sobreposição dos direitos de propriedade intelectual na ordenação brasileira*, in: RABPI no. 162, sep./oct. 2019, pp. 63-71., p. 68.

A função da legislação de defesa da livre concorrência é a liberação do mercado de monopólios, na medida em que o peso morto do monopólio implica na transferência de recursos do cidadão para o “bolso” do monopolista.

A subtração de um bem móvel (mesmo ocorrendo única vez), por exemplo, é conduta típica antijurídica, no âmbito do direito penal⁵. Se isto é assim na unidade, imagine uma subtração de patrimônio em bloco, com escala, e artificialmente procrastinada no tempo. As restrições anticompetitivas, em geral, são dilatadas no tempo e impõem uma perda patrimonial aos consumidores, ao fim da escala produtiva. Assim o agente infrator nada mais é do que um parasita que suga o tempo de vida do cidadão, do consumidor, dos pequenos empreendedores, o exigir-lhes mais tempo, mais horas, de trabalho para adquirir bens e serviços. Portanto, a infração contra a ordem econômica é matéria de competência do Ministério Público, tanto relativamente a matéria cível como à matéria penal.

Os vetores de subtração do “tempo de vida” (exatamente, tempo de vida) alocada em trabalho para adquirir bens (notadamente, uma subtração patrimonial - mais gravosa do que a de único bem - na medida em que se estende no tempo, de maneira duradoura, i.e., de “trato sucessivo”), subtraindo recursos dos cidadãos que pagam “realezas” ao monopolista, por óbvio, e mais razão, também, implicam em ato ilícito e, invariavelmente, em crime.

O monopolista, empenhado em manter sua posição, é uma “sanguessuga”, parasita, que drena a vitalidade financeira da coletividade⁶ por períodos inteiros, duradouros, ininterruptos, dilatado no tempo, por mais ou menos tempo.

Da mesma forma que a licitude na atribuição patrimonial (aquisição e posse) do instrumento usado para matar (seja uma arma, um automóvel ou uma patente) não legitima a conduta criminosa, o uso de ativos para subtrair o interesse público, tampouco.

Assim, é socialmente mais gravoso que a imputação penal clássica, o abuso de direitos de propriedade intelectual (seja por uso de títulos nulos, por uso de informações falsas pelo depositante do pedido – ou requerente - ou seja, tanto pelo abuso - misuse- como pela

⁵ Conforme artigo 157 do Código Penal, Decreto Lei número 2.848/1940. Trata-se de ação penal privada, sendo a competência para propositura da ação penal do ministério público (prosecutor). Há agravantes, tais como, por exemplo, caso a subtração seja de veículo automotor transportado para outro estado ou para o exterior (vide inciso IV, incluído pelo texto da Lei número 9.426, de 1996). Por certo, a dimensão econômica do dano material do furto de único veículo automotor (reprimido pelo artigo da lei penal), por exemplo, é inferior não só ao volume de recursos transferido de consumidores para o monopolista, como também, é inferior ao dano social, difuso, coletivo ou individual homogêneo, real ou potencial, em caso de infração contra a ordem econômica.

⁶ A teoria econômica do monopólio perfeito exemplifica o fenômeno como sendo uma transferência de recursos (no direito, patrimônio) do cidadão (consumidor) para o “bolso” do monopolista, em decorrência, do, assim denominado, peso morto do monopólio.

sobreposição⁷ de direitos⁸) para criação artificial de um monopólio inexistente e inconsistente com a hipótese de incentivo a inovação.

Sim, pois o poder de mercado, como poder de provocar escassez, e, portanto, sobre preço, tende a implicar em deterioração da qualidade de vida do consumidor, do povo brasileiro. O cidadão tende trabalhar mais horas do que seus congêneres estrangeiros, nacionais de mercados mais maduros e estruturalmente mais desconcentrados e/ou melhor disciplinados em matéria antitruste (incluindo a antitrust advocacy, muito ativa na Europa continental e em países do Common law, como a Austrália), para obter os mesmos bens. Em situações de epidemia, como por exemplo, a situação de pandemia do Corona Vírus (COVID-19)⁹, essas distorções geradas pela escassez ficam claras (embora, anteriormente observadas em outras situações em matéria de saúde pública¹⁰).

