

FGV DIREITO SP – ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

João Felipe Achcar de Azambuja

**O abuso da propriedade intelectual no direito da concorrência e a
atuação antitruste em infrações envolvendo matéria de propriedade
intelectual**

Um estudo do caso Eli Lilly

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2016

João Felipe Achcar de Azambuja

**O abuso da propriedade intelectual no direito da concorrência e a
atuação antitruste em infrações envolvendo matéria de propriedade
intelectual**

Um estudo do caso Eli Lilly

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de graduação em
direito da Fundação Getúlio Vargas como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em direito.

Orientadora: Profa. Mônica Steffen Guise
Rosina

São Paulo

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo o apoio e confiança incondicionais nesta longa trajetória que aqui se encerra, ao mesmo tempo em que outras se iniciam. Agradeço poder provar desse doce sabor que tem o sacrifício por amor, o qual espero ainda poder retribuir. Agradeço a vocês também por terem me ensinado a confiar na nossa própria estrela, para batalhar diante de toda e qualquer dificuldade.

Agradeço à minha orientadora Mônica Steffen Guise Rosina por toda assistência e paciência dispensada durante a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Por fim, agradeço à FGV Direito São Paulo e particularmente ao seu corpo docente pelo sério e dedicado comprometimento com a formação do pensamento jurídico no Brasil. Um especial agradecimento ao professor Ronaldo Porto Macedo Junior, por ter me aberto portas maravilhosas.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar o impacto do abuso da propriedade intelectual na concorrência e a atuação do CADE em coibi-lo. Para tanto, foi conduzida extensa revisão bibliográfica buscando explorar os principais conceitos e problematizar as intersecções relevantes entre as duas áreas do Direito. Em seguida, foi conduzido um estudo de caso sobre precedente de condenação da farmacêutica global Eli Lilly pelo CADE por abuso de propriedade intelectual relacionado a abuso de direito de petição, o qual se desenrola no delicado contexto das patentes farmacêuticas no Brasil. O caso nos permite concluir que o CADE parece estar seguro de sua atuação incisiva em casos de abuso de propriedade intelectual com prejuízos à concorrência, principalmente quando implementados com o uso de abuso de direito de petição. Para deter este abuso, a autoridade antitruste não mede esforços para interpretação e aplicação de normas de propriedade intelectual, inclusive técnicas e procedimentais. Não obstante, carece do devido reconhecimento e detalhamento do dano à concorrência que é capaz de acionar a proteção concorrencial.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Propriedade intelectual. Abuso de direito de peticionar. Patente. Farmacêuticos.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the impact of the intellectual property abuse in the competition and CADE's practice in its deterrence. For such a purpose, extensive bibliographic revision was conducted, in order to explore the most essential concepts and relevant intersections in these two fields of the Law. Subsequently, a case study was conducted on CADE's precedent involving the administrative decision against the global pharmaceutical company Eli Lilly due to intellectual property abuse related to sham litigation, which is established within the sensible context of the pharmaceutical patents in Brazil. It can be concluded from the precedent that CADE is assured of its incisive activity in cases involving intellectual property abuse causing harm to competition, especially when implemented via sham litigation. In order to refrain such abuse, the antitrust authority puts significant effort into the interpretation and application of intellectual property laws, including technical and procedure laws. Notwithstanding, it lacks in acknowledgement and detailing of the harm that is capable of triggering antitrust protection.

Key words: Competition law. Intellectual property. Sham litigation. Patents. Pharmaceuticals.

Sumário

Introdução.....	8
1. Intersecção entre direito da concorrência e propriedade intelectual.....	11
1.1. Breves considerações sobre o direito da concorrência	11
1.2. Breves considerações sobre o direito da propriedade intelectual	18
1.2.1. Breves considerações sobre direitos de patentes	25
1.3. Da intersecção entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual	30
2. O abuso do direito de peticionar em matéria de propriedade intelectual – exposição do caso Eli Lilly.....	40
3. Análise da postura do CADE na condenação por abuso de direito de peticionar envolvendo propriedade intelectual, sob a perspectiva do caso Eli Lilly.....	56
Conclusão	67
Bibliografia.....	68

À minha vó Leda,
“porque tu merece”

Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar o impacto do abuso da propriedade intelectual no direito da concorrência e a atuação das autoridades antitrustes brasileiras em infrações econômicas envolvendo matéria de propriedade intelectual. A intersecção entre essas duas disciplinas do Direito, muitas vezes enxergadas como campos de aspirações opostas, nos permite problematizar questões espinhosas que não nos aparecem quando estudamos os conceitos jurídicos de cada uma destas áreas na teoria e isoladamente. Ao problematizar os limites de suas justificativas jurídicas e sociais, bem como suas possibilidades de implementação, enriquecemos o debate e o nosso próprio domínio sobre tais temas.

Diante desta ousada proposta, a melhor maneira de abandonarmos a alienação do estudo teórico manualesco é nos debruçarmos sobre uma controvérsia de contornos concretos, palpáveis. Não que a teoria não tenha o seu exímio valor, esta será amplamente explorada como arcabouço teórico para o desenvolvimento da própria problematização, até porque só é um problema jurídico merecedor de grande atenção aquilo que desafiar as concepções e premissas que temos no nosso ponto de partida.

O caso escolhido para pautar a presente análise envolve a condenação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE de uma empresa farmacêutica global que se utilizou de deslealdade processual para obter benefícios indevidos de direitos de propriedade intelectual. O processo administrativo iniciado por representação da associação Pró-Genéricos objetivava a condenação da Eli Lilly por ter obtido liminar judicial para comercialização exclusiva de produto destinado ao tratamento do câncer de mama, retirando seus concorrentes de circulação e permitindo que a empresa aumentasse o preço de seu medicamento em quase três vezes.

Conforme veremos ao longo do trabalho, ainda que o caso em tela não provoque o choque direto entre princípios de direito da concorrência e de direito de propriedade intelectual, muito em conta da prática relatada ser ilícita em ambas as esferas do Direito, merece nossa especial atenção a análise do CADE no julgamento da questão.

A metodologia para a confecção do presente trabalho contou com extensiva revisão bibliográfica da mais renomada doutrina pátria e estrangeira sobre o tema, buscando estabelecer contrapontos entre correntes teóricas distintas, quando possível.

Para enriquecer o debate e aprofundar os conceitos jurídicos expostos ao longo do texto, foram realizados esforços para se debruçar sobre abordagens de pensadores que versam tanto sobre a área de direito da concorrência quanto sobre a área de direito de propriedade intelectual. Nestes esforços, merece especial atenção a busca por autores da área de concorrencial mais afeitos aos dilemas de propriedade intelectual e por autores da área de propriedade intelectual mais afeitos ao antitruste.

Após o estudo dogmático, fez-se necessária a escolha a dedo de um caso concreto pertinente à análise de questões ligadas à intersecções entre esses dois ramos do Direito, dentre o conjunto de possíveis precedentes no CADE em que a tal problemática foi analisada com mais afinco. Na contramão de diversos trabalhos encontrados sobre o tema, o presente texto descarta a investigação por abuso de propriedade intelectual sobre desenho industrial e marcas no setor automobilístico promovida por representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE contra três montadoras de automóveis (Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51), ainda não julgada em definitivo pelo CADE até o presente momento. Ao selecionar como objeto de análise a condenação de uma empresa farmacêutica por abuso de direito de patente, opta-se por concentrar nossa análise crítica sobre o sensível e polêmico contexto no qual se inserem as patentes farmacêuticas em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. O caso em tela possui ainda maior valor como precedente a ser estudado por se tratar de decisão proferida no final de 2015, podendo assim evidenciar a postura recente do CADE, em seus variados órgãos, diante de matéria de propriedade intelectual.

Assim, o presente trabalho está estruturado em um primeiro capítulo, contendo a necessária exposição teórica sobre o arcabouço jurídico que permeia a discussão proposta, segmentada em trechos dedicados ao direito concorrencial; à propriedade intelectual, com especial enfoque nos direitos de patente; e à intersecção destes dois campos do Direito. O segundo capítulo se propõe à exposição detalhada dos acontecimentos que levaram à representação perante o CADE e a subsequente análise pela autoridade antitruste da demanda anticompetitiva. O terceiro capítulo, por sua vez, dedica-se à análise do mérito da decisão do CADE, discutindo de maneira crítica os indícios que denotam os limites de sua atuação e competência, à luz do pano de fundo doutrinário apresentado anteriormente. Por fim, conclui-se que o CADE parece estar seguro de sua atuação incisiva em casos de abuso de propriedade intelectual com

prejuízos à concorrência, principalmente quando implementados com uso de abuso de direito de petição. Para coibir tal abuso lesivo à concorrência, a autoridade antitruste não mede esforços para interpretação e aplicação de normas de propriedade intelectual, inclusive técnicas e procedimentais. Não obstante, carece do devido reconhecimento e detalhamento do dano à concorrência que é capaz de acionar a proteção concorrencial.

1. Intersecção entre direito da concorrência e propriedade intelectual

Conforme veremos ao longo das próximas seções deste capítulo, as áreas do Direito relativas à proteção da concorrência e à proteção dos direitos intelectuais possuem interessantes relações que frequentemente são exploradas pela doutrina pertinentes a tais áreas, seja na própria gênese da matéria que pretendem endereçar quanto na implementação prática de políticas econômicas e sociais dos mais variados ordenamentos jurídicos.

Veremos que ao contrário do que um olhar superficial possa sugerir, como de fato já se fizera no passado, a garantia de exclusividade de exploração comercial de determinado bem não é de todo contrária à noção de proteção de um ambiente competitivo eficiente e vantajoso para os consumidores. Cada qual por instrumentos diferentes, pautados em suas próprias premissas, objetiva o estímulo à inovação tecnológica e ganhos sociais à ela associada.

Devido à sua natureza jurídica intrinsecamente associada à estrutura do desenvolvimento de uma sociedade de mercado capitalista, estes dois ramos do Direito, ainda que remontem suas origens em períodos remotos da História, como procurou-se assinalar, estão sujeitos a recentes e, arriscamos dizer, constantes renovações. Dessa maneira, podemos dizer que estamos nos debruçando sobre ramos extremamente contemporâneos do Direito.

Demonstramos neste capítulo que as necessárias intersecções entre estes dois campos jurídicos não devem ser caracterizadas como falhas de um ordenamento jurídico, pois elas coexistem harmoniosamente na busca pela inovação e bem-estar social. Tal exposição se faz extremamente necessária para que possamos analisar com maior propriedade o problema que se apresenta no caso Eli Lilly, bem como para que adotemos uma postura crítica ao teor de sua decisão pelo CADE e impactos para a construção de uma jurisprudência sobre o controverso tema.

1.1. Breves considerações sobre o direito da concorrência

O direito da concorrência é o ramo do direito que se debruça sobre a conduta de agentes econômicos em concorrência em um ambiente de mercado, observando as relações econômicas e seus impactos no consumidor, no mercado e na sociedade como

um todo. Relaciona-se à regulamentação dos mercados por normas emanadas por um poder institucionalizado capaz de impor sanções jurídicas¹ para preservar a livre concorrência. Em linhas gerais, o subsistema normativo da área de direito da concorrência é pautado por normas que almejam duas finalidades, quais sejam: (i) normas que estabelecem sanções a condutas consideradas anticompetitivas, tais como cartéis e práticas predatórias, e (ii) normas que estabelecem o mecanismo de autorização para operações de concentrações econômicas, tais como fusões e aquisições².

A atuação conjunta de tais normas visa garantir o bom funcionamento dos mercados, controlando a atuação de empresas que detenham poder econômico. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira Neto, poder econômico pode ser definido como “a capacidade de alterar fatores essenciais de funcionamento de um mercado (como preço, quantidade, qualidade) de forma independente, dada a insuficiência de reações de concorrentes ou dos consumidores e clientes para lhe contrapor”³. No caso do direito brasileiro, como é observado no artigo 36, § 2º da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011⁴, que estrutura o subsistema normativo da área de direito da concorrência (Lei de Defesa da Concorrência), atenta-se ao exercício de poder econômico por parte de empresa ou grupo de empresas que detenham posição dominante, a qual é presumida sempre que um agente econômico possuir a capacidade de alterar unilateralmente ou de maneira coordenada as condições de mercado, ou, ainda, quando este agente possuir participação de mercado superior a 20% do mercado relevante.

