

Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: análise da aplicação da *state action doctrine* a partir do julgamento do caso ANFAPE

Intellectual property and competition law: an analysis of the application of the state action doctrine in the face of the ANFAPE case

Jéssica Coelho Costa¹

RESUMO

O presente artigo busca apresentar uma possível solução para os conflitos relacionados aos prováveis efeitos anticompetitivos referentes ao exercício dos direitos de propriedade intelectual que se apresentam ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em sede de processo administrativo sancionador. Neste contexto, mediante estudo de caso e revisão de literatura, analisa-se a teoria da *state action doctrine*, originalmente atribuída aos setores regulados, apontando-a como uma possível solução para os casos em que os efeitos anticompetitivos não foram previstos na legislação, trazendo uma contribuição para a discussão sobre a interação entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual e o possível conflito entre essas normas.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Propriedade Intelectual; Regulação; State Action Doctrine.

ABSTRACT

This article intends to present a possible solution to the conflicts related to the likely anticompetitive effects regarding the exercise of intellectual property rights that are presented to the Administrative Council of Economic Defense (Cade) in administrative sanctioning proceedings. In this context, based on case study and literature review, it is analyzed the theory of the state action doctrine, originally attributed to regulated sectors, pointing this doctrine out as a possible solution for cases in which anticompetitive effects were not foreseen in the legislation, contributing to the discussion on the interaction between Competition Law and Intellectual Property Law and the potential conflict between these rules.

Keywords: Competition Law; Intellectual Property; Regulation; State Action Doctrine.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law; K11 – Property Law; K23 – Regulated Industries and Administrative Law

¹ Graduada em Direito pela UnB (2018). Assistente Técnica da Superintendência-Geral do CADE, atuando com investigações em cartéis em licitações de 2018 a 2019. Advogada do VMCA. E-mail: jessica0506ccosta@gmail.com.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 2.1. Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 2.2. A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 3. O caso ANFAPE no Cade. 3.1. Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no Cade. 3.2. Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. 4. A relação entre Regulação e o Direito da Concorrência. 5. Análise concorrencial do caso ANFAPE à luz da state action doctrine. 5.1. A atuação do Cade frente à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência. 5.2. A state action doctrine como solução para o conflito de normas do caso ANFAPE. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A relação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência é complexa e sempre despertou importantes discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Especialmente com os intensos avanços tecnológicos das últimas décadas, a aproximação entre os dois ramos é notória, sobretudo diante do papel adquirido pela inovação, elo comum entre as duas áreas que se tornou um diferencial competitivo cada vez mais importante na singularização dos produtos e captação de consumidores.

Em verdade, o diálogo entre esses dois ramos ainda é dificultado por um fechamento metodológico e teórico que, em muitas situações, os torna impermeáveis a discussões mais amplas. Nesse sentido, a harmonização dos interesses e finalidades do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência é um desafio às autoridades antitruste, incluindo a autoridade de defesa da concorrência no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

No Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, mais conhecido como “caso ANFAPE”, recentemente submetido à apreciação do Cade, discutiu-se a interface entre esses dois ramos e seu potencial conflito. Trata-se de um processo administrativo instaurado a fim de investigar o suposto exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., a partir da imposição de seus registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças *de* reposição.

A investigação, iniciada por denúncia da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças, colocava em debate em que medida o Cade deveria ou não sancionar uma conduta que potencialmente gera efeitos anticompetitivos no mercado analisado considerando que a Lei

9.279/1996, que regula o Direito de Propriedade Intelectual no Brasil, prevê o amplo exercício dos registros de desenho industrial, sem definir distinção entre os mercados (BRASIL, 1996)².

Diante dessas considerações, e a partir do estudo do caso ANFAPE, este artigo pretende apresentar uma possível alternativa para os conflitos envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual quando o alcance desses direitos não é claramente enfrentado e delimitado pela legislação específica, gerando possíveis efeitos deletérios, com base em uma aproximação com a regulação e com a *state action doctrine*, respeitando os limites e funções do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual.

Dessa forma, ao longo desse artigo, explora-se inicialmente a problemática quanto às funções e finalidades do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual, buscando-se compreender em que medida essas áreas interagem e se influenciam. Em seguida, é analisado o caso ANFAPE, em especial os argumentos apresentados pelos Conselheiros quando do julgamento do caso. Posteriormente, apresenta-se um panorama sobre como conflitos de normas são tratados na interface entre Regulação e Direito da Concorrência, apresentando a *state action doctrine* ao leitor. Finalmente, o último tópico propõe a aplicação por analogia da *state action doctrine* aos conflitos antitruste envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual, tal como visto no caso ANFAPE.

2. O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

2.1 Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Em linhas gerais, é consenso na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional que o suposto embate entre os bens jurídicos protegidos pelo Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência é apenas aparente.

O fato de que ambos os ramos encontram previsão constitucional no rol dos direitos e garantias fundamentais nos ajuda a perceber que aos dois foi conferida a mesma importância e necessidade de *enforcement*. Em razão disso, tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência devem atender, primeiramente, aos ditames constitucionais.

Assim, o privilégio conferido aos particulares como forma de retribuir os investimentos financeiros e humanos despendidos na criação dos bens protegidos se justifica apenas na

² BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

medida em que esse direito de exclusividade, que permite aos detentores da proteção de Propriedade Intelectual excluir terceiros do uso e exploração econômica, incentive a inovação e impulse o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, atendendo à sua função social, conforme o art. 5º, incisos XXII, XXIII, e XXIX, e art. 170, inciso III, observado também o princípio da livre concorrência, nos termos do art. 170, inciso IV (BRASIL, 1996)³.

Com relação à propriedade intelectual, especificamente, assim acrescenta Forgioni:

No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5º, XXIX, da CF. Entretanto, para que se dê concreção desse preceito constitucional, é preciso encarar a concessão de exclusivos como instrumento concorrencial. Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema para beneficiar o agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma ferramenta de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem (FORGIONI, 2015, p.319)⁴.

Em relação ao Direito Antitruste, a situação não é diferente, já que este também possui finalidades que vão além de questões diretamente concorrenciais. De fato, a própria Constituição Federal já determina que a defesa da concorrência é responsável por observar uma extensa gama de princípios, dentre os quais a função social da propriedade.

Consequentemente, o pleno exercício do Direito da Concorrência não deve comprometer os demais objetivos da ordem econômica constitucional. É em razão disso que, conforme alega Ana Frazão, o critério de eficiência econômica ou o critério de compatibilidade com determinada política econômica não é suficiente para traduzir os propósitos do Direito da Concorrência:

A resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do Direito da Concorrência apenas pode ser encontrada na Constituição, precisamente no exame dos princípios da ordem econômica, já que o seu art. 173, § 4º, tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170, cujo caput é claro no sentido de que “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” e em obediência aos demais princípios listados em seus incisos (FRAZÃO, 2017, p.46)⁵.

Entende-se, portanto, que a defesa da livre concorrência deixa de ser um fim em si mesmo, visando apenas à prevenção dos efeitos nocivos do abuso de poder econômico, e passa a ser um instrumento de preservação do bem-estar social e dos princípios constitucionais que

³ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

se incluem entre os objetivos gerais da política de defesa da concorrência (BRITTO, 2018)⁶. Vale ressaltar, que a incorporação destes outros propósitos, na maior parte das vezes, depende muito mais da formação institucional da autoridade antitruste brasileira do que do arcabouço legal e regulamentar existente (BRITTO, 2018)⁷.