Em outras palavras, o preço de monopólio degenera a qualidade de vida do cidadão, pois ou consome o seu tempo de vida alocado no trabalho, ou, pior, sujeita-o a escassez. Em questões relacionadas com saúde pública, o problema da escassez artificialmente imposta pelo monopolista ou pelo poder de mercado tem implicações mais gravosas. Assim, portanto, os atos e contratos restritivos da livre concorrência são elementos de violação da dignidade da pessoa humana.

A dimensão do interesse público tem relevância para o direito mercantil ou comercial (empresarial, se alguém, assim, preferir). Não à toa a dicotomia direito público e privado tornou-se inútil diante da infusão da matéria pública no antigo direito privado. A indisponibilidade deste interesse público levanta dúvidas e imprecisões, tais como, por

⁷ *“Asimismo, el elevado grado de competencia existente a día de hoy en determinados sectores comerciales, propicia que las empresas desarrollen nuevas estrategias competitivas encaminadas a dilatar y prolongar el ciclo vital de los derechos exclusivos de patente de los que son titulares y que les otorgan una cierta posición de privilegio en el mercado. En este sentido, los ‘patent thickets’, también conocidos como ‘maraña de patentes’ se presentan como una de las prácticas anticompetitivas más novedosas y, además, una de las que experimentan un mayor auge en la actualidad”*. PÉREZ, Mirian Martínez, *Patent Thickets y Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

⁸ *“The requirement of demonstrating novelty and nonobviousness serve to confine such patents to design likely to have been so costly to create that they justify the conferral of a temporary monopoly that will enable the creator to recover that cost. The shorter term (fourteen versus twenty years) reflects the lower cost of designing ornamental versus functional components of commercial products and hence the more limited monopoly required to recover them.”* Logo, dois pontos: em primeiro lugar, o requerimento sobre invenção ou desenho obvio ou não novo torna o monopólio legal ilícito, e, em segundo, o intento de proteger um conceito funcional por desenho após a expiração da respectiva patente é intento de obter monopólio ilícito. Vide LANDES, William and POSNER, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property*, op. cit. p. 333.

⁹ O sobrepreço sobre o álcool gel durante o período da pandemia é objeto de investigação em curso no âmbito autoridade antitruste brasileira.

¹⁰ Veja nosso ASSAFIM, J.M.L., “Proteção de dados de testes: articulação entre direitos de propriedade intelectual e direito da concorrência”, in: ASSAFIM, J.M.L. e MARINHO, M.E.P., *Inovação e Setor Farmacêutico (aspectos jurídicos – proteção de dados de testes)*, Saraiva, São Paulo, 2019, pp. 293-374.

exemplo, a “arbitrabilidade objetiva”¹¹ e, até mesmo, a competência da autoridade antitruste para prolatar acordos, começando por atos de concentração, passando por acordos de leniência e chegando a termos de compromisso de cessação. Com efeito, nulidades procedimentais estão sujeitas a revisão judicial.

Por certo, um acordo comercial – envolvendo a administração pública ou não (agente de políticas públicas ou não) – não somente pode versar pela parte disponível. Este ponto, então, é elemento controverso, inclusive, no que diz respeito à extensão dos acordos entre autoridade e firmas requerentes em atos de concentração (o que não é objeto deste texto).

II - APLICAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE PELO JUDICIÁRIO.

Conforme indica o autor Thomas Piketty, ganhador do prêmio Nobel de economia, a distribuição da riqueza é uma das questões mais vivas e polêmicas da atualidade. Após apresentar algumas questões, este autor aduz o fato de que “quando a taxa de remuneração do capital ultrapassa a taxa de crescimento da produção e da renda, como ocorreu no século XIX e parece provável que volte a ocorrer no século XXI, o capitalismo produz automaticamente desigualdades insustentáveis, arbitrárias, que ameaçam de maneira radical os valores”.