Com o recente protagonismo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão administrativo responsável pela manutenção da livre concorrência, a intensificação das investigações de infrações à ordem econômica e a consolidação de legislação sobre o tema no Brasil e no mundo, podemos ter a falsa percepção de que o direito da concorrência é um ramo relativamente recente do direito. Contudo, é possível identificar que regras que disciplinam a concorrência, ainda que em menor grau, existem desde o surgimento da ideia de mercado como espaço de trocas entre agentes econômicos.

¹ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrencial: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

³ Ibid, p. 20.

⁴ Lei nº 12529/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

A concorrência existe sempre que dois ou mais agentes competem pela mesma oportunidade de troca⁵. Concorrer é disputar a preferência de quem adquire ou utiliza um produto ou serviço, é inerente à ideia de comércio, de mercado⁶. Nesse sentido, a ideia de livre iniciativa e livre concorrência, objeto de tutela das autoridades antitruste, é a garantia de que indivíduos e organizações possam desenvolver atividades econômicas com liberdade para escolher e alterar como bem quiserem a forma de estruturação dos recursos que dispõem e que tais indivíduos e organizações rivalizem entre si em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços em mercado⁷. Conforme aponta Luciano Sotero Santiago, a livre concorrência apresenta, assim, um caráter dúplice: de um lado, pretende assegurar que agentes econômicos possam utilizar os meios que julgarem adequados para conquistar a preferência do consumidor, preservando a livre iniciativa; de outro, procura garantir a liberdade dos agentes econômicos, atuais ou potenciais, entrarem, permanecerem ou saírem de determinado mercado⁸.

Note-se que o direito da concorrência é frequentemente atrelado à ideia de livre mercado. De fato, há um paralelo entre a liberalização do comércio internacional no final do século XX e o estímulo à elaboração e ao aprimoramento de normas concorrenciais de diversos países, inclusive o Brasil. Ao longo da década de 1990, por exemplo, 41 países promulgaram, pela primeira vez, legislações de matéria concorrential⁹. Contudo, cabe ressaltar que o direito da concorrência existia muito antes do advento do liberalismo econômico e continuou existindo mesmo após o abandono do livre mercado como único princípio norteador da organização econômica.

Em um primeiro momento, apenas regras esparsas tratavam de questões ligadas a determinados setores da indústria e do comércio, para eliminar distorções pontuais da conduta de agentes econômicos prejudiciais à sociedade, e não necessariamente em prol da busca pela otimização e eficiência¹⁰.

⁵ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

⁶ SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm, p. 29.

⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrential: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

⁸ SANTIAGO, op. cit. p. 30.

⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 25.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 33, 36 e 44. Nesse sentido, vale notar que Paula Forgioni identifica três acepções do direito da concorrência em momentos distintos na história no que diz respeito à elaboração de regras que disciplinam o comportamento de agentes econômicos, quais sejam: (i) regras para eliminar distorções

Após a Revolução Industrial e com o advento do liberalismo econômico, percebeu-se que a concentração de capital pelos agentes econômicos em um ambiente de competição “selvagem” (isto é, desregulada) era capaz de produzir efeitos perversos que minavam a própria ideia de liberdade de atuação econômica em um mercado. Nesse contexto, foram promulgados os primeiros diplomas normativos modernos dedicados a regular a concorrência, dentre os quais o principal marco é o diploma norte-americano *Sherman Act*¹¹, de 1890, com o nítido objetivo de corrigir falhas pontuais identificadas no sistema de livre mercado e garantir a manutenção do essencial para o desenvolvimento econômico¹². A finalidade do direito da concorrência nesse momento era, essencialmente, a de diluir o poder dos agentes do mercado. Especificamente no caso dos Estados Unidos, o início da atividade regulatória é produto da preocupação em controlar a rápida aceleração da concentração econômica nos setores ferroviário e telecomunicações no país, entre outros, que se dava por meio de acordos entre concorrentes, tais como o instrumento contratual denominado *trust* ou da colusão em cartéis¹³.

A partir da década de 1970, no entanto, o poder econômico deixou de ser visto como um mal em si mesmo, tornando-se, inclusive, ser interessante no fomento a campeões nacionais, capazes de produzir de maneira mais eficiente, utilizando-se de economias de escopo e de escala, fornecendo bens e serviços a preços mais baixos.

Atualmente, a doutrina aponta uma finalidade dupla deste ramo do direito, qual seja: (i) regular a conduta dos agentes econômicos em um mercado nacional para se obter equilíbrio nas relações econômicas; e (ii) instrumento de desenvolvimento econômico, variando conforme ditames conjunturais econômicos e políticos e podendo inclusive não ser aplicado¹⁴. Essa segunda e mais recente função do direito da concorrência, conforme apresentado acima, é fruto de uma evolução do ramo do direito,

tópicas no mercantilismo da Antiguidade e Idade Média; (ii) disciplina da concorrência para assegurar o liberalismo econômico; e (iii) normas de direito da concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas.

¹¹ Vide: http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf. Acessado em 23 jul. 2016.

¹² FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

¹³ CORDOVIL et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

¹⁴ Ibid, p. 135-136.

em resposta à sofisticação de desenhos de política econômica com a intensificação das relações comerciais da era moderna¹⁵.

Com relação ao cenário brasileiro, é necessário ressaltar que embora o CADE, bem com as bases mínimas de eficácia de normas antitruste, tenham sido criados em 1962, com a Lei nº 4.137¹⁶, na prática a implementação do direito da concorrência não foi uma prioridade do governo até a retomada democrática após o fim do regime militar, quando superamos o modelo de desenvolvimento econômico pautado pelo planejamento centralizado e intervenção estatal direta¹⁷.

O cenário do direito da concorrência no Brasil começou a mudar e se consolidar apenas a partir da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994¹⁸, que transforma o CADE em uma autarquia federal, com recursos próprios, e concede ao órgão efetivos poderes de investigação e decisão sobre as questões que trazem potenciais lesões à concorrência. A referida lei sistematizou a matéria de direito da concorrência¹⁹, aperfeiçoando seu tratamento legislativo, e introduziu o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, organismo composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, vinculada ao Ministério da Justiça. Em seus mais de quinze anos de vigência, a lei proporcionou significativo progresso no direito da concorrência brasileiro e do reconhecimento institucional do CADE, sobretudo na consolidação do controle de concentrações e de condutas anticompetitivas (com especial destaque para carteis), além do expressivo aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste²⁰.

Não obstante os significativos avanços na prática de direito da concorrência, o arranjo institucional instituído com o diploma promulgado em 1994 apresentava algumas falhas, dentre as quais se destaca o fato de que ambas SEAE e SDE frequentemente fossem levadas a analisar os mesmos aspectos de um ato de concentração, gerando grandes ineficiências ligadas a retrabalho e divergências

¹⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 25.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

¹⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrencial: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 29.

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

¹⁹ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

²⁰ Ibid, p. 123.

contraproducentes, que se tornavam ainda mais gravosas em se tratando de um órgão dotado de poucos recursos financeiros. Outro aspecto também considerado inadequado do diploma então vigente era o controle de concentrações *a posteriori*, por meio do qual as operações potencialmente danosas à concorrência eram analisadas apenas após a sua consumação. Logo, possíveis medidas interventivas ou mesmo a proibição de execução da operação eram muito mais complexas e menos eficazes, por terem como objeto o desfazimento de parte ou totalidade de uma nova entidade societária já consolidada.

Visando corrigir esses gargalos da análise antitruste, foi promulgada, no ano de 2011, a atual Lei de Defesa da Concorrência, após longo processo legislativo. Poucas foram as inovações trazidas com relação ao direito material, mantendo-se basicamente a mesma estrutura normativa da lei anterior. A caracterização de infrações à ordem econômica disposta no artigo 36, por exemplo, praticamente reproduz o texto integral dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94²¹, mantendo a tipificação aberta baseada nos efeitos anticoncorrenciais das condutas de agentes econômicos. Todavia, o novo diploma foi responsável por uma relevante reestruturação de todo o SBDC.

A SEAE, órgão até então protagonista na análise de concentrações e condutas, teve sua atuação concorrencial reduzida para apenas a competência não exclusiva de promover a concorrência junto à administração pública, enquanto a SDE foi integralmente incorporada pelo CADE. Este, por sua vez, passou a contar com dois órgãos principais: o Tribunal Administrativo, responsável por julgar infrações à ordem econômica e a concentração de agentes econômicos e a Superintendência-Geral - SG, responsável por investigar e instruir os atos a serem apreciados pelo referido Tribunal.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é um órgão colegiado composto por um Presidente e seis Conselheiros, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, possuindo mandato de quatro anos. Cada sessão de julgamento do Tribunal depende da aprovação de ao menos quatro Conselheiros, sendo que cada votação exige a participação de um quórum mínimo de três Conselheiros. As decisões tomadas pelo Tribunal obedecem a maioria dos votos.

A SG é encabeçada pelo Superintendente-Geral, indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, podendo ser renovado uma única vez. O órgão é composto também por dois Superintendentes

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

Adjuntos e oito Coordenadores-Gerais de Análise Antitruste, com funções especializadas.

Com o advento da atual Lei de Defesa da Concorrência, outros dois órgãos passaram a apoiar as atividades da autarquia. São o Departamento de Estudos Econômicos - DEE, com a função principal de elaborar análises e pareceres sobre temas controvertidos para embasar a atuação do CADE e a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE - ProCADE, encarregada de representar o CADE em processos judiciais, bem como emitir pareceres não vinculativos em atos de concentração e processos administrativos, entre outras funções.

Diante do exposto, podemos concluir que o direito da concorrência brasileiro evoluiu muito em seu processo de consolidação e encontra-se hoje muito mais maduro e munido de autoridades respeitáveis, sendo inclusive referência neste meio para diversas agências estrangeiras. Contudo, conforme aponta Paula Forgioni, ainda temos grandes desafios pela frente, sobretudo relacionados à otimização de recursos necessários para atender à crescente demanda pela proteção da concorrência, em um mercado interno em franca expansão no século XXI²².

A esse respeito, é necessário ressaltar que não existe um único objetivo nítido a ser perseguido pelas autoridades antitrustes em seu processo de amadurecimento. Não há que se falar em um único objetivo do direito da concorrência. O mero estímulo à livre concorrência, mencionado anteriormente no texto, seria uma definição incompleta e por vezes até equivocada daquilo que o direito da concorrência busca alcançar. Conforme demonstra Valéria Guimarães de Lima e Silva, essa ferramenta do direito está atrelada aos objetivos da política pública de determinado país que o aplica, valorizando o benefício do consumidor, o pleno emprego, a livre concorrência, a redução de desigualdades sociais, dentre diversos outros objetivos que inclusive podem ser conflitantes entre si²³.

Nesse sentido, a visão de Vinícius Marques de Carvalho, presidente do CADE até 29 de maio de 2016, é a de que o direito antitruste brasileiro, em uma época de Estado pós-liberal, teve como norte a política econômica de expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças de produção por meio da atuação propulsiva do

²² FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 125.

²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 31.

governo²⁴. Desde pelo menos a segunda metade do século XX, o desenvolvimento econômico brasileiro teve como principais características a elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior, com economia estruturalmente dependente do poder econômico, industrialização por meio do incentivo a grandes empresas de capital nacional ou estrangeiro para fomentar o até então inexistente mercado interno e a preponderância de estratégias de atuação concertada entre o Estado e o setor empresário²⁵. Essas características refletiram a atuação do direito da concorrência no Brasil, em um cenário no qual a relação entre Estado e Mercado é a de complementaridade, e a concentração do poder econômico não significou um limite às políticas macroeconômicas²⁶.

É interessante notar, como observação final, que o ramo do direito da concorrência deriva, em última análise, da proteção constitucional à ordem econômica. A Constituição Federal brasileira²⁷, ao estabelecer em seu artigo 173 § 4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, ressalta a política de defesa da concorrência como prerrogativa constitucional, e reafirma a opção pelo desenvolvimento de uma economia de mercado, em um modelo econômico cuja implementação e desenvolvimento necessita da atuação fundamental do Estado. Porém agora, diferentemente da intervenção direta realizada pela planificação econômica e controle rígido de preços, o Estado deve constantemente recriminar os desvios dos agentes econômicos que incorram em práticas que desequilibrem as condições eficientes de uma economia de mercado nos mais diversos ramos de atividade econômica.

1.2. Breves considerações sobre o direito da propriedade intelectual

De acordo com Newton Silveira, propriedade intelectual é o direito sobre certos bens incorpóreos ou imateriais²⁸ criados pela mente humana para a produção de novas obras estéticas e técnicas. Assemelha-se à propriedade no sentido de tratar-se de direito

²⁴ CORDOVIL et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 13.