Ou seja, tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência se prestam aos mesmos objetivos e fins *macro*, quais sejam, a realização dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica. Dessa forma, se tornam não apenas compatíveis, como também complementares e necessários um outro.

Isso porque a promoção da concorrência e dos direitos de propriedade intelectual funciona como uma “via de mão dupla”: enquanto o Direito Antitruste deve fomentar a inovação, que agrega valor à sociedade, beneficia o desenvolvimento nacional e gera bem-estar ao consumidor, o Direito de Propriedade, ao privilegiar a inovação, deve trazer benefícios ao ambiente concorrencial e aos agentes econômicos, sobretudo, criando condições legítimas de concorrência nos mercados e pelos mercados.

Conforme será melhor explorado na análise do caso ANFAPE, vale adiantar que todos os Conselheiros do Cade que participaram do julgamento do caso, ainda que diverjam quanto ao mérito da conduta, partem da premissa de que o Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência são complementares e se interpenetram, e que o Cade possui competência para analisar os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes do uso dos direitos de propriedade intelectual, entendimento que será adotado neste trabalho. Nessa perspectiva, pontuou o Conselheiro Relator Paulo Burnier:

Desse modo, deve-se reconhecer a relação de complementariedade entre a proteção jurídica da propriedade industrial e a política de defesa da concorrência, já que ambos buscam promover a diferenciação e a inovação, relevantes componentes competitivos. Neste mesmo sentido, entende Joshua D. Wright, em parecer juntado aos autos que afirma: “Os direitos de propriedade industrial e antitruste são melhor compreendidos como regimes complementares que compartilham o objetivo de maximizar o bem-estar econômico” (BRASIL, 2017)⁸.

Evidentemente, apesar da complementariedade entre os ramos, sua conciliação pode ser uma tarefa complexa a depender do caso concreto. Por óbvio, a dificuldade está em

⁶ BRITTO, Tatiana Alessio de. **Neutralidade de Redes: Mercado de dois lados, antitruste e regulação**. 2018. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

⁷ Ibidem.

⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

compatibilizá-los mesmo que, como visto, não haja uma barreira intransponível entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

Assim, nas situações em que desafios como o do caso ANFAPE se apresentam, é necessário considerar, para além de todos os elementos teóricos vistos, também os aspectos políticos, jurídicos e sociais que podem ser afetados por uma decisão, na maior parte das vezes política, que privilegie um ramo ao outro.

2.2 A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Na relação entre o Direito Antitruste e o Direito de PI, sobretudo nos tempos atuais, um aspecto em especial desencadeia importantes discussões relacionadas à concorrência: a inovação.

Conforme visto no tópico anterior, da mesma forma que a inovação, bem jurídico protegido pelos direitos de propriedade intelectual, estimula a competição nos mercados, também o Direito da Concorrência deve se empenhar em fomentá-la. No entanto, a leitura da inovação sob a ótica do Antitruste não é um desafio trivial.

A inovação, segundo Schumpeter (2017)⁹, consiste na aplicação comercial ou industrial de algo novo – seja isso um novo produto, processo, método de produção; um novo mercado ou fonte de fornecimento ou até mesmo uma nova forma de organização comercial, empresarial ou financeira.

Para o autor, essas inovações caracterizam-se como um estímulo estratégico ao desenvolvimento econômico e, historicamente, estão relacionadas com um processo chamado pelo autor de “destruição criativa”, característico do sistema capitalista, em que a estrutura econômica é revolucionada de dentro para fora, continuamente substituindo-se a estrutura antiga e criando-se uma nova (SCHUMPETER, 2017)¹⁰.

As inovações, sobretudo em mercados notadamente marcados por alta tecnologia e novos modelos de negócios, tais como o setor de *softwares*, internet e telecomunicações, surgem e se estabilizam de maneira extremamente veloz. Seguindo essa dinâmica, além de gerarem novos mercados, as inovações rapidamente acarretarem também o seu crescimento

⁹ SCHUMPETER, Joseph A. **The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle**. New York: Routledge, 2017.

¹⁰ Ibidem.

exponencial, diferente do que é observado em mercados cuja atividade central não é focada em produção intelectual.

Conquanto seja incorreta a presunção de que a proteção conferida por um direito de propriedade intelectual a um determinado produto necessariamente resulte em poder de mercado com relação ao produto protegido (HOVENKAMP, 2005)¹¹, é inquestionável que a noção de poder de mercado, e a expectativa de obtê-lo ou ampliá-lo, exerce um papel importante nas empresas, motivando-as a investirem em pesquisa e desenvolvimento.

Dessa forma, segundo Motta (2004)¹², a concorrência instiga as empresas a investirem em inovação, de forma a progredirem competitivamente com relação aos seus concorrentes. Ainda segundo Motta, a competição também é estimulada pela expectativa das empresas de se apropriarem dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento na forma de lucros de mercado (MOTTA, 2004)¹³.

Nesse cenário, a busca pela obtenção de lucro e espaço competitivo por meio da inovação lança as empresas em uma corrida por renovações tecnológicas. Essas inovações podem ser substanciais, de modo a introduzir um produto ou processo completamente novo no mercado. Em outros casos, pode representar pequenas alterações extremamente técnicas, por vezes imperceptíveis ao consumidor médio.

Em todo caso, sejam substanciais ou extremamente pontuais, as inovações trazidas pelos agentes econômicos alteram a dinâmica do mercado, fazendo surgir novas estratégias e arranjos competitivos muitas vezes inéditos à análise antitruste, que exigem especial atenção quanto à conciliação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência em casos concretos.

Farrell e Shapiro (2004, p. 32)¹⁴, ao examinarem o sistema patentário nos Estados Unidos, por exemplo, apontam para alguns desses desafios, tais como (i) o número crescente de patentes sendo emitidas, muitas sem preenchimento do requisito de novidade; (ii) o entendimento escasso sobre a tecnologia subjacente às inovações por parte da própria autoridade que concede os registros; (iii) a dificuldade imposta ao mercado quando um único

¹¹ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

¹² MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

¹³ Ibidem.

¹⁴ FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. **Intellectual Property, Competition, and Information Technology**. **Competition Policy Center**, Berkeley, 2004.

produto é alvo de diferentes proteções – sejam elas patentes diversas ou outros tipos de proteção à propriedade.

Além disso, Ariel Katz (2007)¹⁵ também esclarece que como a criação de novos bens intelectuais geralmente se baseia em bens intelectuais anteriores, o próprio aumento da proteção à propriedade intelectual pode inibir essa inovação cumulativa limitando o acesso aos recursos necessários, pelo que haveria um trade-off entre o incentivo à inovação e o acesso a ela.

Esse *trade-off* entre inovação, Direito de Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência é particularmente realçado na chamada Nova Economia (POSNER, 2000)¹⁶. Nesse sentido, Posner destaca:

Even if the only way to become a network monopolist in the new economy is to be the first to come up with a new technology that benefits consumers, the existence of the monopoly may discourage subsequent technological innovation by other firms. If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of a superior new technology. This is the issue of “path dependence”: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network (POSNER, 2000, p. 5)¹⁷.