Os primeiros trabalhos de pesquisa acerca da aplicação do direito material antitruste pelo poder judiciário estavam mais afeitos ou relacionados com a reputação da política da concorrência na relação entre autoridades administrativas e o poder judiciário.

No entanto, o incremento da relevância da legislação antitruste na defesa do interesse público, combinado com incremento quantitativo de novos negócios (demandado não só pelo crescimento da economia, mas, também, pela nova economia), cujo volume implicou em extraordinário incremento na demanda social resultante, em grande medida, do enorme manancial de questões oriundas da mudança tecnológica, da escala da externalidade de rede, de gerada pela comunicação via internet. Invariavelmente, com o crescimento das plataformas digitais¹², houve incremento também do (cada vez maior) volume de relações verticais sobre big data (bases de dados originais contendo dados pessoais de consumidores –

¹¹ O interesse público inerente à outorga de uma patente por exclusão do domínio público impediu o INPI de implantar uma câmara arbitral em matéria de patentes, pela dificuldade de se dissociar a parte privada do direito do interesse público indisponível. Esta dificuldade exsurge, especialmente, em casos de indeferimento do pedido de patente pela autoridade (PTO) ou de controvérsias entre dois titulares que esbarrem no interesse público por abranger tecnologias com todo ou parte em domínio público.

¹² Vide KÉLLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, Springer, London, 2019. Vide, também nosso ASSAFIM, J.M.L., *International Report*, in: KÉLLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms...*, cit., pp. 3-40.

ou adquirentes - protegidas por direito de autor / copyright), combinado, por certo, com externalidade de rede e uso intensivo de propriedade intelectual. Esse novo panorama tende ao mesmo tempo, a concentrar a estrutura dos mercados, e, ao mesmo tempo, incrementar também a base de interessados ou afetados por violações antitruste.

Na sequencia, acompanhando o incremento do volume de investigações por acordos horizontais, ganha importância, ao menos em tese, o enforcement privado do relativamente a indenização¹³ por violação antitruste.

A análise jurídica das restrições antitruste, ao se tratar de um ato ilícito, parte da noção de abuso de direito. A disciplina do abuso de direito em nosso sistema está materializada no texto do art. 187 do Código Civil. Implica em abuso de direito a conduta de agente que exerce seu respectivo direito desviando-se da indissociável e inerente função socioeconômica, portanto, negando sua função social. Merece menção a decisão a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.

DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186 E 188, I, DO CC.

NÃO-OCORRÊNCIA. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO (CC, ART. 187). RESSARCIMENTO DEVIDO. DOCTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas.

2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora.

3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil).

4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal a quo (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

¹³ Vide KELLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution, Springer, London, 2019.

Conforme determinou o Pretor na decisão supra, integra a noção de abuso o ato que foge aos limites da boa-fé, o que pode transbordar a questão privada.

Por fim, a mercados de elevada concentração estrutural, faz desta prática de abuso de direito, iniciada como intento de enriquecimento sem causa, passa pelo dano, ao chegar na concorrência desleal, o abuso de direito realizado, em muitos casos, em decorrência da posição de domínio. Assim, o abuso de direito ao impactar no mercado, transborda para o ilícito antitruste, por exemplo, mediante a conduta unilateral ubicada na espécie abuso de posição dominante (art. 36 da Lei no. 12.529/11).

Noutra linha de considerações, esta a revisão judicial de decisões administrativas do poder executivo (*policy maker*) pelo poder judiciário, no sistema brasileiro, a justiça federal (competência quanto a pessoa).

Além disso, no direito brasileiro, resta a possibilidade de aplicação do direito antitruste (direito positivo) diretamente pelo juiz, tanto na justiça estadual quanto na justiça federal. O legislador esclarece, apenas, que o contencioso judicial não deverá suspender o procedimento administrativo, claro, por certo, desde que não se trate de revisão judicial de ato administrativo (decisão do *policy maker*)¹⁴.