²⁵ Ibid, p. 19-20.

²⁶ Ibid, p. 21.

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

²⁸ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 83.

exercido diretamente sobre a coisa e indiretamente sobre todos os outros indivíduos, que são obrigados a respeitar essa relação jurídica entre proprietário e objeto da propriedade.

A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, em âmbito da Organização das Nações Unidas, oferece como noção de escopo da propriedade intelectual o conjunto de direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, interpretações, invenções, desenhos e modelos industriais, marcas, firmas e denominações comerciais, bem como à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”²⁹. Em resumo, estende-se para as inovações criadas pela mente humana nas mais diversas formas de manifestação de arte e produção de conhecimento.

A estes diversos bens intangíveis que são os produtos de criação intelectual, atribuímos - de maneira artificial, por meio de construção jurídica - direitos de exclusividade àquilo que, de outra forma, não poderia ser objeto de apropriação de maneira parecida como entendemos para as relações jurídicas de propriedade. Em seu Tratado da Propriedade Intelectual, Denis Borges Barbosa assinala justamente que os direitos de propriedade intelectual são aqueles que resultam em uma espécie qualquer de exclusividade de reprodução ou emprego de um produto ou serviço, ou ainda de uma expectativa de comportamento juridicamente assegurada, como uma medida de incentivo a um tipo de investimento, a saber, o investimento da indústria de natureza espiritual organizada e voltada para produção em mercado³⁰.

Por exclusividade, entende-se o direito de excluir terceiros da fruição de algum determinado bem. Em virtude de sua natureza de bem público, semelhante à informação³¹, criações intelectuais são qualificadas como não rivais e não excludentes. Tratam-se de bens não rivais, pois o seu uso ou consumo por alguém não impede o uso ou consumo simultâneo deste mesmo bem por terceiros. Tratam-se de bens não excludentes porque seu proprietário não pode fisicamente impedir o acesso a este bem por terceiros. Diante dessas características singulares das criações intelectuais, normas jurídicas de direito da propriedade intelectual foram constituídas nos mais diversos

²⁹ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 3.

³⁰ Ibid, p. 72.

³¹ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 34. De acordo com o autor, as ideias, inovações e tecnologias protegidas pela propriedade intelectual são frequentemente denominadas pelos economistas como “informação”.

ordenamentos jurídicos para promover a possibilidade de exploração econômica de tais bens da forma como exploramos a propriedade de bens tangíveis em uma economia de mercado.

Em suma, os direitos de propriedade intelectual tornam raros bens que do contrário não o seriam, estipulando proibições a todos, que não o beneficiário, de gozarem de tal bem³². Assim, ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar determinada atividade, a propriedade intelectual aproxima-se do monopólio, que é a situação fática ou jurídica na qual apenas um único agente econômico pode explorar certo mercado ou segmento de mercado³³.

Em sua definição mencionada acima, Denis Borges Barbosa ressalta um aspecto central dos direitos da propriedade intelectual, que é o fato de estarem organizados de forma a impulsionar a produção em mercado. Não é o mero pensamento humano que está protegido por direitos de propriedade intelectual, mas sim a materialização da novidade produzida, capaz de ser consumida por outros. Nesse sentido, a propriedade intelectual não protege ideias³⁴, o que se protege é justamente o fruto dessa atividade, quando este se traduz em uma obra intelectual, que é processada em meio externo à elaboração psicológica. No caso da criação de uma nova solução técnica, por exemplo, a sua invenção pode legitimar o poder de requerer uma patente, porém não é propriamente o objeto de propriedade. Caso concedido o título de exclusividade sobre o uso de tal bem imaterial, tal exclusividade recairá não sobre o bem imaterial em si, mas sim no produto final por meio do qual este é trazido ao mercado³⁵.

Note-se que, na prática, a estrutura econômica da propriedade intelectual é muito mais voltada para empresas, titulares de direitos, ao invés das pessoas físicas autoras e inventoras, uma vez que os bens e serviços frutos da criação humana e objeto de proteção são produzidos e ofertados em larga escala por empresas, sejam invenções, tecnologias ou expressões do conhecimento³⁶.

O amplo escopo de bens imateriais protegidos por direitos de propriedade intelectual é segmentado pela doutrina em duas grandes categorias, embora atualmente

³² BORGES BARBOSA Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 81.

³³ Ibid, p. 98.

³⁴ Ibid, p. 46.

³⁵ Ibid, p. 57 e 58.

³⁶ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 34.

existam outros direitos de propriedade intelectual que não se encaixam propriamente em qualquer uma delas³⁷. As duas grandes categorias que compreendem direitos de propriedade intelectual são os direitos autorais e os direitos da propriedade industrial, sendo possível dizer, a grosso modo, que o primeiro se relaciona com criações estéticas e o segundo com a invenção técnica³⁸. Acerca da distinção entre a criação industrial e a obra artística, Newton Silveira aponta que a primeira produz efeitos no mundo físico, de maneira utilitária, enquanto a segunda produz efeitos no âmbito da percepção subjetiva do homem³⁹. Nesse sentido, conforme destaca Denis Borges Barbosa, a propriedade industrial é o segmento da propriedade intelectual tradicionalmente mais afeito ao interesse da indústria de transformação e do comércio, como é o caso dos direitos relativos a marcas e patentes⁴⁰ em invenções técnicas.

Diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, não há um diploma unificado para tratar do direito da propriedade intelectual na legislação pátria⁴¹. A Constituição Federal Brasileira determina, em seu artigo 5º, XXIX, que o privilégio temporário concedido aos autores de inventos industriais sobre a sua obra, bem como a proteção às criações industriais como marcas, nome de empresas e outros sinais distintivos, observará o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país. No âmbito infraconstitucional, as principais leis sobre o tema no ordenamento brasileiro são a Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/1996⁴² e a Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610/1998⁴³, que são as duas principais referências legislativas para as duas grandes categorias de direitos de propriedade intelectual mencionados acima. Não nos alongaremos no presente trabalho sobre a segmentação doutrinária entre os dois grandes campos de Propriedade Industrial e Direitos Autorais e suas respectivas particularidades. Não obstante, é necessário mencionar que a Lei de Propriedade Industrial não protege toda e qualquer invenção técnica. A sua proteção recai sobre as

³⁷ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 33.

³⁸ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 83, p. 5.

³⁹ Ibid, p. 14.

⁴⁰ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 72.

⁴¹ Como é o caso, por exemplo, do *Code de la Propriété Intellectuelle*, de 1º de julho de 1992, na legislação francesa. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000357475>. Acessado em 29 ago. 2016.

⁴² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

⁴³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

invenções industriais, que são aquelas relacionadas a novos produtos ou novos processos produtivos⁴⁴.

Nosso ordenamento compreende também normas pertinentes à direitos de propriedade intelectual que não podem ser entendidos propriamente como típicos de obras autorais ou de propriedade industrial, como é o caso de programas de software e cultivo de gêneros agrícolas, regidos pela Lei do Software, Lei nº 9.609/1998⁴⁵ e pela Lei de Cultivares, Lei nº 9.456/1997⁴⁶, respectivamente. O Brasil é também signatário do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*)⁴⁷, principal tratado internacional para o alinhamento de políticas nacionais de propriedade intelectual, estabelecendo patamares adequados de proteção a direitos de propriedade intelectual, seja indicando pisos mínimos ou máximos⁴⁸, conforme será explicado em maiores detalhes ao longo do texto. Note-se que, dado que o presente trabalho discute conceitos de propriedade intelectual à luz de um precedente do CADE envolvendo direitos de patente, maior enfoque será dado aos direitos de propriedade industrial em detrimento de outros direitos de propriedade intelectual.

Com relação ao panorama do desenvolvimento da propriedade intelectual como ramo do Direito, devemos lembrar que as sociedades humanas, cientes do seu potencial criativo, sempre atribuíram algum reconhecimento aos criadores de novidades intelectuais, em maior ou menor grau. Desde a Idade Antiga há registros de reconhecimento da figura do artista e do inventor para fins de destaque social e, ainda que de maneira incipiente, existia a noção de plágio. Não obstante, a proteção à titularidade de um inventor como dono de sua obra, com poder jurídico de excluir os outros de seu uso, sempre foi muito limitada, quando não inexistente⁴⁹.

Aponta a doutrina que o primeiro grande marco de sistema de propriedade intelectual como sistema próprio à economia de mercado é o estatuto de patentes da

⁴⁴ SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

⁴⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

⁴⁷ Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acessado em 08 nov. 2016.

⁴⁸ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 665.

⁴⁹ Ibid, p. 41.

República de Veneza, editado em 19 de março de 1474⁵⁰. Com a invenção da imprensa de Guttenberg no século XV e posteriormente com a Revolução Industrial, passamos a ser cada vez mais capazes de difundir e reproduzir as criações humanas em escala ampla, de forma que obras de arte e invenções tecnológicas tornam-se mais acessíveis para a população e passam a ser facilmente reproduzíveis, inclusive por terceiros que não possuem qualquer mérito na criação da obra intelectual. Assim surgiu a necessidade, primeiro nos grandes centros de produção cultural e tecnológica e posteriormente no resto do mundo, de se pensar um arcabouço jurídico sofisticado para conceder os estímulos adequados para essas invenções. Limitações ao acesso, consumo e comercialização desses bens imateriais são construídas artificialmente de maneira a conceder ao titular daquilo que convencionou-se chamar de propriedade intelectual sobre o determinado bem maiores benefícios relacionados à sua exploração econômica, para recompensá-lo pelo ganho social advindo da introdução dessa nova obra no mundo.

Ocorre que frequentemente as criações intelectuais exigem elevados investimentos iniciais de tempo e recursos financeiros, representando altos custos fixos que superam sobremaneira os custos marginais da produção efetiva de cada unidade materializada de tal criação. Assim, um criador somente conseguirá recuperar seus investimentos se cobrar preço significativamente superior ao custo marginal de produção. No entanto, ao terem acesso à tal criação intelectual, terceiros terão incentivos para adotar comportamento oportunista e ofertar o mesmo produto no mercado praticando preços mais baixos, uma vez que não incorreram nos custos fixos iniciais de descoberta, impedindo que o criador recupere seus investimentos, prática esta comumente referida como *free-riding*.

Em um cenário como o descrito acima, potenciais agentes criadores possuem maior incentivo para reproduzir criações trazidas ao mercado por terceiros do que para investir uma quantidade significativa de recursos em busca de uma inovação, o que resulta em um menor número de desenvolvimento de bens intelectuais e, conseqüentemente, em enorme perda social. É fisicamente impossível que o criador ou o titular de direitos de propriedade sobre determinada criação impeça que este ou aquele consuma ou reproduza a obra lançada ao mercado, a não ser pela via jurídica, com a

⁵⁰ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 64.

criação de um sistema de proteção à criação intelectual. Trata-se do que os economistas chamam de falha de mercado, no sentido de que na ausência de uma intervenção do Estado, o mercado será incapaz de prover à sociedade um nível ótimo de bens intelectuais⁵¹.

Dentre as possibilidades de correção de tais falhas, a mais comum é a garantia de direitos de exclusividade sobre a obra, oferecendo ao titular de tal direito a perspectiva de vantagem competitiva e obtenção de lucros maiores do que teria caso seus concorrentes ofertassem este mesmo produto no mercado, ainda que por um limitado período de tempo. Outras formas de incentivo à produção intelectual podem incluir incentivos públicos por meio de prêmios, benefícios fiscais ou subsídios (como aqueles previstos em leis de incentivo à inovação), por exemplo⁵².

Assim, defende-se que a propriedade intelectual como ramo do Direito oferece um instrumento razoavelmente eficiente de incentivo à produção de novas ideias, inovações e tecnologias. Todavia, conforme amplo debate na doutrina sobre o tema, é importante ressaltar que não necessariamente a concessão de direitos exclusivos sobre a exploração de criação intelectual será uma resposta social e economicamente eficiente para todos os casos. Um dos fatores que devem ser levados em consideração, como recorda Paulo Eduardo Lilla, é o fato de que tanto conteúdo quanto principalmente o valor da criação intelectual são desconhecidos até que o produto esteja finalizado e seja ofertado em mercado. Independentemente dos custos incorridos na criação da obra, é o mercado que determinará o valor econômico dos ganhos proporcionados por esta criação, com base em fatores como (i) a estrutura do mercado em que está inserida, ou seja, grau de concorrência, disponibilidade e preço de produtos substitutos; (ii) características da demanda, como a aceitação e utilidade do produto na perspectiva dos usuários; e (iii) o escopo e o prazo do direito de exclusividade concedido⁵³.