Portanto, percebe-se que, nos tempos atuais, em que o conhecimento e a inovação se tornam indispensáveis não apenas ao acesso, mas também à permanência das empresas no mercado, os privilégios de exploração concedidos pelos direitos de propriedade intelectual não apenas mitigam a concorrência, criando monopólios temporários, barreiras à entrada de novos *players* e elevação dos preços, mas podem resultar em elevados prejuízos sociais (FORGIONI, 2015)¹⁸.

Nesse sentido, conforme pontua Katz (2007)¹⁹, tanto a doutrina quanto a legislação encontram-se em uma constante tentativa de calibrar e recalibrar a troca entre a necessidade de fornecer incentivos à inovação e o interesse em permitir o acesso ao fruto de tais inovações.

Os direitos de propriedade intelectual são característicos dos mercados atuais, em consequência direta da importância adquirida pela inovação, que têm ressignificado o processo competitivo. Nesse sentido, as associações tecidas acima entre o Direito de Propriedade

¹⁵ KATZ, Ariel. Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

¹⁶ POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 106**, 2nd series, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316>. Acesso em 14 de novembro de 2018

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹ KATZ, Ariel. Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

Intelectual e o Direito da Concorrência demonstram que a necessidade de resguardar e incentivar o interesse ao desenvolvimento deve considerar a inovação como um critério legítimo nas análises concorrenciais.

3. O caso ANFAPE no Cade

3.1 Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no Cade

O caso ANFAPE (BRASIL, 2018)²⁰, julgado pelo Tribunal Administrativo do Cade em 14 de março de 2018, versa sobre a suposta extensão abusiva do direito de propriedade intelectual detido por três montadoras (Ford, Volkswagen e Fiat). Mais especificamente, trata da imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre autopeças de reposição, com o suposto fim de impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças no mercado.

Ao longo da investigação e julgamento do caso, foi pautado um intenso debate quanto à interação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, a forma como se relacionam no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, de que maneira esses dois ramos influenciavam na análise do caso ANFAPE.

O caso teve origem em abril de 2007, a partir de uma denúncia formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (“ANFAPE” ou “Representante”) em face das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., por supostamente exercerem de maneira abusiva seus direitos de propriedade intelectual.

Conforme alegado pela ANFAPE, as montadoras utilizavam-se de ações judiciais e medidas extrajudiciais a fim de impedir que as fabricantes independentes produzissem e vendessem autopeças de reposição supostamente protegidas por registros de desenho industrial detidos pelas montadoras.

Nesse sentido, a Representante alegou que essa conduta seria abusiva, uma vez que o exercício dos direitos relacionados à proteção do desenho industrial deveria estar limitado ao mercado primário, ou *foremarket*, relativo à comercialização de veículos novos, não podendo ser estendido ao mercado secundário, também chamado de *aftermarket*, relativo à fabricação e comercialização de peças de reposição destinadas ao mercado automotivo.

²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo 08012.002673/2007-51**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018.

Segundo a ANFAPE, as fabricantes independentes concorreriam com as montadoras apenas no mercado secundário, não havendo justificativa econômica e legal para a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao mercado secundário, pois os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como os esforços competitivos das montadoras, já seriam aplicados e recompensados no mercado primário. Segundo a ANFAPE, a conduta das montadoras se tratava de verdadeira tentativa de monopolizar o mercado secundário.

Em suas defesas, as montadoras sustentaram, de maneira geral, que a proteção conferida pelo registro industrial se trata de monopólio temporário concedido pela própria LPI e que, portanto, estariam apenas fazendo uso de seu direito legitimamente concedido pela autoridade competente. Segundo as montadoras, ao conceder o registro, o INPI não fez ressalvas quanto ao exercício dos direitos de desenho industrial no mercado de reposição de autopeças. Além disso, sustentam que, ao contrário do que alega a ANFAPE, o exercício desses direitos no mercado secundário gera efeitos pró-competitivos relacionados ao incentivo à inovação.

Acolhida a Representação da ANFAPE, foi instaurada averiguação preliminar para apurar a existência da suposta conduta. À época, tanto a Secretaria de Direito Econômico (SDE) (BRASIL, 2008, p.153)²¹, quanto a Procuradoria Federal Especializada Junto ao Cade (ProCade) (BRASIL, 2009, p. 3)²² opinaram pelo arquivamento da averiguação, com a remessa dos autos sob a forma de recurso de ofício ao Cade, por não vislumbrarem uso irregular do direito de propriedade intelectual.

Por outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) emitiu parecer pelo provimento do recurso de ofício, com a consequente instauração do Processo Administrativo (BRASIL, 2009a, p. 242)²³. O órgão considerou importante aprofundar o exame das possíveis eficiências geradas pelas fabricantes independentes no mercado de reposição, considerando que não restou comprovado em que medida a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao *aftermarket* é necessária para recuperar investimentos em pesquisa e desenvolvimento e quais seus impactos sobre o preço dos produtos:

²¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 11**. Apartado Confidencial nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2409-2472. Brasília: CADE, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3dwBbq6>. Acesso em: 20 set. 2018.

²² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 12**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2777-2813. Brasília: CADE, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36XaCYB>. Acesso em: 20 set. 2018.

²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 13**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 3232-3240. Brasília: CADE, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3eKpa0n>. Acesso em: 20 set. 2018.

Encaminhado ao Tribunal do Cade, o recurso de ofício foi julgado na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 15 de dezembro de 2010. Na ocasião, por unanimidade, os Conselheiros decidiram pelo provimento do recurso de ofício e determinaram a instauração do processo administrativo.

Instaurado o processo administrativo e após extensa fase instrutória, novos opinativos foram exarados pela Superintendência-Geral (“SG”, antiga SDE), pela ProCade e pelo MPF, desta vez, todos recomendando a condenação das montadoras por infração à ordem econômica.

3.2 Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51

Já em sede de julgamento do Processo Administrativo, as recomendações do Plenário encontraram-se divididas, com 3 (três) Conselheiros favoráveis à condenação e 4 (quatro) favoráveis ao arquivamento do processo, o que nos mostra a dificuldade de se decidir sobre a matéria no caso em questão.

Dessa forma, na ocasião da 115ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida em 22 de novembro de 2017, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier exarou voto (BRASIL, 2018a)²⁴ pela condenação de todas as Representadas por infração à ordem econômica, em razão do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras sobre o mercado de autopeças de reposição (*aftermarket*), configurando as hipóteses legais do art. 20, incisos I (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) c/c o artigo 21, inciso V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) da Lei 8.884/94, aos quais correspondem ao art. 36, I, II e IV, bem como § 3º, III, IV, XIV e XIX da Lei nº 12.529/2011.

Em seu voto, consoante com o entendimento da Superintendência-Geral, da ProCade (BRASIL, 2017)²⁵ e do MPF (BRASIL, 2017a)²⁶ exarados anteriormente, o Conselheiro-Relator identificou que as Representadas faziam uso da proteção sobre seus desenhos industriais

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Geral Federal. **Parecer Nº 42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: AGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2U9zh76>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer Nº 9/2017/MBL/MPF/CADE**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: MPF, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3cxeWir>. Acesso em: 20 set. 2018.

de forma a impedir ou criar dificuldades à atuação dos fabricantes de peças automotivas no mercado, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais.