Um fato novo é o de que foram criadas varas especializadas no âmbito da justiça federal da segunda região, estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro cuja competência abrange direito da livre concorrência.

¹⁴ Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no [art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

III - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

A Justiça Estadual possui competência para processar e julgar o *enforcement* privado que, eventualmente, derive do reconhecimento pelo Cade da prática de ato que configure concorrencial.

Quando uma sociedade empresária sofre prejuízos em razão do ilícito concorrencial praticado por outra, é a Justiça Estadual a autoridade competente para processar e julgar a eventual demanda indenizatória.

Assim, eventual lide privada em razão de atos ilícitos concorrenciais, como por exemplo, abuso de posição dominante, será julgada pela autoridade judiciária estadual, na medida em que a ação é somente ajuizada em face do particular.

Em caso recente, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, decidiu, por exemplo, matéria que afeta o direito concorrencial (*sham litigation*). Naquela decisão “[o] ardid, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as visas de que precisa encontra-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e prob, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça.” Vide Recurso Especial no. 1.817.845-MS (2016/0147826-7).

IV – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência da Justiça Federal é prevista pela Constituição Federal em seu artigo 10915, que contempla regras de competência em razão da pessoa e em razão da matéria.

¹⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

De acordo com o mencionado dispositivo constitucional, ao juiz federal compete julgar as - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Importante ressaltar o fato de que em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a fixação do local da sede como único foro competente para o ajuizamento de ação em face da autarquia federal seria concessão de vantagem processual não estabelecida para a União, ente maior, que possui foro privilegiado limitado pelo referido dispositivo constitucional.

Na mesma ocasião, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações em face das autarquias federais podem ser ajuizadas tanto no domicílio do autor como do réu, na forma do artigo 109, §2º.

Portanto, é possível o ajuizamento de uma ação em face de autarquia federal perante foro que não o de sua sede.

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

V – DA COMPETÊNCIA DAS VARAS FEDERAIS PARA AÇÕES FUNDADAS EM DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO AMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade –, autarquia federal, possui sede em Brasília, razão pela qual, em um primeiro momento, as ações judiciais questionando suas decisões tramitavam tão somente perante as varas federais da capital do país.

Em razão da mencionada decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, as ações em face do Cade passaram a ser ajuizadas perante a Justiça Federal dos diversos Estados, não se restringindo a Brasília, pois o autor pode demandar em seu domicílio. Neste sentido, traz-se à colação o entendimento manifestado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, na forma do julgado abaixo:

Ementa: **CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. CAUSAS AJUIZADAS CONTRA A UNIÃO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO FORO COMPETENTE. APLICABILIDADE ÀS AUTARQUIAS FEDERAIS, INCLUSIVE AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - A faculdade atribuída ao autor quanto à escolha do foro competente entre os indicados no art. 109, § 2º, da Constituição Federal para julgar as ações propostas contra a União tem por escopo facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que se encontram afastados das sedes das autarquias. II – Em situação semelhante à da União, as autarquias federais possuem representação em todo o território nacional. III - As autarquias federais gozam, de maneira geral, dos mesmos privilégios e vantagens processuais concedidos ao ente político a que pertencem. IV - A pretendida fixação do foro competente com base no art. 100, IV, a, do CPC nas ações propostas contra as autarquias federais resultaria na concessão de vantagem processual não estabelecida para a União, ente maior, que possui foro privilegiado limitado pelo referido dispositivo constitucional. V - A**

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais. Precedentes. VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido.

(RE 627709, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

A decisão acima foi proferida em sede de repercussão geral, tema 374, que firmou a seguinte tese:

A regra prevista no § 2º do art. 109 da Constituição Federal também se aplica às ações movidas em face de autarquias federais. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Assim, na medida em que as ações em face do Cade podem ser ajuizadas no domicílio do autor, há a necessidade de maior número de varas especializadas em direito da concorrência.

Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 445/2017 determinou que os tribunais regionais federais criassem varas com competência concorrente para processar e julgar as ações fundadas em direito da concorrência.

Com o objetivo de garantir um julgamento mais adequado destas demandas, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que engloba os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, editou a Resolução nº TRF2-RSP-2018/00019, de 6 de abril de 2018, criou varas federais especializadas com competência concorrente para processar e julgar feitos que versem sobre Direito da Concorrência. No Rio de Janeiro, a 16ª Vara Federal e a 29ª Vara Federal são as competentes para processar e julgar os feitos que envolvam matéria de concorrência.

Pelo exposto, fica demonstrada a possibilidade de uma sociedade empresária domiciliada no Rio de Janeiro ajuizar no foro de sua sede uma ação judicial fundada em direito da concorrência, figurando o Cade no polo passivo, ou em matéria de concorrência que afete qualquer outro órgão, entidade, agentes ou empresa pública federais.

VI - CONCLUSÃO

A competência do *policy maker* não restringe o exame do poder judiciário em matéria concorrencial. Muito pelo contrário, a inafastabilidade do Poder Judiciário é garantia constitucional, como preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB.

Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira assegura aos consumidores e aos interessados a busca de reparação e danos sofridos por violações antitruste.

Com efeito, na medida em que as análises judiciais não suspendem as investigações administrativas, podem, por certo, examinar mérito antitruste, mesmo antes na decisão administrativa.

Com o intuito de facilitar o acesso à Justiça, foi estabelecida em sede de repercussão geral a possibilidade de a autarquia federal ser demandada não apenas no foro de sua sede, mas também no do domicílio do autor da ação, ampliando-se a incidência do artigo 109, §2º, da CRFB.

Assim, foi determinada, no âmbito do direito concorrencial, a criação de varas federais especializadas nesta matéria pelos Tribunais Regionais Federais das outras quatro regiões, de modo a permitir que o CADE seja demandado em outro foro que não o de sua sede.

O primeiro a criar as varas federais especializadas em direito concorrencial foi o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. No entanto, ainda não se tem um análise da jurisprudência após a criação das varas especializadas no âmbito da mencionada corte.

REFERÊNCIAS

Ato de concentração: Kolinol-Kolgate, Brahma-Antartica, Nordisk-Biobras, Itaú-XP.

HOVENKAMP, H., Antitrust, 4th Ed., Thompson/West, St. Paul (Minnesota), 2005, pp. 92.

POSNER, The Economic Structure of the Intellectual Property Law, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 2003, p. 372.

Vide BARBOSA, P.M.N., A vedação da sobreposição dos direitos de propriedade intelectual na ordenação brasileira, in: RABPI no. 162, sep./oct. 2019, pp. 63-71, p. 68.

PÉREZ, Mirian Martínez, Patent Thickets y Derecho de la Competencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

LANDES, Willian and POSNER, Richard, The Economic Structure of Intellectual Property, op. cit. p. 333.

ASSAFIM, J.M.L., “Proteção de dados de testes: articulação entre direitos de propriedade intelectual e direito da concorrência”, in: ASSAFIM, J.M.L. e MARINHO, M.E.P., Inovação e Setor Farmacêutico (aspectos jurídicos – proteção de dados de testes), Saraiva, São Paulo, 2019, pp. 293-374.

KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions, Springer, London, 2019

ASSAFIM, J.M.L., International Report, in: KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., Antitrust Analysis of Online Sales Platforms, Springer, London, 2018. pp. 3-40.

KËLLEZI, P.; KILPATRICK, B.; KOBEL, P., Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution, Springer, London, 2019.

U.S. v. Trans-Missouri Freight Ass’n, 166 U.S. 290, 17S.Ct. 540 (1897).

U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 47 S.Ct. 377 (1927); U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811 (1940).

Resp. 811.690/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 123).

Recurso Especial no. 1.817.845-MS (2016/0147826-7).

RE 627709, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)