⁵¹ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 36.

⁵² BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 67.

⁵³ LILLA, Paulo Eduardo. Op cit. p. 37.

1.2.1. Breves considerações sobre direitos de patentes

A patente é um direito imaterial de exclusiva⁵⁴. É caracterizada, em seu sentido clássico, como um direito conferido pelo Estado, concedendo ao seu titular a exploração exclusiva de uma tecnologia, por um período limitado de tempo, em troca da divulgação ao público dos aspectos fundamentais de determinado invento, sob a lógica de que é socialmente mais produtivo conceder a exclusividade temporária de direito sobre o bem em troca da descoberta do segredo da tecnologia⁵⁵.

Conforme aponta Denis Borges Barbosa, a patente presume a extinção do segredo, de forma que o conhecimento da tecnologia seja acessível para todos, sendo necessário que a patente contenha a descrição exata da tecnologia a ser patenteada, para que um técnico com formação média na área seja capaz de reproduzir tal invenção⁵⁶. Constitui uma relação de exclusão no presente e inclusão no futuro em face do objeto patenteado, tendo como partes o titular do privilégio e a sociedade⁵⁷.

O direito de obtenção de uma patente, bem como o procedimento para tal, é atualmente regulado no ordenamento brasileiro pela Lei de Propriedade Industrial, lei nº 9.279/96, que revogou o Código de Propriedade Industrial de 1971. Com relação ao escopo daquilo que pode ser objeto de comercialização exclusiva por meio de patente, a legislação pátria determina que esta somente deve ser concedida à invenções ou modelos de utilidade⁵⁸. A lei dispõe ainda que não devem ser consideradas invenções e modelos de utilidades, por exemplo, as descobertas e teorias científicas e matemáticas; concepções abstratas; planos ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e fiscalização; obras artísticas e criações estéticas; programas de computador; apresentação de informações; regras de jogos; métodos operatórios ou cirúrgicos e de diagnóstico; seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou dela isolados⁵⁹.

⁵⁴ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1099.

⁵⁵ Ibid, p. 1099.

⁵⁶ Ibid, p. 1100.

⁵⁷ Ibid, p. 1104.

⁵⁸ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 37.

⁵⁹ Ibid, p. 37.

Em suma, pode ser protegida por patente a solução técnica com utilidade técnica⁶⁰. Assim, está excluído deste privilégio tanto aquilo que não é solução a um problema útil, como é o caso das descobertas de fenômenos naturais e criações estéticas⁶¹, quanto as criações que, ainda que resolvam problemas úteis, se restringem ao campo de utilidade abstrata, como métodos de contabilidade e teoremas matemáticos⁶².

A patente está relacionada com à exploração comercial do bem objeto da proteção, de modo que não é qualquer invento que estará sujeito à exclusividade patentária, mas sim um invento que possa ser implementado em escala industrial, possível de se repetir em um contexto controlável⁶³.

Para que seja patenteável, um invento necessita ser técnico em seu objeto, sua aplicação e seu resultado. Um invento é considerado técnico quando apresenta uma solução técnica para problema técnico, ou seja, apresenta solução para problema utilitário por um meio estranho à mera elaboração psicológica ou mental humana⁶⁴. Trata-se de uma ação humana de intervenção na natureza gerando resultado útil e concreto⁶⁵.

Criações podem apresentar soluções para problemas úteis que sejam problemas práticos, e não problemas técnicos. Assim, não são inventos industriais, passíveis de patenteabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. É o caso dos métodos educativos, contábeis, financeiros, comerciais e publicitários, por exemplo, que são criações que resolvem problemas práticos, porém são criações abstratas⁶⁶.

Contudo, não é qualquer invento técnico que pode ser patenteado. Conforme dispõe o artigo 8º da Lei de Propriedade Industrial, a invenção a que se pretende patentear deve observar três requisitos fundamentais: (i) a novidade; (ii) a atividade inventiva; e (iii) a aplicação industrial.

Com relação ao primeiro requisito, a novidade está na essência da proteção concedida por patente. Considerando que o direito de exclusividade de comercialização

⁶⁰ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1104.

⁶¹ Ibid, p. 1106.

⁶² Ibid, p. 1104

⁶³ Ibid, p. 1104

⁶⁴ Ibid, p. 1126

⁶⁵ Ibid, p. 1105

⁶⁶ Ibid, p. 1131

é concedido sob a justificativa do interesse social na divulgação da tecnologia, conforme mencionado anteriormente, é necessário que a solução técnica patenteada apresente novidade, pois não há propósito em estimular a divulgação de algo que já era conhecido pela sociedade⁶⁷. Para a apuração da novidade trazida pelo invento industrial, deve ser observado o estado da técnica sobre a qual a tecnologia se insere, que é o conjunto de informações disponíveis ao público, por qualquer meio, no Brasil ou no exterior, antes da data de depósito do pedido de patente⁶⁸.

Com relação ao requisito de atividade inventiva, o próprio legislador buscou conceituá-la, conforme dispõe o artigo 13 da Lei da Propriedade Industrial, estabelecendo que uma invenção possui atividade inventiva sempre que não decorrer de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica à luz da análise de um técnico do assunto⁶⁹. Para a concessão de uma patente, deve ser investigada então se o bem apresentado efetivamente compreende um real avanço técnico, sob dois aspectos fundamentais: o problema técnico posto, o qual o invento pretende solucionar; e os meios constitutivos da criação, em sua forma, função e aplicação⁷⁰.

O terceiro requisito mencionado dialoga com a essência do propósito comercial da concessão de exclusividade, mencionada acima. Para que determinada tecnologia seja patenteável, esta deve resolver o determinado problema a que se propõe a solucionar de maneira industrial, ou seja, possuindo aplicação objetiva, concreta e em escala e forma industrial⁷¹. Possui aplicabilidade industrial a tecnologia que possa ser reproduzida indefinidamente sem a intervenção pessoal do homem⁷².

Em resumo, Denis Borges Barbosa destaca cinco requisitos positivos para que determinada tecnologia possa ser objeto de patente, dentre os quais estão inseridos, além dos três aspectos mencionados acima, o requisito básico de ser um invento (invenção ou modelo de utilidade) e a necessidade de uma descrição adequada daquilo que está sendo divulgado ao coletivo, para que seja propriamente reproduzido quando esgotar-se o prazo da patente. Desta forma, são eles: (i) existência de um invento; (ii) dotado de

⁶⁷ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1158.

⁶⁸ Ibid, p. 1159 e 1160.

⁶⁹ LABRUINE, Jacques. Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades. Barueri: Manole, 2006, p. 69.

⁷⁰ Ibid, p. 69 e 70.

⁷¹ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1142.

⁷² Ibid, p. 1143.

novidade; (iii) qualificada a novidade pela atividade inventiva; (iv) suscetível de aplicação industrial; (v) suficiência descritiva de seu requerimento, de forma a permitir a eficaz reprodução do invento na indústria e como insumo de pesquisa. Além destes requisitos, a pretensão patentária deve observar também se não há proibição legal de patenteamento do determinado bem por motivos de política pública, como ocorreu com a indústria farmacêutica no Brasil, por exemplo⁷³.

Uma patente pode recair sobre processos ou produtos⁷⁴. Quando a tecnologia a ser patenteada consiste na utilização de determinados meios para alcançar um resultado técnico pela intervenção na natureza, trata-se de uma patente de processo. Dessa forma, o conjunto de ações humanas ou procedimentos necessários para obtenção de um resultado serão objetos de patentes de processo⁷⁵. Patentes também podem recair sobre um objeto físico determinado, como uma máquina ou substância química. Nesse caso, trata-se de uma patente de produto⁷⁶. Por último, há ainda a possibilidade de patenteamento de nova aplicação para produto ou processo já conhecido, sob o qual o requisito de novidade se configura por uma nova relação entre o meio e o resultado pretendido⁷⁷.

Com relação ao procedimento necessário para reivindicar o direito de patente sobre determinada tecnologia, este ocorre por meio de um pedido formal ao INPI, que analisará tal pedido e emitirá um parecer técnico favorável ou desfavorável à concessão de tal patente. O pedido deve conter um requerimento; um relatório descritivo; as reivindicações que compõem o quadro reivindicatório de determinada patente; os desenhos descritivos do produto, se aplicável; um resumo do conteúdo do pedido; e o comprovante de pagamento da taxa relativa ao depósito do pedido⁷⁸.

Conforme dispõe o artigo 7º da Lei de Propriedade Industrial, o sistema brasileiro de patentes concede a exclusividade sobre a tecnologia àquele que primeiro a apresentar ao INPI. Dessa forma, não basta que o agente tenha criado a invenção primeiro, este deve requerê-la ao INPI antes do que qualquer outro para que esta tecnologia apresente novidade sobre o estado da técnica atual. Trata-se do princípio do

⁷³ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1231.

⁷⁴ Ibid, p. 1270.

⁷⁵ Ibid, p. 1271.

⁷⁶ Ibid, p. 1272.

⁷⁷ Ibid, p. 1272.

⁷⁸ Ibid, p. 1378.

first applicant e não do *first inventor*⁷⁹. Contudo, admite-se a cessão a terceiros tanto do pedido de patente quanto da própria patente em si⁸⁰.

O quadro reivindicatório apresenta os processos e produtos sobre os quais pretende-se que recaia a patente. Conforme aponta Denis Borges Barbosa, são as reivindicações que definem o invento, determinando o alcance da proteção que lhe é concedida⁸¹. Atualmente, defende-se que não há na legislação brasileira regra clara estabelecendo a possibilidade de alteração das reivindicações de um pedido⁸². No entanto, é pacífico que só podem ser aceitas as modificações que não tiverem o condão de ampliar o escopo daquilo que foi reivindicado na data do pedido de exame⁸³.

Com relação à patentes relativas a processos e produtos da indústria farmacêutica, como aquelas requeridas pela Eli Lilly no caso a ser analisado no capítulo 2, cabe destacar que ambos os Códigos de 1945 e 1971 sobre a propriedade industrial apresentavam vedações à concessão de patentes para essas tecnologias, por motivos de política nacional.

Tal vedação foi revogada apenas com a Lei nº 9.279/96, permitindo que produtos alimentícios e medicamentos, bem como seus respectivos processos de fabricação, possam ser patenteados no Brasil⁸⁴. Na realidade, essa alteração legislativa reflete um movimento de alinhamento de interesses comerciais negociados em âmbito da assinatura do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs e criação da OMC, na Rodada Uruguai.

O Acordo TRIPs integra um conjunto de acordos assinados em 1994 durante a Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, cujo marco principal foi a criação Organização Mundial do Comércio - OMC⁸⁵. Trata-se do mais importante instrumento para a consolidação da proteção aos direitos de propriedade intelectual na sociedade internacional

⁷⁹ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 36.

⁸⁰ Ibid, p. 36.

⁸¹ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1446.

⁸² Ibid, p. 1453.

⁸³ Ibid, p. 1387.

⁸⁴ Ibid, p. 1373.

⁸⁵ BASSO, Maristela. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 170-171.

contemporânea, além de representar a vinculação definitiva desses direitos ao comércio internacional⁸⁶.

À época da assinatura do TRIPs, 55 países ainda não dispunham em sua legislação nacional de proteção de direitos intelectuais para determinados setores tecnológicos, como o de tecnologias à saúde humana. Em benefício de um comércio internacional integrado, tais países se comprometeram a reformular sua política pública de propriedade intelectual, como foi o caso do Brasil⁸⁷.

No Brasil, o tratado internacional foi incorporado por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1995. O acordo dispunha que nenhum membro estaria obrigado às suas disposições até um ano após a sua vigência, de maneira que a sua aplicação teria início em 1996. Não obstante, foi concedido aos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, o benefício de um prazo adicional, entendido como período de transição para aplicação efetiva de todos os compromissos previstos nos acordos resultantes da Rodada Uruguai. Assim, ainda que exista divergência interpretativa com relação à sua data de vigência, pode-se dizer que o Acordo TRIPs tornou-se plenamente efetivo no país pelo menos a partir de 1º de janeiro de 2000, inobstante ratificação ocorrida em 1994.

No capítulo 2, analisaremos brevemente o panorama do setor farmacêutico no Brasil quando das alterações legislativas promovidas na década de 1990. No entanto, antes de adentrarmos em tal exposição, é necessário analisarmos em maiores detalhes as intersecções entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual, conforme frequentemente problematizado pela doutrina.