Além de identificar efeitos *lock-in*, assimetria de informação do consumidor e consideráveis custos de substituição (*switching costs*), todos em razão do potencial de monopolização gerado pela imposição da proteção dos desenhos no mercado secundário de peças de reposição, o Conselheiro Relator rechaçou cinco premissas levantadas pelas Representadas, a saber: (i) que o Cade estaria invadindo a competência do INPI caso entendesse pelo exercício abusivo do direito de PI; (ii) que o Poder Judiciário brasileiro já havia firmado posicionamento favorável às montadoras sobre a matéria; (iii) que todo direito de propriedade intelectual gera monopólio; (iv) que a proteção no mercado secundário incentiva a inovação nos designs das peças automotivas visíveis e, finalmente, (v) que eventual condenação do Cade geraria insegurança jurídica.

Os outros dois votos que acompanharam a recomendação de condenação do Relator foram proferidos na 119ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida no dia 14 de março de 2018, pelo ex-Conselheiro João Paulo de Resende (BRASIL, 2018b)²⁷ e pelo Presidente do Tribunal Administrativo do Cade, Alexandre Barreto (BRASIL, 2018d)²⁸.

Em ambos os votos, os membros do plenário reforçaram que, no mercado automobilístico, onde cada peça de reposição consistiria em um mercado relevante distinto, os consumidores são afetados pelo efeito *lock-in*, peças *must-match* e pela assimetria de informação, atrelados a elevados *switching costs*, pelo que a monopolização no mercado secundário, com a imposição dos registros de desenho industrial, seria inevitável. Ademais, reiteraram que não há qualquer previsão de imunidade antitruste no ordenamento brasileiro aos direitos de propriedade intelectual, pelo que o Cade tem competência para analisar e julgar condutas que envolvam direitos de propriedade industrial.

Os votos divergentes foram inaugurados pelo Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira (BRASIL, 2018c)²⁹, proferido na 117ª Sessão Ordinária de Julgamento, e

²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 14 de março de 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2U7vR4G>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Alexandre Barreto de Souza, 19 de março de 2018d. Disponível em: <https://bit.ly/3gLWtBY>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista Versão Pública**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vista: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 14 de março de 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/2U9kqtv>. Acesso em: 20 set. 2018.

acompanhados pelos votos das ex-Conselheiras Cristiane Alkmin (BRASIL, 2018e)³⁰ e Polyanna Vilanova (BRASIL, 2018f)³¹ e pela Conselheira Paula Azevedo. Em suma, os votos divergentes apontaram que ainda que sejam vislumbrados efeitos prejudiciais à concorrência, tais efeitos são inerentes à exclusividade conferida pelo registro, que foi legalmente obtido pelas montadoras, não havendo qualquer distinção que limite o exercício desses direitos ao mercado primário. Dessa forma, entendem que os registros de desenho industrial se tratam de monopólio legal conferido pelo Estado, pelo que não poderiam ser enfrentados em sede de processo administrativo sancionador.

4. A relação entre Regulação e o Direito da Concorrência: a teoria da *state action doctrine*

Conforme demonstram os argumentos levantados pelo Tribunal do Cade, não há uma única teoria apta a analisar controvérsias em que questões de Direito de Propriedade Intelectual estejam no centro da discussão concorrencial. Assim, a suposta abusividade da extensão dos registros de desenho industrial pode ser analisada sob a ótica das teorias da imunidade antitruste; sob a lente do abuso de direito, buscando-se demonstrar o desvio de finalidade no exercício dos registros de desenho industrial; ou até mesmo a partir da teoria de *essential facility*, observando-se que as peças objeto do registro são peças do tipo *must match*, conforme apontado ao longo da investigação.

No que se refere à primeira lente, a das imunidades antitruste, a relação entre regulação e Direito da Concorrência apresenta dinâmica interessante e útil para a análise de controvérsias como a do caso ANFAPE, na medida em que, tal como ocorre com as normas de Direito de Propriedade Intelectual, normas regulatórias também entram em choque com previsões do Direito Antitruste e precisam ser solucionadas em análises caso a caso.

O primeiro ponto de reflexão nesse sentido, reconhecido pelo próprio Cade, é que há complementariedade entre a defesa da concorrência e a regulação, ainda que ambas persigam objetivos diferentes, através de ferramentas distintas, afetando diferentes aspectos da atividade

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Conselheira Cristiane Alkmin J. Schmidt, 14 de março de 2018e. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 14 de março de 2018f. Disponível em: <https://bit.ly/2U5IjC0>. Acesso em: 20 set. 2018.

econômica (OCDE, 2011)³². Nesse sentido, conforme destacado pelo ex-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37 (BRASIL, 2018g)³³, de sua relatoria, não se verifica qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial no texto da Constituição Federal, que consagra ambas entre os princípios da atividade econômica.

No entanto, apesar dessa complementariedade, fato é que regras conflitantes podem ser elaboradas ou mesmo previstas de maneira ampla, gerando conflitos sobre qual regra deve ser observada. Por vezes, a solução para esses embates está em avaliar, caso a caso, se a regulação confere ou não imunidade à aplicação do direito antitruste e qual o alcance desta imunidade (BRASIL, 2015)³⁴.

Surge, assim, a teoria da *state action doctrine*, recepcionada no Brasil como “Teoria do Ato Político” que trata justamente de isenções antitruste em razão de atuação regulatória na esfera estadual (em situações envolvendo questões regulatórias federais, a mesma doutrina se reveste do nome de *pervasive power doctrine*).³⁵

Originária dos Estados Unidos, a *state action doctrine* (“*state action*”) foi utilizada pela primeira vez no caso *Parker v. Brown* (317 U.S. 341) (U.S. SUPREME COURT, 1943)³⁶, ocasião em que a Suprema Corte entendeu que ações tomadas pelos governos estaduais estavam isentas do escopo do Sherman Act (lei antitruste estadunidense). Naquele momento histórico,

³² OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.001518/2006-37. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 08 de agosto de 2018g. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKSfTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxOMN01pTgFwPLudA8xXdsRy4khNfDtY3QMpfj_MXTr90-8E3V2kFNVjdway. Acesso em: 10 mai. 2020.

³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.006504/2005-29. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 19 de out. de 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUriSUFiJPYi-y9WLhGJgKxNkwG_UaTnrNoyz8F4HzXWfvMixx0X9oAY_oTc36H4Om-bcB-L58VynxMRAUopHd. Acesso em: 10 mai. 2020.

³⁵ Para os fins deste trabalho, o fato de a *state action doctrine* ser aplicável a conflitos envolvendo comandos federais de defesa da concorrência e comandos regulatórios estaduais não será considerado, apesar das normas de Direito de Propriedade Intelectual possuírem caráter federal. Essa opção se justifica tendo em vista que a *state action doctrine* é a teoria originária, dotada das mesmas características da *pervasive power doctrine*, e que o esforço deste trabalho é apresentar uma analogia quanto à aplicação da teoria, independentemente da natureza federal ou estadual da norma conflitante.

³⁶ U.S. SUPREME COURT. **Parker v. Brown**, 317 U.S. 341 (1943) de 4 de janeiro de 1943. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/341/case.html>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

havia uma preponderância da Teoria do Interesse Público, que privilegiava a decisão das agências reguladoras como capazes de mitigar e afastar as forças do mercado:

Havia um extremo ceticismo quanto às forças do mercado e a necessidade inafastável da atuação do governo para proteger o público dos efeitos nefastos de uma competição desenfreada, isto é, uma crença de que a regulação é a única forma de atender a demanda do público para corrigir condutas no setor econômico que são ineficientes e injustas (CAIXETA, 2014).³⁷

Ao aplicar a *state action doctrine*, os tribunais buscam identificar: (i) a intenção do Estado de restringir a concorrência e (ii) o grau de envolvimento do Estado na atividade em termos de implementação, supervisão ou controle (MCCALL, 1977)³⁸, parâmetros que foram definidos em outro caso-chave para o delineamento da *state action*, o julgamento do conflito entre *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.* (U.S. SUPREME COURT, 1980)³⁹ Ou seja, a restrição observada deve decorrer de uma política clara e direta que vise a substituir o sistema concorrencial pela regulação e deve haver supervisão ativa do Estado sobre a implementação dessa política pelos agentes econômicos privados (FRAZÃO, 2017)⁴⁰.

Debates contemporâneos realizados no âmbito da OCDE também reiteram esses critérios, segundo a chamada “defesa de conduta regulada”, destacando que a aplicação dessa “defesa” é restritiva, sendo aceita pelos tribunais em geral apenas na medida em que a isenção antitruste é absolutamente necessária para atingir os objetivos da regulamentação, em conformidade com todas as doutrinas legais construídas a respeito (“*express immunity*”, “*implicit immunity*” e a própria *state action*) (OCDE, 2011)⁴¹.

Por todos esses critérios e diante do caráter excepcional da aplicação de isenções antitruste tal como previstas pela *state action*, é vital que sua aplicação não vá além do necessário para atingir o interesse público já que, na ausência de justificativas específicas, o risco de danos

³⁷ CAIXETA, D. B. Imunidade antitruste às Ações Governamentais no contexto da desregulação do setor de telecomunicações: uma análise a partir do julgamento do caso VU-M pelo CADE. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 6, n. 1, 2014.

³⁸ MCCALL, Linda. The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1977, n. 4, p. 871-908, 1977.

³⁹ Vide o seguinte trecho: “These decisions establish two standards for antitrust immunity under Parker v. Brown. First, the challenged restraint must be “one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy”; second, the policy must be “actively supervised” by the State itself”. U.S. SUPREME COURT. **California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum**, 445 U.S. 97 (1980) de 3 de março de 1980. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/97/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹ OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

concorrenciais ao mercado e aos consumidores é significativo. Para isso, é necessário que o racional por trás de uma decisão ou imposição regulatória do Estado, bem como seu envolvimento no monitoramento dessas normas, sejam revisitados sempre que a análise caso a caso requisitar, a fim de que não haja um descompasso que distorce a competição injustificadamente.

5. Análise concorrencial do caso ANFAPE à luz da *state action doctrine*

5.1 A atuação do Cade frente à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência

Retomando o resumo elaborado sobre o histórico do caso ANFAPE, percebe-se que a questão central que orientou os opinativos divergentes, levando o Processo Administrativo a ser arquivado pela ausência de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual pela extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket*, residiu na alegação de que esse registro foi validamente concedido pelo INPI e é garantido pela Lei de Propriedade Intelectual, que não faz distinção entre mercado primário ou secundário, pelo que não caberia ao Cade questionar e decidir, via processo administrativo sancionador, os possíveis efeitos anticompetitivos do direito em abstrato, concedido por lei.

Em primeiro lugar, é necessário observar que o Antitruste já não é mais tratado como um ramo preso única e exclusivamente a análises econômicas, como estabelecia a Escola de Chicago. Conforme visto anteriormente, o Antitruste não apenas interage com o Direito de Propriedade Intelectual, mas com o ordenamento constitucional brasileiro por inteiro. Dessa forma, os mecanismos utilizados pelo Cade na defesa do Direito da Concorrência devem incluir critérios que extrapolem a teoria econômica.

Sobre a necessidade de evolução do método antitruste, assim esclarece a autora Frazão:

Consequentemente, os modelos econômicos consequencialistas não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor e como diretrizes da aplicação do Direito da Concorrência. Em parte, tal constatação decorre do reconhecimento de que, não obstante o alto desenvolvimento da teoria econômica, nenhum método pode ser considerado infalível ou idôneo para contemplar todas as preocupações do Direito Antitruste. Afinal, um dos saldos deixados por Gadamer para o atual debate científico foi exatamente o fim da idolatria do método (FRAZÃO, 2017, p.44)⁴².

⁴² FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Trata-se, portanto, da busca e até mesmo da necessidade de haver um pluralismo metodológico no Antitruste (FRAZÃO, 2017)⁴³, que considere a multiplicidade de mercados, cada um com suas particularidades e variáveis, bem como os diversos arranjos e interações entre os agentes econômicos em cada um deles.

É claro que essa abertura jurídica a novas metodologias encontra diversas dificuldades, tais como a legitimidade e a capacidade técnica da autoridade antitruste de realizar análises que protejam objetivos de políticas públicas mais amplas que a defesa da concorrência, a possível ineficiência do arcabouço legal do antitruste para fundamentar essa análise e tutelar de maneira suficiente outras políticas públicas, além da própria insegurança jurídica que decisões com metodologias mais amplas podem gerar para os administrados.

Diante desse cenário, as autoridades devem estar atentas às possíveis dificuldades na ampliação das metodologias de resolução dos conflitos, que deve ser feita com cuidado metodológico, a fim de que não se torne discricionária e comprometa a finalidade do Direito. Para tanto, é necessário que as matérias tuteláveis estejam minimamente conectadas ao Direito Antitruste, justificando a intervenção da autoridade.

Não obstante, é necessário esclarecer que ainda que o Direito Antitruste seja importante para a compreensão do Direito de Propriedade Intelectual, pois, em última análise, ambos procuram incentivar a inovação e preservar o processo competitivo, isso não importa na conclusão de que ele é o único ou o mais eficiente para apreciar e solucionar todos os desafios práticos que se colocam perante o Cade quando se trata de abuso de exercício do direito de propriedade.

A análise antitruste tem um papel relevante na avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes do exercício dos direitos de propriedade, mas de maneira nenhuma se pretende afirmar que ela é suficiente para esgotar todos os contornos, nuances e problemas por trás da matéria.

Existem aspectos técnico-econômicos relativos aos desenhos industriais e à propriedade intelectual como um todo que precisam ser ordenados normativamente, aspectos que o Direito da Concorrência não consegue tutelar e disciplinar integralmente, já que, conforme visto nos capítulos anteriores, a livre concorrência não é um valor absoluto.

Assim, ainda que as normas antitruste sejam mais explicitamente fundamentadas na Economia do que normas referentes à Propriedade Intelectual, estas desempenham um papel

⁴³ Ibidem.

tão importante quanto o papel das normas de defesa da concorrência no crescimento econômico (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁴⁴.

Em razão disso, é preciso ter em mente que o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual desempenham papéis complementares na promoção de mercados competitivos, igualmente incentivando a inovação e protegendo o bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, ainda que a Propriedade Intelectual não seja vista sob uma perspectiva de regulação setorial intensa, já que o INPI consiste em uma autoridade de registro e não em uma agência reguladora propriamente dita, uma aproximação entre a política de propriedade intelectual e os setores regulados parece adequada para analisar possíveis alternativas de resolução de conflitos.

Essa aproximação permite perceber que se mesmo em setores em que o Estado intervém indiretamente para implementar políticas de governo (JUSTEN FILHO, 2009)⁴⁵ não há previsão de imunidade antitruste irrestrita, podendo a legislação concorrencial incidir sobre os casos em que a regulação for incompatível com a defesa da concorrência, o mesmo é verdade para as políticas de propriedade intelectual protegidas pela LPI.