1.3. Da intersecção entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual

Após essa breve exposição da natureza, objeto e finalidade do direito da concorrência e do direito da propriedade intelectual, conforme geralmente apresentado pela doutrina, devemos nos ater aos principais pontos de intersecção entre essas duas áreas do Direito, bem como aos conflitos por eles suscitados. A questão da aplicação de

⁸⁶ BASSO, Maristela. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 169.

⁸⁷ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 666.

normas antitruste em assuntos envolvendo direitos de propriedade intelectual, a qual permeia o presente trabalho, é tema de amplo debate doutrinário no Brasil e no mundo e passa a ter relevância cada vez maior com o recente protagonismo do direito antitruste e fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual. Considerando que o presente trabalho explora a aplicação de normas antitrustes a abuso de direitos sobre patentes, o enfoque das intersecções entre direito da concorrência e propriedade intelectual será, invariavelmente, sobre direitos relativos a patentes, embora, em maior ou menor grau, vários dos pontos expostos abaixo relacionem-se com outras categorias de direitos de propriedade intelectual.

Conforme será exposto abaixo, a doutrina clássica concebia que o direito da propriedade intelectual e o direito da concorrência seriam orientados por diretrizes opostas, seguindo o raciocínio superficial de que, em linhas gerais, o primeiro seria responsável por construir monopólios e o segundo destruí-los. Assim, questões relativas à criações intelectuais estariam fora da competência regular das autoridades antitruste, por serem supostamente opostas e incompatíveis com o modelo de concorrência perfeita almejado por normas antitrustes, ainda que fosse constatado o prejuízo à ordem econômica.

O modelo neoclássico de concorrência perfeita que serve como base de comparação para análise de mercados sob a ótica do direito da concorrência é a situação na qual (i) há um grande número de ofertantes e compradores, sem que qualquer agente possua a capacidade para isoladamente influenciar a quantidade de bens ofertados no mercado e os preços de equilíbrio; (ii) produtos são homogêneos, ou seja, não há diferenciação; (iii) todos os agentes possuem informações sobre preços e lucros praticados no mercado e possuem acesso igual à tecnologia e fatores de produção; e, cumulativamente (iv) não existem barreiras à entrada ou saída do mercado. Em tais condições, os preços obedecem à correlação perfeita entre oferta e demanda, sem qualquer influência de ofertantes ou compradores, resultando em uma estrutura de mercado que proporciona o equilíbrio necessário para se alcançar a eficiência alocativa e produtiva e, conseqüentemente, o bem-estar de produtores, consumidores e da sociedade como um todo⁸⁸.

⁸⁸ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 61.

O termo “eficiência alocativa” refere-se à distribuição de recursos, que são escassos na sociedade, por meio do sistema de preços no mercado, de acordo o seu melhor uso, ou seja, para aqueles que estão dispostos a pagar mais por determinado bem. A “eficiência produtiva”, por sua vez, relaciona-se à capacidade de produção da maior quantidade de bens ao menor custo possível, considerando a tecnologia disponível e os preços dos fatores produtivos. A noção de “bem-estar agregado” em determinado mercado, frequentemente utilizada como parâmetro para análise de performance de tal mercado, é a soma do bem-estar de produtores e consumidores, o que pode ser entendido, respectivamente, como o lucro do produtor e a diferença entre o valor atribuído pelo consumidor para determinado bem e o preço que este efetivamente paga no mercado⁸⁹.

Conforme apontado por Paulo Eduardo Lilla, o modelo neoclássico de concorrência perfeita reflete apenas questões de eficiência estática, ou seja, contempla somente as variáveis preço e produção, sendo aplicável unicamente em mercados de bens homogêneos. Ignora completamente, assim, o papel da inovação e da concorrência pela diferenciação de produtos, fatores relacionados ao que convencionou-se chamar de eficiência dinâmica. Sendo assim, não consegue perceber, por exemplo, que consumidores estão dispostos a pagar mais por produtos inovadores do que por produtos que estão obsoletos⁹⁰. Concorrentes em um mercado estão sempre em busca de inovações para tornarem-se mais competitivos que seus rivais, por meio de processos produtivos mais eficientes e diferenciação dos produtos que ofertam, por exemplo.

O economista austríaco Joseph Schumpeter dedica, em sua famosa obra *Capitalismo, socialismo e democracia*, todo um capítulo para o que denomina como o processo da destruição criadora, no qual descreve a noção de concorrência como um processo dinâmico, em que os agentes econômicos buscam inovações para assegurar maiores fatias de mercado e lucros extraordinários. Em maior ou menor grau, a depender de particularidades de cada mercado, novas tecnologias são rapidamente substituídas por outras, em um ciclo tecnológico que pressiona os agentes econômicos a investirem cada vez mais para incrementar as tecnologias existentes ou substituí-las por

⁸⁹ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 61.

⁹⁰ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 61.

completo com novos produtos, contribuindo para o progresso tecnológico e científico⁹¹. Nesse sentido, o conceito de destruição criadora é caracterizada pela noção de que a pressão competitiva no mercado impulsiona novas criações que destroem as anteriores, na medida em que as tornam obsoletas. No caso dos direitos de propriedade intelectual, a concorrência dinâmica pressupõe que novos monopólios venham a substituir os anteriores de maneira que os agentes econômicos, alternadamente, possuam posição temporária de destaque em determinado mercado⁹².

À luz das ideias de Schumpeter, a exclusividade conferida aos criadores de uma obra intelectual em detrimento da livre concorrência seria justificável sob o argumento de que as eficiências dinâmicas do processo de destruição criadora são mais relevantes que a perda de eficiências estáticas sob a ótica de um modelo de concorrência perfeita, de modo que o poder de mercado obtido com inovações bem sucedidas, ainda que leve o agente inovador a dominar determinado mercado por um limitado período de tempo, não deverá ser objeto de intervenção antitruste, salvo em caso de abuso de tal poder visando a sua perpetuação e a eliminação da concorrência⁹³.

Atualmente, a posição de que o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual possuem diretrizes opostas encontra-se superada. Nesse sentido, observa-se na doutrina a ideia de que os dois campos do Direito são complementares em sua função de estimular a inovação no mercado e o bem-estar econômico agregado⁹⁴. As situações de conflito entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual são atribuídas, assim, às diferenças intrínsecas no que concerne os meios pelos quais ambos incentivam a inovação: o primeiro o faz ao promover a concorrência, coibindo o exercício de poder de mercado; o segundo atua por meio da exclusividade e eventual restrição da concorrência, estimulando a obtenção de poder de mercado e consequente imposição de preços supra-competitivos.⁹⁵ A esse respeito, contudo, cabe a importante ressalva de que não existe qualquer relação necessária entre a obtenção de uma patente e

⁹¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 108.

⁹² Nesse sentido, Joseph Stiglitz tece interessantes críticas às ideias de Schumpeter em seu texto *Economic foundations of intellectual property rights*, no sentido de que poder de monopólio, uma vez estabelecido em determinado mercado, pode ser facilmente perpetuado. Determinadas circunstâncias podem inclusive oferecer incentivos para tal, como no caso de externalidades de rede, ilustrado pelo exemplo da conquista e perpetuação no mercado da Microsoft. p 1705. STIGLITZ, Joseph. *Economic foundations of intellectual property rights*. *Duke Law Journal*. N. 57, 2007-2008, p. 1693-1742.

⁹³ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 63.

⁹⁴ *Ibid*, p. 66.

⁹⁵ *Ibid*, p. 66.

acréscimo de poder de mercado. Direitos de propriedade intelectual não são capazes de garantir, por si só, que seus titulares imponham os preços que quiserem, ignorando eventuais pressões competitivas⁹⁶. Para tal, outros fatores devem ser considerados, tais como a participação de mercado do agente em questão, a existência de produtos substitutos e a velocidade da transformação tecnológica desse determinado mercado.

Note-se que o emprego do termo “monopólio” para tratar de direitos de exclusividade de exploração de propriedade intelectual deve ser utilizado com cautela e definido com grande precisão, sob pena de dar a entender que o monopólio legal para a exploração de determinada inovação conferido ao titular de tal direito de propriedade intelectual assemelha-se à noção de monopólio econômico sobre determinada atividade, o que estaria completamente equivocado. O monopólio conferido por uma patente é instrumental, ou seja, relaciona-se a um meio de se explorar o mercado, e não exclusividade ao mercado em si. Nesse sentido, é bem-vinda a distinção da patente como um micromonopólio limitado a uma solução técnica específica, em oposição ao macromonopólio sobre um setor industrial como um todo, uma vez que, ao menos em tese, a primeira não impede que outros explorem técnicas alternativas que tenham a mesma função⁹⁷.

Após elaborarmos sobre a não tão aparente relação harmoniosa entre as finalidades perseguidas pelo direito da concorrência e pelo direito da propriedade intelectual, permanece a questão sobre a extensão da aplicação do direito da concorrência em temas relativos à propriedade intelectual. A mera constatação da convergência das finalidades desses dois campos do direito no que diz respeito ao incentivo à inovação não é justificativa suficiente para a questão em debate e pouco nos ajudará na análise de casos concretos, como o processo administrativo envolvendo a farmacêutica Eli Lilly, que será analisado nos próximos capítulos. Note-se, ainda, que a própria capacidade de estímulo à inovações por meio de direitos de propriedade intelectual é frequentemente colocada em cheque, como abordado em diversos pontos deste trabalho.

Guilherme Favaro Corvo Ribas, em sua obra *Direito antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*, destaca interessantes e

⁹⁶ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 69.

⁹⁷ *Ibid*, 72.

convincentes argumentos de natureza jurídica e econômica que apontam para a aplicação incondicional do direito da concorrência em situações de abuso de poder econômico decorrentes do mau uso de determinados direitos de propriedade intelectual, os quais exploraremos adiante⁹⁸. Em primeiro lugar, no entanto, o autor ressalta que a ferramenta do direito da concorrência, conforme a própria previsão do artigo 173, parágrafo 4º, deve ser utilizada para coibir o abuso de poder econômico e não para eliminar o poder econômico legalmente adquirido pelos agentes do mercado. Nesse sentido, só há um problema sob a perspectiva do direito da concorrência se, e apenas se, o referido poder de mercado for ilegalmente adquirido, mantido ou ampliado⁹⁹.

Ao fornecer as melhores condições para que os agentes disputem em um mercado competitivo, não faria qualquer sentido que as autoridades antitrustes concentrassem os seus esforços em punir aqueles que obtêm melhor resultado, salvo quando engajarem em condutas que afrontem à ordem econômica. O mesmo ocorre no caso de direitos obtidos a título de patentes, pois a aplicação de normas concorrenciais não significa redução da proteção concedida, mas apenas a prevenção ao seu abuso. Cabe então compreendermos o que seria um abuso de direitos de propriedade intelectual.

Segundo Denis Borges Barbosa, abusa de um direito quem o usa além dos limites do poder jurídico¹⁰⁰. O abuso de um direito de propriedade intelectual pode ser configurado por motivos de escopo ou de desvio de finalidade. Abusa do escopo da patente aquele que, ao praticar atividade que ostensivamente envolve uma patente, busca impor a terceiros restrições a que não faz jus, por não estarem compreendida nos direitos a ele concedidos. O abuso por desvio de finalidade, por outro lado, ocorre quando o uso de direitos de propriedade intelectual extrapola as suas finalidades originais, quais sejam, o fim imediato de retribuição do investimento do criador; e o fim mediato de interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país¹⁰¹. Uma vez que a concessão de direitos de exclusividade sobre criações intelectuais é exceção ao princípio constitucional de liberdade de mercado, esta deve, em tese, ser aplicada de

⁹⁸ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 34.

⁹⁹ Ibid, p. 32.

¹⁰⁰ BARBOSA BORGES, Denis. Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 45, p. 9, mar./abr. 2000. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2845/licencas_compulsorias_de_patentes_abuso_de_patentes_a_buso_de_poder_economico_e_interesse_publico. Acessado em 08 nov. 2016.

¹⁰¹ Ibid, p. 4.

maneira ponderada e restrita, não excedendo o estritamente necessário para o estímulo eficaz, porém moderado e razoável, ao criador¹⁰².