Assim descreve Patrícia Regina Pinheiro Sampaio em sua tese:

De toda forma, um modelo ideal de interação entre entidades reguladoras e setoriais deverá propiciar que a regulação seja formulada sob as lentes da promoção da concorrência, permitindo a criação de uma “cultura concorrencial” ou de uma “regulação para a concorrência”, buscando-se coerência em termos de política pública e cooperação entre as entidades. A boa regulação deve ser promotora da rivalidade entre os agentes econômicos, evitando a edição de normas que restrinjam desnecessariamente o caráter competitivo do mercado regulado ou a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável práticas de abuso unilateral de posição dominante ou coordenação colusiva (SAMPAIO, 2012, p.76)⁴⁶.

No *enforcement* da propriedade intelectual no Brasil, ainda que não haja uma entidade reguladora propriamente dita, a LPI é a expressão das escolhas políticas adotadas pelo legislador para o ordenamento. Nesse sentido, as afirmações feitas no trecho acima também são válidas para as disposições da LPI e, conseqüentemente, para as políticas de defesa da

⁴⁴ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

propriedade intelectual no Brasil, que não devem promover, desnecessariamente, restrições à livre concorrência.

Ocorre que, conforme descrito anteriormente, as políticas de defesa da propriedade intelectual utilizam-se de instrumentos e abordagens diferentes daqueles empregados pelos órgãos de defesa da concorrência, assim como os setores regulados, conforme indicado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) em guia de melhores práticas a respeito da divisão de competências entre órgãos reguladores e autoridades de defesa da concorrência (UNCTAD, 2006, p.4)⁴⁷, consoante imagem abaixo:

Table 1. Institutional characteristics of sector regulators and competition authorities

	Sector Regulator	Competition Authority
A. Mandate	Substitute for lack of competition; broad range of socio-economic goals	Protect and enhance process of competition; emphasis on efficiency goals and consumer welfare
B. Approach	<ul style="list-style-type: none"> - attenuate effects of market power wielded by natural or network monopoly - impose and monitor behavioural conditions - <i>ex-ante</i> prescriptive approach - frequent interventions requiring continual flow of information 	<ul style="list-style-type: none"> - forestall and penalize anticompetitive conduct - impose structural (and behavioural) remedies - <i>ex-post</i> enforcement (except with merger review) - information gathered in case of investigation; more reliant on complaints

Fonte: Adaptada pela UNCTAD de estudo da OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*.1999. DAFPE/CLP(99)8.

De acordo com as considerações da UNCTAD, ao passo em que as autoridades regulatórias possuem atribuições mais abrangentes, abarcando um amplo rol de objetivos socioeconômicos, com uma atuação de cunho prospectivo que envolve intervenções e monitoramento frequentes, as autoridades de defesa da concorrência estão voltadas

⁴⁷ UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

prioritariamente para o aprimoramento do processo competitivo, reprimindo pontualmente condutas anticoncorrenciais identificadas em casos concretos, através da imposição de remédios estruturais e comportamentais capazes de dissuadir a prática dessas condutas.

Nesse aspecto, as políticas de defesa da propriedade intelectual são menos abrangentes que políticas setoriais, porém seus mandatos legais e abordagem atuam de maneira semelhante, fazendo com que a competição ceda espaço a outros fins.

Em razão dessas diferenças, é inevitável que surjam conflitos e atritos na escolha dos métodos e na decisão quanto à capacidade do Cade de resolver um determinado dilema relacionado ao direito de propriedade intelectual de maneira mais eficiente. Soma-se a isso o fato de que a delimitação das competências e limites de atuação da autoridade antitruste diante dos limites da Lei de Defesa da Concorrência e da Lei de Propriedade Intelectual não é perfeitamente identificável na resolução de conflitos que envolvem aspectos econômicos, técnicos e concorrenciais.

Nesse sentido, não se ignora o fato de que da mesma forma que decisões políticas a respeito do direito de propriedade intelectual podem afetar as condições de concorrência entre os agentes do setor e, em última escala, os próprios consumidores, decisões da autoridade concorrencial também causam impactos nas políticas de propriedade intelectual.

Dessa forma, os ditames da Lei 9.279/96, bem como o papel do INPI na concessão dos registros de desenho industrial, se mantêm relevantes, assim como a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Em verdade, a própria UNCTAD, no guia anteriormente citado neste trabalho, destaca que deve haver cooperação e transparência entre autoridades reguladoras e autoridades da defesa da concorrência a fim de construir políticas públicas coerentes:

In setting out to define the respective competences of competition authorities and regulatory bodies, most countries have recognized the need to foster close cooperation and policy coherence between these two groups of regulators in the implementation of their respective mandates. A key element of this cooperation is the timely exchange of information and prior consultation between sector regulators and competition authorities on issues that impact on one another's areas of specialization. A number of jurisdictions have created regulators' forums through which sector regulators and the competition authority keep in regular contact and strengthen and consolidate their cooperation and coordination. In some jurisdictions the competition authority has concluded memoranda of understanding with other regulatory bodies, which typically set out the manner in which the parties will interact with respect to issues that require joint action (UNCTAD, 2006, p.4)⁴⁸.

⁴⁸ UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

Mais um vez, a necessidade de transparência e cooperação aplica-se igualmente à relação entre o INPI e a autoridade antitruste. Ou seja, a despeito das especificidades de cada jurisdição, dos arranjos institucionais e das particularidades de cada mercado, um sistema de competências complementares que seja transparente e, preferencialmente, institucionalizado, é de suma importância para a afirmação de políticas públicas coerentes, sem que as competências de uma usurpem as da outra.

Nessa tarefa, vale acrescentar que o diálogo entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual não deve ocorrer apenas na ocasião da edição de uma norma, por exemplo, o que exigiria uma consulta *a priori*. Do contrário, um acompanhamento *a posteriori* também é de suma importância. O intercâmbio constante de informações e a cooperação faz-se necessário, inclusive, em benefício direto aos próprios agentes de mercado, pois políticas públicas alinhadas geram menos custos aos administrados.

5.2 A *state action doctrine* como solução para o conflito de normas do caso ANFAPE

Feitas essas considerações quanto à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e concorrência, não parece acertado que previsões legislativas que disciplinem os direitos de propriedade intelectual e o seu exercício, em seus aspectos técnicos, retirem a matéria do campo de competência do Cade.

Conforme visto anteriormente, as leis de Propriedade Intelectual são inerentemente excludentes. No entanto, conforme primorosamente apontado por Bohannan e Hovenkamp, a exclusão autorizada aos titulares de direitos de propriedade intelectual, por um período de tempo limitado, não é a mesma coisa que "exclusão de mercado". Nesse sentido, as práticas de exclusão tornam-se uma preocupação para a política de concorrência quando procuram transformar-se em exclusão de mercado (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁴⁹.

No conflito apresentado pelo caso ANFAPE, o conjunto fático mostrava que a Lei de Propriedade Industrial não considerou a existência de um mercado primário e de um mercado secundário e, conseqüentemente, desconsiderou os possíveis impactos anticompetitivos da extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket*.