Ainda, não é qualquer abuso de direitos de propriedade intelectual, seja de escopo ou finalidade, que necessariamente deve ser caracterizado como infração antitruste, embora o artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência traga, em seu inciso XIX, que “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca” constitui uma infração à ordem econômica. Será necessário analisar os impactos de determinado abuso no mercado afetado e comprovar a existência de situação de poder de mercado¹⁰³.

Ao não estipular qualquer vedação expressa à aplicação das regras de defesa da concorrência sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual, não há que se concluir que estes estariam de alguma forma imunes. O que pode ser observado, na realidade, é justamente o contrário, como pode ser aduzido não apenas a partir da interpretação sistemática do artigo 5º, XXIII, XXVII, XXVIII e XXIX, 170 e 174, parágrafo 4º da Constituição Federal, como também em diversos outros dispositivos normativos da legislação pátria, como o dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência mencionado acima e o artigo 68 da Lei de Propriedade Industrial, além de provisões contidas no acordo TRIPs, incorporado no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 1.355/1994, e na Convenção de Paris, em sua versão de Estocolmo (1967)¹⁰⁴. Ademais, a proteção conferida aos criadores pelo direito da propriedade intelectual não se confunde com os impactos do bem ou serviço ofertado no mercado no qual tal criação veicula¹⁰⁵.

Por fim, Ribas apresenta argumento econômico para a aplicação do direito da concorrência à abusos de propriedade intelectual baseado na controversa justificativa de estímulo à inovação que atribuímos à propriedade intelectual. De acordo com o autor, a prática demonstra que a concessão de direitos de propriedade intelectual pode estar

¹⁰² BARBOSA BORGES, Denis. Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 45, p. 9, mar./abr. 2000. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2845/licencas_compulsorias_de_patentes_abuso_de_patentes_a_buso_de_poder_economico_e_interesse_publico. Acessado em 08 nov. 2016.

¹⁰³ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 39.

¹⁰⁴ Ibid, p. 45.

¹⁰⁵ Ibid, p. 44-45.

acompanhada de restrições que geram distorções artificiais nos mercados envolvidos, tornando indispensável a atuação efetiva das autoridades antitruste¹⁰⁶.

Ocorre que os direitos de propriedade intelectual são aplicados de maneira relativamente homogênea nos diversos ordenamentos jurídicos e nos diversos mercados nos quais as inovações produzem efeitos. Não obstante, os diferentes graus de desenvolvimento de diferentes países, sejam industrializados, recém-industrializados ou em desenvolvimento, demandam diferentes níveis de proteção à propriedade intelectual. Em países industrializados, por exemplo, há significativos investimentos em pesquisa e desenvolvimento e as indústrias possuem grande vantagem competitiva para desenvolver criações intelectuais. No caso de países em desenvolvimento, por sua vez, há maior dependência de tecnologia produzida no exterior, requerendo regras de proteção à propriedade intelectual distintas. Da mesma forma, diferentes países possuem diferentes graus de integração regional, regimes políticos e perfis econômicos¹⁰⁷. Ainda, setores distintos da economia possuem dinâmicas distintas com relação à inovações tecnológicas, que pouco refletem a regra geral de concessão de patentes.

Dessa forma, considerando as razoáveis dúvidas de que o sistema de propriedade intelectual de fato atende à sua finalidade de maneira eficiente, devem ser aplicadas as ferramentas jurídicas disponíveis para evitar abusos decorrentes da proteção por ela concedida, cabendo à análise antitruste realizar o adequado balanceamento dos efeitos anticompetitivos oriundos do exercício de direitos de propriedade intelectual e seus potenciais benefícios¹⁰⁸. Atualmente, doutrina pátria e estrangeira, além de diversas agências antitrustes, adotam tal entendimento¹⁰⁹.

Sobre a possibilidade do direito da concorrência como mecanismo de correção de falhas econômicas de um sistema de propriedade intelectual, Herbert Hovenkamp apresenta importantes conclusões a cerca desse conflito sob a perspectiva americana em seu artigo *The intellectual property-antitrust interface*. Ao identificar a impressionante expansão dos direitos de propriedade intelectual desde o final do século passado, o autor assinala que, no caso do ordenamento jurídico americano, a legislação atual de propriedade intelectual protege cada vez mais os lucros de detentores de direitos

¹⁰⁶ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 32.

¹⁰⁷ Ibid, p. 50.

¹⁰⁸ Ibid, p. 55-56.

¹⁰⁹ Ibid, p. 40.

exclusivos, os quais tornam-se cada vez mais extensos, do que o propósito constitucional de estimular a inovação. Em contraste, a legislação sobre direito da concorrência voltou-se cada vez mais para o bem-estar do consumidor, no sentido neoclássico do termo, e grupos de interesse possuem cada vez menos força para impor suas vontades na legislação, de maneira que a aplicação do direito antitruste serve muito mais à adequada proteção do interesse público do que a aplicação das referidas normas de propriedade intelectual¹¹⁰.

Além da mencionada questão de captura legislativa, por meio da qual entende-se que as leis de propriedade intelectual tornaram-se campo para atuação de interesses particulares de setores econômicos que possuem influência considerável e sem precedentes na agenda do Poder Legislativo, o autor destaca a disparidade na robustez das justificativas em termos de política pública por detrás da aplicação de normas de propriedade intelectual e direito da concorrência. Aduz que, enquanto a prática antitruste encontra-se madura, com políticas bem definidas na academia e na prática do Poder Judiciário, o mesmo não ocorre com políticas relacionadas aos direitos de propriedade intelectual, uma vez que carecem de evidências empíricas que indiquem qual seria a duração e o escopo adequados para os direitos de propriedade intelectual em cada mercado no qual estão situados¹¹¹.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme aponta Borges Barbosa, o CADE possuía alguma atuação sobre direitos de propriedade intelectual desde os primórdios de sua atuação. A antiga Lei nº 4.137, de 1962, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico atribuía ao CADE, em seu artigo 4º, a incumbência de declaração automática de cassação de patente que, extinta no país de origem, permanecesse em vigor no país, e, além disso, estivesse sendo abusada no Brasil, função essa perseguida pelo CADE em diversas ocasiões, pelo menos até a década de 1980¹¹².

¹¹⁰ HOVENKAMP, Herbert J. The Intellectual Property-Antitrust Interface. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46; Issues in Competition Law, ABA, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1287628>, p. 1981-1982.

¹¹¹ Ibid, p. 1982

¹¹² BORGES BARBOSA, Denis. Jurisprudência sobre PI do CADE. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em: 08 set. 2016. Nesse sentido, vide: Processo Administrativo n. 4, de 22 de outubro de 1968. Representante: Paulo Carlos de Oliveira; Representada: Filibra Produtos Químicos Ltda. *Revista de Direito Econômico*, 5/96 e ss. Tratando do tema, ainda, Processo n. 20.745/68, de 22 de outubro de 1969. Representante: Inducon do Brasil Capacitores S/A; Representada: Siemens & Halske Aktiengesellschaft. DOU de 6 de novembro de 1969, Seção I, Parte I, p. 9.627 e ss, Processo de Averiguações Preliminares n. 23, de 3 e 13 de dezembro de 1968. Representante: Atma Paulista S/A

Não obstante tal incumbência, em diversas ocasiões o CADE se manifestou incompetente para apuração de existência de violação de direito de propriedade intelectual¹¹³, obtenção de marca ou patente por meio fraudulento¹¹⁴ e pedidos de decretação de nulidade de patentes¹¹⁵, tendo a sua atuação restrita à hipótese contida no referido artigo da Lei nº 4.137/1962. Curiosamente, no entanto, há uma única decisão, datada de 1989, na qual se conclui pela abusividade da conduta daquele que infringe direitos de propriedade intelectual em face da lei concorrencial vigente à época¹¹⁶.

Desde a consolidação do SBDC e o papel efetivo do CADE como bastião da defesa da concorrência, sua atuação em face de infrações econômicas decorrentes de abusos de propriedade intelectual ampliou-se sobremaneira. Atualmente, há uma quantidade razoável de precedentes nos quais são discutidas questões de propriedade intelectual das mais variadas, quando em potencial prejuízo à concorrência. O caso narrado no próximo capítulo, envolvendo a condenação de uma farmacêutica por infração de abuso de petição que provocou a concessão indevida de direitos de propriedade intelectual, é um precedente muito interessante para analisarmos a postura do CADE no combate ao abuso de propriedade intelectual, conforme será posteriormente demonstrado no capítulo 3.

Indústria e Comércio; Representada: B. Braun. DOU de 21 de fevereiro de 1969, Seção I, Parte I, p. 1.584 e ss. Processo de Averiguações Preliminares n. 26, de 1.º de outubro de 1968. Representante: Laboratório Hertape Ltda.; Representada: Rhodia Indústrias Químicas e Têxteis S/A. DOU de 5 de novembro de 1968, Seção I, Parte I, p. 9.652 e ss. no Processo Administrativo n. 4, de 21 de junho e 5 de julho de 1968, Representante: Paulo Carlos de Oliveira; Representado: Filibra Produtos Químicos Ltda. Revista de Direito Econômico, 5/96 e ss. Processo de Averiguações Preliminares n. 18, de 27 de maio de 1966. Representante: Paulo Carlos de Oliveira; Representado: Filibra Produtos Químicos Ltda. Revista de Direito Econômico, 5/82 e ss., e DOU de 13 de novembro de 1968, Seção I, Parte I. Sindicância 47, de 4.2.88, Representante: Ipiranga Sipi-Cam Defensivos Agrícolas S.A., Representadas: FMC Corporation e FMC do Brasil S.A., Conselheiro-Relator: Geová Magalhães Sobreira. Sindicância 81, de 4.2.88, Representante: CADE, ex officio, Representada: Elkem Participações Ltda. Processo n. 20.745/68, de 22 de outubro de 1969. Representante: Inducon do Brasil Capacitores S/A; Representada: Siemens & Halske Aktiengesellschaft. DOU de 6 de novembro de 1969, Seção I, Parte I, p. 9.627 e ss. Processo de Averiguações Preliminares n. 112, de 14 de dezembro de 1981. Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co. DOU de 24 de dezembro de 1981, Seção I, p. 24.765 e ss.

¹¹³ Ibid, p. 3. Nesse sentido, vide: Sindicância 30, de 10.12.87, Representante: Cogumelo Indústria de Componentes para Tratores Ltda., Representadas: Valmet do Brasil S.A. e Massey Perkins S.A.

¹¹⁴ Ibid, p. 5. Nesse sentido, vide: Averiguação Preliminar nº 08000.022244/94-36, de 6 de agosto de 1997, Representante: Bodygard Benton Importadora, Exportadora, Representações Ltda., Representada: Benton Plastics Inc. e outras. In DOU de 19 de agosto de 1997, Seção I, pág. 17900.

¹¹⁵ Ibid, p. 5. Nesse sentido, vide: Averiguação Preliminar nº 08000.024891/95-45, de 27 de agosto de 1997, Representante: Mont Blanc - Engenharia e Comércio Ltda., Representado: Henry Vidal e Terra Amada S.A. In DOU de 8 de outubro de 1997, Seção I, pág. 22547.

¹¹⁶ Ibid, p. 5. Nesse sentido, vide: Processo Administrativo 48, de 2.3.89.1 Representante: Refrigerantes Vontobel S.A., Representada: Holbra Produtos Alimentícios e Participações Ltda., Conselheira-Relatora: Ana Maria Ferraz Augusto (DOU de 6.3.89, Seção I, pp. 3.405 e ss).

2. O abuso do direito de peticionar em matéria de propriedade intelectual – exposição do caso Eli Lilly

A condenação da companhia farmacêutica multinacional Eli Lilly and Company pelo CADE expõe aspectos interessantes dos impactos de práticas abusivas relacionadas à propriedade intelectual - mais especificamente à patentes – na esfera de proteção da concorrência. O caso em tela insere-se no conturbado contexto da indústria farmacêutica no Brasil durante as décadas de 1990 e 2000, marcado pelas alterações legislativas advindas, principalmente, do Acordo TRIPs e da Lei de Propriedade Industrial de 1996, revogando o Código de Propriedade Intelectual de 1971, conforme mencionado ao longo do texto.

Como já exposto, a legislação brasileira vedava a concessão de patentes relativas ao setor farmacêutico, bem como aos setores químico e alimentício, tanto nos diplomas de 1945 como de 1971.

O acordo TRIPs, por sua vez, impede que um país tenha como política legislativa a proibição de patenteamento de tecnologias farmacêuticas e químicas, o que antes era permitido pela Convenção de Paris¹¹⁷. Assim, com a assinatura do acordo TRIPs, os países que não permitiam esse tipo de patente, em sua maioria países em desenvolvimento, tiveram que readequar suas políticas nacionais de propriedade industrial em prol da maior integração comercial entre os países que pautava as discussões diplomáticas da época.