⁴⁹ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

Diante desse cenário e da hipótese de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual, que possivelmente ainda serão alvo de debates semelhantes no Cade em casos futuros, a pergunta que surge é: há alternativa fora dos instrumentos tradicionalmente aplicados pelo Direito Antitruste para solucionar conflitos entre os dois ramos quando a lei específica sobre propriedade intelectual (ou outra matéria) é silente sobre a mitigação da concorrência frente a algumas especificidades do mercado?

Na perspectiva de ampliar os mecanismos utilizados pelo Cade para além de instrumentos puramente econômicos, aproveitando os benefícios já citados do pluralismo metodológico na busca por evoluir o método antitruste, conforme pontuado anteriormente, é possível buscar uma solução para a questão nos exemplos de embates entre o Direito da Concorrência e a regulação, mais especificamente, por meio da aplicação por analogia da *state action doctrine*.

A despeito das políticas de defesa dos direitos de propriedade intelectual não decorrerem de medidas regulatórias, conforme já mencionado, a lógica da teoria pode ser aplicada a essa situação, respaldada pela existência de diversos pontos em comum entre os dois cenários.

Em primeiro lugar, conforme amplamente debatido ao longo do artigo, tal como ocorre entre regulação e defesa da concorrência, o Direito de Propriedade Intelectual está conectado ao Direito Antitruste, sendo que ambos desempenham papéis complementares na promoção de mercados competitivos e na realização do interesse público.

Em segundo lugar, tal como as normas regulatórias, as leis de propriedade intelectual são expressão de políticas públicas, definidas e aprovadas pelos legisladores. Nesse sentido, é possível aplicar o primeiro critério da *state action* (a intenção do Estado de restringir a concorrência, em decorrência de uma política clara e direta) observando a ressalva de que, como parte do ordenamento constitucional brasileiro, as leis de defesa da propriedade intelectual não devem promover desnecessariamente restrições à livre concorrência.

Finalmente, o segundo critério *state action* também pode ser aplicado na análise, já que o Estado também deve estar ativamente envolvido na supervisão, implementação e controle das leis no geral, sendo que, em casos de irracionalidade ou desproporcionalidade de alguma medida, é seu dever rever a aplicação tanto de leis quanto de normas regulatórias, a fim de suprir lacunas ou dirimir conflitos.

Em outras palavras, a conduta dos agentes econômicos privados, ao exercerem seus direitos de propriedade intelectual, não estaria isenta da legislação antitruste a não ser quando

o Estado explicitamente optasse por mitigar a livre concorrência e caso se mantivesse ativo em fiscalizar de que forma essa mitigação estaria ocorrendo no mercado.

Nesse sentido, a menos que a legislação afirme o contrário, práticas anticompetitivas serão identificadas e analisadas aplicando-se princípios do Antitruste (HOVENKAMP, 2005)⁵⁰. Assim, a intervenção da autoridade antitruste não seria apropriada para questionar uma escolha política de um Estado soberano, mas seria perfeitamente aplicável quando o agente econômico não houver sido submetido ao escrutínio governamental, quando a conduta questionada não estiver efetivamente sob o comando do Estado, quando o regime regulatório possuir lacunas que permitam a atuação anticompetitivas das empresas, ou ainda quando o processo regulatório for invocado como subterfúgio (HOVENKAMP, 2005)⁵¹.

Vale destacar que as leis de propriedade intelectual raramente se preocupam com a estrutura do mercado, mas apenas com o incentivo à inovação. Por outro lado, o Antitruste está fortemente envolvido em questões quanto à estrutura de mercado (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁵². Contudo, em situações como a do caso ANFAPE, a relação entre competição, inovação e estrutura de mercado é precisamente o cerne do conflito.

Portanto, seguir o entendimento de que tão somente o fato de existir lei específica sobre a matéria encerra a discussão concorrencial pode ser uma abordagem perigosa, seja porque, ao aplicar a isenção da *state action doctrine*, de maneira automática, pode não se distinguir condutas competitivas de condutas anticompetitivas, impedindo um engajamento efetivo entre a política da agência (em nossa analogia, do legislador), seja porque o fato de que uma determinada provisão um dia autorizou uma conduta em particular não significa que a mesma isenção pode ser generalizada para casos futuros, desconsiderando o potencial anticompetitivo mais elevado de outras condutas (HOVENKAMP, 2012)⁵³.

Assim, justificar a extensão dos registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças automotivas com base na existência de lei específica, a LPI, que não faz distinção quanto ao exercício dos direitos de propriedade no mercado primário ou secundário é desarrazoado. Conforme apontam os critérios da *state action doctrine*, trata-se exatamente da

⁵⁰ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation**. New York: Oxford University Press, 2012.

⁵³ HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust's State Action Doctrine and the Ordinary Powers of Corporations. University of Iowa (**College of Law Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-30**), 12 de julho de 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012717>. Acesso em: 01 jun. 2020.

hipótese em que a lei é silente quanto à mitigação da concorrência no *aftermarket*, não havendo também monitoramento da atuação das montadoras. Dessa forma, não se justifica excluir o caso da apreciação da autoridade concorrencial, pois nessa situação, a análise da conduta à luz dos princípios da livre concorrência é determinante para compreendermos se a omissão da lei não prejudica a própria existência e manutenção do mercado secundário.

Do ponto de vista jurídico não existe isenção antitruste à exploração dos direitos de propriedade intelectual na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)⁵⁴ e o Antitruste não pune o poder econômico legitimamente adquirido, mas sim seu abuso (RIBAS, 2011)⁵⁵. Além disso, do ponto de vista econômico, a insuficiente comprovação dos efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o desenvolvimento econômico e a inovação – já que a própria proteção à PI, por vezes, pode inibir a inovação cumulativa; e o licenciamento pode conter restrições que geram distorções artificiais nos mercados envolvidos (RIBAS, 2011)⁵⁶.

Essas justificativas somam-se aos requisitos exigidos para aplicação da isenção prevista pela *state action doctrine*, que não são preenchidos pelo arcabouço fático e legal do caso ANFAPE, fundamentando uma atuação complementar do Cade ao analisar o grau de autonomia dos agentes econômicos orientados por normas regulatórias, ou leis que expressam políticas públicas do Estado, segundo aproximação que adotamos neste trabalho. Nesse sentido, ressalta Frazão:

Nas hipóteses em que normas regulatórias substituam a livre concorrência, não deixando margem para a atuação autônoma dos agentes econômicos, a legislação antitruste será afastada. Entretanto, verificando-se a existência de omissão ou de lacunas na regulação, o CADE poderá intervir para sancionar práticas contrárias à ordem econômica. O que não se admite é a revisão das políticas regulatórias pelo CADE, na medida em que a regulação e o Direito devem incidir de maneira complementar (FRAZÃO, 2017, p.334).⁵⁷

Portanto, a autoridade concorrencial deve utilizar-se de todas as vias institucionais cabíveis a depender dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados por uma norma deletéria à concorrência que não seja razoável e proporcional em razão de outro valor.

⁵⁴ Apesar de não haver previsão legal expressa quanto à existência de setores isentos da análise antitruste, o tema não é pacífico na doutrina. Alguns doutrinadores sustentam a existência de algumas isenções no ordenamento antitruste como, por exemplo, no setor financeiro e nos acordos de exclusividade autorizados pela Lei Ferrari (Lei 6.729/1979).