Denis Borges Barbosa nos lembra que a relativização do privilégio de comercialização exclusiva para determinados setores como política legislativa nacional não é discussão nova em âmbito global. A Alemanha teria sido a primeira nação a estabelecer, em 1877, em um contexto no qual suas indústrias nacionais para os setores químico, farmacêutico e alimentício não estavam plenamente desenvolvidas, que apenas os processos produtivos relativos a bens desses setores seriam protegidos, porém não os produtos em si¹¹⁸.

Ainda hoje, é relativamente comum que determinados setores e mercados sejam objeto de relativização de proteção intelectual para fins de política pública, interesses comerciais e adequação ao ordenamento jurídico pátrio. Podemos citar como exemplo o

¹¹⁷ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1366.

¹¹⁸ Ibid, p. 1368.

fato de que softwares não são protegidos por patentes no Brasil, enquanto o são nos Estados Unidos e outros países do mundo.

Com relação à indústria farmacêutica, à proteção por meio do sistema de patentes sempre foi alvo de grande polêmica no Brasil. Isso porque, conforme nos ensina Denis Borges Barbosa, o privilégio concedido por meio de patente deve servir como estímulo, ao menos ao processo inovador, e não para paralisar a concorrência¹¹⁹.

A indústria farmacêutica concentra a sua produção quase que exclusivamente nos países desenvolvidos. Trata-se de setor altamente concentrado, com cerca de 20 empresas que enorme fatia do mercado mundial, aparentemente sem grandes ganhos de escala¹²⁰. Não por acaso, os setores econômicos dos países desenvolvidos que mais se beneficiaram com a concessão de patentes foram o farmacêutico e o químico¹²¹.

No ano de 1996, cerca de 80% das especialidades farmacêuticas mais demandadas estavam com as patentes vencidas, de maneira que o segmento de genéricos, utilizando patentes caídas em domínio público, cresceu significativamente no cenário mundial¹²².

Considerando as características da indústria farmacêutica no Brasil, parte da doutrina considera que o sistema de incentivo à inovação e desenvolvimento econômico nacional por meio de patentes não é um modelo interessante para ser aplicado à este setor. Denis Borges Barbosa afirma que o volume de tecnologia criada no Brasil não justificaria a concessão de monopólios para a sua exploração, considerando que farmacêuticas com capital estrangeiros e que mantêm seus centros de pesquisa no exterior possuem mais de 85% do mercado farmacêutico nacional, de maneira que a proteção por patentes não fomenta a atividade tecnológica nacional¹²³.

Ademais, cabe ressaltar que a concessão de patentes farmacêuticas faz com que os preços de medicamentos tenham um sobrepreço considerável (de acordo com Denis

¹¹⁹ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1367.

¹²⁰ Ibid, p. 1370.

¹²¹ Ibid, p. 1366.

¹²² Ibid, p. 1370.

¹²³ Ibid, p. 1374.

Borges Barbosa, de até 700%), o que, principalmente em países de baixa renda, acaba por restringir o acesso de boa parte da população à saúde¹²⁴.

É neste cenário que se insere o intenso debate nas esferas judicial e administrativa provocado pela farmacêutica Eli Lilly ao requerer o patenteamento de medicamento à base de cloridrato de gencitabina, por ela desenvolvido e fabricado, bem como de seus processos produtivos. O Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 instaurado no CADE não discute propriamente o mérito do patenteamento de tal medicamento, mas sim as condutas praticadas pela farmacêutica que a garantiram provisoriamente direitos exclusivos de sua comercialização por determinado período de tempo, sem que a empresa nunca houvesse obtido de fato o seu respectivo direito de patente.

Trata-se do principal precedente do CADE até o momento que verse sobre o impacto do abuso de direito de peticionar para ampliação ilegal de direitos de propriedade intelectual na concorrência. Conforme observaremos adiante, a análise do presente caso nos permitirá entender com maior clareza como o abuso à propriedade intelectual pode ser prejudicial à concorrência e, portanto, passível de controle por meio das autoridades antitruste.

A origem da querela analisada pelo CADE remonta ao pedido de patente PI 9302434-7 da Eli Lilly, depositado perante o INPI em 21 de junho de 1993, envolvendo treze reivindicações que versavam sobre o processo de preparação do cloridrato de gencitabina, princípio ativo utilizado em seu medicamento Gemzar, para o tratamento de câncer de mama. A esse respeito, note-se que, conforme mencionado no capítulo anterior, a patente sobre um processo produtivo garante ao seu titular a exclusividade de uso de determinado meio para se produzir um produto, não protegendo produto idêntico que tenha sido fabricado por processo diverso.

Tal pedido foi indeferido pelo INPI. De acordo com a autarquia, embora o acordo TRIPS já estivesse incorporado no ordenamento jurídico brasileiro à época de sua análise (1996), este ainda não vincularia o Brasil de forma irrestrita e automática. Isso porque, considerando o prazo adicional a que tinham direito os países em desenvolvimento, o Brasil só estaria obrigado a aplicar os dispositivos do Acordo

¹²⁴ BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1374.

TRIPS a partir de janeiro de 2000, de maneira que a legislação aplicável a pedidos de patente até tal data seria a Lei de Propriedade Industrial.

Ocorre que o pedido elaborado pela Eli Lilly não atendia ao prazo e forma específicos dispostos na Lei de Propriedade Industrial, visto que seu produto já se encontrava no mercado à época da análise. De acordo com tal diploma normativo, pedidos em andamento relativos a produtos químico-farmacêuticos e seus respectivos processos de obtenção ou modificação estariam sujeitos apenas a proteção especial por meio das patentes “pipeline”, ou seja, patentes cujo

(...) objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com o seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.¹²⁵

Em face da decisão proferida pelo INPI, a farmacêutica interpôs, em setembro de 1999, recurso administrativo, no qual defendeu a aplicabilidade do Acordo TRIPS para o seu pedido, e a subsequente concessão da patente requerida. Ato contínuo, em junho de 2000, o INPI emitiu novo parecer mantendo o mesmo posicionamento de sua decisão anterior.

Não é o foco do presente trabalho o embate sobre a aplicação do Acordo TRIPS e procedimentos específicos para patenteamento de produtos previsto na Lei de Propriedade Industrial. Trata-se de questão amplamente discutida nas vias administrativa e judiciária, em diversas ações interpostas pela Eli Lilly. A presente análise será voltada aos aspectos dos pleitos da empresa que foram caracterizados pelo CADE abuso de direito de peticionar, prática também conhecida como *sham litigation*, bem como os impactos à concorrência advindos dos direitos de propriedade intelectual ilícitos a ela conferidos. Ainda assim, é necessária uma descrição pormenorizada da extensa atividade litigante da empresa farmacêutica em sua busca pelo direito de exclusividade a qualquer custo.

Em sua representação da conduta anticompetitiva ao CADE, a Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos traz detalhado relato e peças processuais relativas a ações judiciais interpostas perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, Justiça Federal do Distrito Federal e Justiça Estadual de São Paulo.

¹²⁵ Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 1996), artigo 230. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acessado em 08 nov. 2016.

Por meio das mencionadas ações, a empresa teria utilizado informações falsas e omitido informações relevantes a fim de garantir a exclusividade provisória sobre direitos de comercialização do princípio ativo do medicamento Gemzar.

A Pró Genéricos é uma entidade de classe constituída em janeiro de 2001, congregando os principais laboratórios nacionais e multinacionais que atuam na produção e comercialização de medicamentos genéricos no país, concentrando mais de 90% das vendas do segmento de medicamentos genéricos no país. A Pró-Genéricos sustenta que, à época da representação, datada de setembro de 2007, duas de suas associadas já eram capazes de produzir tal medicamento, sendo que a Sandoz do Brasil Indústria Farmacêutica Ltda. efetivamente já o comercializava, com registro concedido pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) em 22 de março de 2007. A representação em face da Eli Lilly and Company e da Eli Lilly do Brasil Ltda. encaminhada pela Pró-Genéricos à Secretaria de Direito Econômico possuía, assim, o objetivo de apurar a prática de abuso de direito de peticionar visando obter vantagens indevidas de exclusividade na comercialização do medicamento Gemzar, em prejuízo de seus potenciais concorrentes. Diante de tal representação, foi instaurado o Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, em 02 de dezembro de 2011.

Antes de entrarmos no mérito da decisão proferida em tal Processo Administrativo, é necessário destacar os principais desdobramentos da postura litigante da Eli Lilly que se sucedeu após a negativa de seu pleito realizado junto ao INPI. Para fins de ilustração, merece destaque o quadro extraído do voto da Conselheira Relatora Ana Frazão proferido no Processo Administrativo ora em análise:

Figura 1: Cronograma dos desdobramentos das demandas propostas pela Eli Lilly

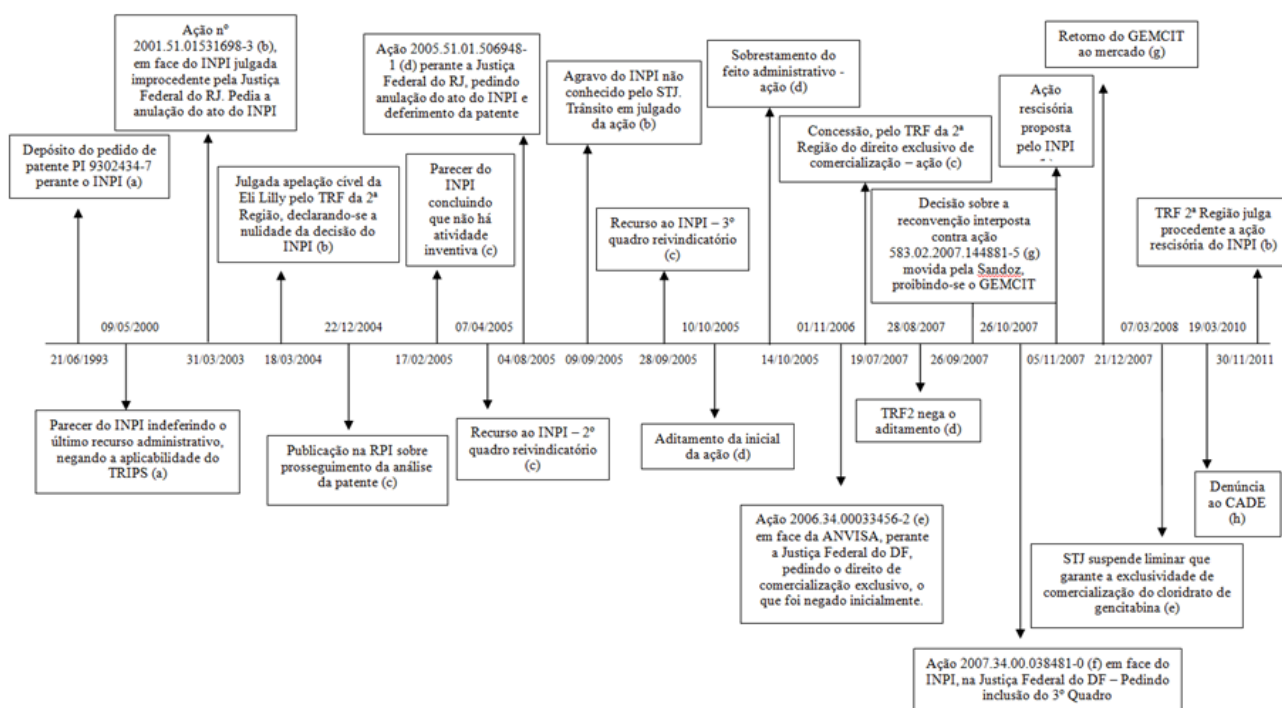


Figura extraída do voto proferido pela Conselheira Relatora Ana Frazão em âmbito do Processo Administrativo n° 08012.011508/2007-91

Como se vê, logo após o indeferimento do pedido PI 9302434-7, a Eli Lilly tratou de ajuizar uma ação contra o INPI perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro (Ação n° 2001.51.01531698-3), com pedido de tutela antecipada, visando a anulação da referida decisão administrativa. Em 31 de março de 2003, o juízo em primeira instância julgou improcedente a demanda proposta pela Eli Lilly.