⁵⁵ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito Antitruste e Propriedade Intelectual**: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Singular, 2011.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

Conforme apontam Bohannan e Hovenkamp (2012)⁵⁸, ainda que o objetivo do Antitruste não seja consertar defeitos ou solucionar deficiências em outros regimes regulatórios, a política antitruste deve se sentir à vontade para buscar resultados mais competitivos, tanto com relação a áreas reguladas propriamente ditas, quanto com relação à Propriedade Intelectual ou outras leis que deixem questões importantes em aberto.

Qualquer atividade econômica está sujeita a diversas aprovações governamentais, de modo que a existência da Lei de Propriedade Intelectual, que adequadamente prevê e dispõe sobre os registros de desenho industrial, não significa que a autoridade concorrencial não possa reprovar a conduta, considerando-a anticompetitiva, na ausência de uma política expressa e bem definida pela lei pública que claramente visasse substituir a concorrência.

Nesse sentido, infrações cujos efeitos anticompetitivos não foram previstos pela autoridade reguladora ou na legislação demandam atenção e atividade investigativa cuidadosa. É neste momento que a expertise do Cade se torna mais importante, afinal, a autoridade antitruste é aquela competente para apontar infrações que possivelmente não seriam reconhecidas por outros órgãos e agências, ou até mesmo pelo legislador. Assim expõe Patrícia Sampaio ao falar dos setores regulados de infraestrutura, lógica que pode ser aplicada também ao presente caso:

A sugestão caminha no sentido de que o resguardo da competência da entidade antitruste para fiscalização das condutas dos agentes econômicos nos setores regulados de infraestrutura pode ser de extrema relevância para se proteger a concorrência em situações nas quais, por qualquer razão, a entidade reguladora não tenha coibido uma prática efetivamente violadora da concorrência (SAMPAIO, 2012, p.324)⁵⁹.

Dessa forma, é importante perceber que os mercados são dinâmicos e estão em constante mudança. Aquilo que foi previsto pelo legislador originário pode não ser mais condizente com a realidade dos *players* no mercado. Daí a necessidade de fiscalização da conduta dos agentes e de participação ativa das autoridades antitruste a fim de atualizar, ajustar e definir os contornos das condutas dos agentes econômicos em cada mercado levado a apreciação.

⁵⁸ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

⁵⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

6. CONCLUSÃO

O caso ANFAPE, julgado em 14 de março de 2018, representa um importante marco para o Direito Antitruste Brasileiro, sobretudo nos tempos atuais, em que o avanço tecnológico e a inovação têm se tornado diferenciais competitivos cada vez mais determinantes, responsáveis por atrair e captar a lealdade dos consumidores, além de consagrar as empresas no mercado.

Nesse sentido, compreender de que forma o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste se relacionam, quais os contornos e limites dessa interação, bem como qual o papel do Cade no controle repressivo de condutas abusivas à ordem econômica, torna-se uma tarefa complexa, porém necessária.

Dessa forma, observa-se que tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito Antitruste devem promover, além da inovação, os demais valores constitucionais que orientam a ordem econômica e o direito de propriedade, tais como o desenvolvimento socioeconômico nacional, a defesa do consumidor, a livre iniciativa e a função social da propriedade.

Nesse sentido, o caso ANFAPE, assim como outros, apresenta conflitos que devem ser analisados em conjunto. Além de ser impossível dissociar o Direito da Concorrência do Direito de Propriedade Intelectual em casos como esse, observou-se que, como parte do ordenamento constitucional brasileiro, o Direito Antitruste deve superar argumentos e metodologias puramente econômicos e adotar critérios que abarquem os valores constitucionais que o orientam, dentre eles a função social da propriedade, a fim de cumprir com sua finalidade.

Assim, apesar dos enfoques e competências do Direito Antitruste e do Direito de Propriedade Intelectual serem distintos e das dificuldades que daí decorrem, tratam-se de políticas públicas complementares, de modo que, tratando-se da experiência brasileira, deve haver cooperação, diálogo e transparência entre o Cade e o INPI.

Diante disso, a experiência dos setores regulados e a complementariedade entre a regulação e a defesa da concorrência pode contribuir para a solução de conflitos antitruste envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual. Entende-se, nesse sentido, que a teoria norte-americana da *state action doctrine*, aplicável aos setores regulados e aqui estendida à compreensão das leis de defesa da propriedade intelectual, poderia ser aplicada por analogia como uma alternativa adequada para definir em que casos haveria ou não limitações à propriedade intelectual, quando a análise em sede de processo administrativo sancionador

identificar efeitos anticompetitivos sobre os quais não há autorização expressa ou processo de revisão constante da conduta autorizada.

Nesse cenário, diante da complementariedade e necessidade de conciliação entre o Direito de PI e o Direito Antitruste, e respeitados os limites e funções dessas áreas, conclui-se que a aplicação por analogia da *state action doctrine* permitiria que o Direito da Concorrência analisasse com uma lente ampla a complexa questão quanto ao exercício dos direitos de propriedade intelectual e fornecesse uma resposta capaz de concretizar os princípios constitucionais da função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e os ditames da justiça social.

Referências

BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://bit.ly/2vyDk3L>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2Ms7GK0>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2XsaZpn>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Geral Federal. **Parecer Nº 42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: AGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2U9zh76>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo 08012.002673/2007-51**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 11**. Apartado Confidencial nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2409-2472. Brasília: CADE, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3dwBbq6>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 12**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2777-2813. Brasília: CADE, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36XaCYB>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 13**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 3232-3240. Brasília: CADE, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3eKpa0n>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.006504/2005-29. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 19 de out. de 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPURIUFiJPYi-y9WLhGJgKxNkwG_UaTnrNoyz8F4HzXWfvMixx0X9oaY_oTc36H4Om-bcB-L58VynxMRAUopHd. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 14 de março de 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2U7vR4G>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista Versão Pública**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vista: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 14 de março de 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/2U9kqtv>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Alexandre Barreto de Souza, 19 de março de 2018d. Disponível em: <https://bit.ly/3gLWtBY>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Conselheira Cristiane Alkmin J. Schmidt, 14 de março de 2018e. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 14 de março de 2018f. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer Nº 9/2017/MBL/MPF/CADE**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: MPF, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3cxeWir>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRITTO, Tatiana Alessio de. **Neutralidade de Redes: Mercado de dois lados, antitruste e regulação**. 2018. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CAIXETA, D. B. Imunidade antitruste às Ações Governamentais no contexto da desregulação do setor de telecomunicações: uma análise a partir do julgamento do caso VU-M pelo CADE. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 127-158, 2014.

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Intellectual Property, Competition, and Information Technology. **Competition Policy Center**, Berkeley, 2004.

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

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

HOVENKAMP, Herbert J. **Antitrust's State Action Doctrine and the Ordinary Powers of Corporations**. University of Iowa (College of Law Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-30), 12 de julho de 2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012717>. Acesso em: 01 jun. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KATZ, Ariel. **Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power**. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

MCCALL, Linda. The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1977, n. 4, p. 871-908, 1977.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

POSNER, Richard A. **Antitrust in the New Economy**. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 106, 2nd series, 2000. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito Antitruste e Propriedade Intelectual**: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Singular, 2011.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. **The Theory of Economic Development**: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle. New York: Routledge, 2017.

UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

U.S. Supreme Court. **California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, 445 U.S. 97** (1980) de 3 de março de 1980. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/97/>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

U.S. Supreme Court. **Parker v. Brown, 317 U.S. 341** (1943) de 4 de janeiro de 1943. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/341/case.html>>. Acesso em 23 de maio de 2020.