Insatisfeita, a farmacêutica interpôs recurso de apelação ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Em 18 de março de 2004, o relator Desembargador Federal Rogério Vieira de Carvalho decretou em seu voto a nulidade da decisão administrativa do INPI, argumentando que uma vez que o Brasil não havia expressamente declarado a adoção à faculdade de postergar o prazo de vigência do Acordo TRIPS, este deveria ser aplicável ao pedido de patente formulado pela farmacêutica. Diante do acórdão proferido pela Quarta Turma do TRF da 2ª Região, o INPI interpôs recurso especial, e, após despacho denegatório, apresentou agravo de instrumento, o qual não foi conhecido por deficiência das cópias de traslado. O despacho que negou seguimento ao recurso especial transitou em julgado em 09 de setembro de 2005, de forma que a autarquia se

viu obrigada a proferir uma nova decisão em face do pedido solicitado pela farmacêutica.

Com a publicação da anulação da decisão na Revista da Propriedade Intelectual, o pedido junto ao INPI voltou a correr em 21 de dezembro de 2004. Em fevereiro de 2005, o INPI proferiu novo parecer técnico, no qual concluiu, mais uma vez, pelo indeferimento do pedido, porém ao invés de fundamentar-se na aplicabilidade do acordo TRIPS, argumentou que o pedido carecia de atividade inventiva, requisito fundamental para a concessão da patente. Diante desse segundo parecer denegatório, a Eli Lilly tratou de ampliar o quadro de reivindicações que compunham a sua solicitação de patente. Em um primeiro momento, incluiu a reivindicação 14, ainda versando sobre o processo produtivo do princípio ativo, provocando nova análise do INPI, que manteve a mesma decisão. Em um segundo momento, com a interposição de recurso administrativo a este parecer do INPI, em setembro de 2005, a empresa acrescentou duas novas reivindicações ao seu quadro reivindicatório. As novas reivindicações versavam não sobre o processo para preparação do nucleosídeo enriquecido com beta-anômero formador do princípio ativo, mas sobre o próprio produto cloridrato de gencitabina, decorrente do processo que se pretendia privilegiar.

No entanto, antes de realizar essa segunda alteração em seu quadro reivindicatório, com a adição das reivindicações 15 e 16, a farmacêutica ingressou com uma ação perante a 39ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Ação nº 2005.51.01.506948-1), buscando anular o segundo parecer técnico do INPI, o qual havia indeferido o seu pedido de patente por motivos de ausência do requisito de atividade inventiva. Após ampliar o espectro de reivindicações, a empresa requereu aditamento de sua petição inicial para compreendê-las em seu pedido, sob o argumento de que não traziam nenhuma matéria nova, mas apenas definiam de maneira mais precisa a invenção em questão. Em seguida, requereu também o sobrestamento do processo administrativo, ou seja, do julgamento do INPI sobre o recurso administrativo no qual a Eli Lilly havia inserido as duas últimas reivindicações, até decisão judicial, o que foi acatado pelo juiz.

Em resposta, o INPI manifestou nos autos oposição a este sobrestamento, visto que ainda não havia tido oportunidade de apreciar as reivindicações 15 e 16, que tratavam sobre o produto. Assim, em novembro de 2006, o juiz negou o aditamento à inicial, mantendo o sobrestamento sobre as 14 primeiras reivindicações, que já haviam sido analisadas pelo INPI, porém não sobre as reivindicações 15 e 16. Em face desta

decisão, a Eli Lilly interpôs o Agravo de Instrumento nº 2007.02.01.001107-0, ainda com o objetivo de incluir as duas últimas reivindicações na análise judicial.

Ao encaminhar o seu quadro reivindicatório à perícia indicada em juízo para analisar o pedido de patente, a Eli Lilly encaminhou também as reivindicações 15 e 16, por mais que fosse notório que estas não pertenciam ao escopo de análise de perícia, que deveria incidir apenas sobre as reivindicações sobrestadas. A situação tornou-se ainda mais delicada quando a farmacêutica, ao se defender de acusação de que o documento apresentado estaria viciado, afirma que “este MM. Juízo deferiu expressamente os quesitos formulados sobre as reivindicações 15 e 16 que se encontram *sub judice*”, manifestação evidentemente falsa. Não obstante a decisão pela improcedência de tal agravo, proferida em agosto de 2007, diagnosticando e evitando a manobra para ampliar o escopo da perícia a tempo, tal conduta, de acordo com o voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, “é no mínimo problemática, do ponto de vista da lealdade processual”.

Paralelamente, em novembro de 2006 a Eli Lilly ajuizou ação contra a ANVISA perante a Justiça Federal do Distrito Federal (Ação nº 2006.34.00033456-2), com pedido de declaração do direito de exclusividade de comercialização do cloridrato de gencitabina, alegando que a análise de sua patente estava pendente no INPI, mas que o objeto do pedido preenchia todos os requisitos legais necessários para tal. Nos termos do artigo 70.9 do acordo TRIPs, é possível obter o direito de comercialização exclusiva, chamada de EMR, para produtos que são objeto de solicitação de patente pendente, por um prazo de cinco anos. Trata-se de sistema de proteção à direitos de comercialização por meio de procedimento menos rígido do que para a concessão da patente, justamente por ser concessão condicionada à existência de um pedido com análise pendente. No caso em tela, note-se que neste momento a Eli Lilly requeria direitos de exclusividade relativos não ao processo em si, mas ao próprio produto, o princípio ativo cloridrato de gencitabina. O EMR é concedido apenas para casos de patentes de produtos que estejam pendentes. Note-se também que a análise de seu pedido de patente estava pendente no INPI não devido a suposta morosidade ou incompetência do órgão, mas sim ao sobrestamento por ela mesma solicitada em ação interposta na Justiça Federal do Rio de Janeiro.

A tutela antecipada solicitada pela farmacêutica foi indeferida pelo juízo de primeira instância, decisão contra qual a empresa interpôs o Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.017916-0. Em âmbito de tal recurso, a Eli Lilly reiterou o seu argumento de

que a análise pendente no INPI versava tanto sobre o processo quanto sobre o próprio composto químico, de forma que seria cabível pleitear a exclusividade em sua comercialização. No entanto, não informou que havia discussão judicial sobre a inclusão das reivindicações sobre produto em tal quadro reivindicatório, induzindo o Tribunal a acreditar que o INPI estava analisando um pedido de patentes composto por todas as 16 reivindicações quando, na realidade, não estava.

Com o provimento deste recurso, foi determinado que a ANVISA se abstinisse de conceder autorização, e revogasse autorizações concedidas, para comercialização do cloridrato de gencitabina até o trânsito em julgado da sentença, ou até que o INPI analisasse o pedido de patente, incluindo as duas últimas reivindicações. A tutela antecipada concedida persistiu até março de 2008, com decisão desfavorável à farmacêutica proferida pelo STJ, ao julgar pedido de suspensão de liminar. É importante ressaltar que o indeferimento do aditamento de petição inicial da ação nº 2005.51.01.506948-1, em trâmite perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, e que visava anular o segundo parecer técnico no qual o INPI rejeitou o pedido de patente, ocorreu pouco tempo depois da obtenção de exclusividade provisória para a comercialização do produto. Não obstante, a farmacêutica não mencionou tal fato nos autos da ação que movia em face da ANVISA.

Após o indeferimento do aditamento da inicial para inclusão das reivindicações 15 e 16 para análise judicial, a Eli Lilly ajuizou outra ação em face do INPI perante a Justiça Federal do Distrito Federal. Esta nova ação tinha exatamente o mesmo objeto do Agravo de Instrumento nº 2007.02.01.001107-0, que havia acabado de ser indeferido, qual seja, a inclusão do terceiro quadro reivindicatório, contendo as reivindicações 15 e 16, na análise do pedido de patente.

Contudo, as diversas ações ajuizadas pela Eli Lilly perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal foram julgadas extintas. Isso porque, após o trânsito em julgado da primeira ação ajuizada pela Eli Lilly, na qual se decidiu pela anulação do primeiro parecer denegatório do INPI no caso em análise, a autarquia ajuizou ação rescisória (Ação Rescisória nº 2007.02.01.009600-2) a fim de obstar a execução de tal decisão em favor da Eli Lilly. Em junho de 2011, após a denúncia da Pró-Genéricos que originou o Processo Administrativo ora em análise, a ação rescisória foi julgada procedente, decidindo pela inaplicabilidade do TRIPs ao caso em tela e, conseqüentemente, pela impossibilidade de concessão de direito de patente ao pedido

realizado pela farmacêutica. No julgamento da ação rescisória em questão, é curioso notar que é feita a ressalva de que, ainda que o acordo TRIPs fosse aplicável ao pedido de patente da Eli Lilly, tal pedido não deveria prosperar, visto que o acordo veda a concessão de patentes para pedidos de processos que já estejam em domínio público, como era o caso.

Em agosto de 2007, a Sandoz, farmacêutica fabricante do medicamento Gemcit, concorrente do Gemzar, ajuizou ação em face da Eli Lilly na Justiça Estadual de São Paulo requerendo que esta fosse obrigada a cessar a divulgação da informação caluniosa de que a autorização para comercialização do produto da autora havia sido cancelada. A Sandoz fundamentou seu pedido no fato de que, embora a Eli Lilly tivesse obtido autorização para comercialização exclusiva do seu medicamento para o tratamento de câncer de mama, o produto da Sandoz, também a base de cloridrato de gencitabina, poderia ser utilizado para o tratamento de diversos tipos de câncer que não estavam no escopo de tal exclusividade.

A Eli Lilly apresentou reconvenção a ação proposta pela Sandoz, com o objetivo de retirar o medicamento concorrente de circulação. Ao citar a decisão que lhe concedeu direito de comercialização exclusiva, mais uma vez a farmacêutica agiu dolosamente e transcreveu apenas determinados trechos de maneira a induzir o juízo de que a decisão abarcava todas as finalidades atribuídas ao composto cloridrato de gencitabina, quando esta na verdade mencionava expressamente que a exclusividade recaía apenas sobre o tratamento de câncer de mama. Em setembro de 2007, foi proferida decisão liminar que proibiu a comercialização do medicamento Gemcit pela Sandoz, independente da finalidade destinada., aumentando significativamente, na prática, o escopo da exclusividade obtida. Tal cenário perdurou por aproximadamente três meses, até decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de agravo, que reconheceu a possibilidade de comercialização do Gemcit para outros tipos de câncer. De acordo com a denúncia da Pró-Genéricos ao CADE, a representada teria exercido monopólio indevido, distorcendo preços do mercado durante esses três meses nos quais a Sandoz ficou impedida de comercializar seu medicamento.

No julgamento do caso, os pareceres da Superintendência-Geral, da Procuradoria do CADE e do MPF convergiram no entendimento de que estaria configurado o abuso de direito de peticionar. A SG entendeu, em sua Nota Técnica, que a Eli Lilly buscava o patenteamento de algo que já sabia não lhe ser devido, situação agravada pela tentativa

de aumento extemporâneo do escopo patentário e indução do Judiciário ao erro pela omissão de informações relevantes, entre outros. A ProCADE, por sua vez, procurou discriminar as diversas condutas que potencialmente poderiam ser caracterizadas como *sham litigation*, entendendo, primeiramente, que a mera pretensão descabida ao ente público, desde que embasada em justificativas razoáveis, não incorre em abuso. No caso em questão, o pedido de patente da farmacêutica não seria absurdo, ainda mais considerando o cenário de alteração legislativa. Tampouco seria absurdo levar a querela travada com o INPI para a tutela do Judiciário.

No entanto, o órgão destaca exemplificativamente os seguintes atos que denotam o abuso de petição por parte da Eli Lilly: (i) interposição da ação em face da ANVISA, na qual a representada teria se omitido de informar que o quadro reivindicatório ao INPI era objeto de controvérsia judicial e efetivamente induzido o Tribunal ao erro; e (ii) interposição da terceira e última ação em face do INPI, buscando a inclusão das reivindicações 15 e 16, após já ter sido negada em diversas instâncias, entre outros.

Em seu voto, a Conselheira Relatora Ana Frazão também afasta a ideia de que o pedido de patente e o ajuizamento de ação contestando a primeira decisão administrativa configurariam *sham litigation*. Segundo a Conselheira, existia controvérsia razoável em torno do assunto, tanto no que se refere à entrada em vigência e aplicação do acordo TRIPs quanto com relação à noção de que o TRIPs não admitiria a patenteabilidade de processos farmacêuticos¹²⁶. Existindo controvérsia razoável, não caberia falar em inexistência de plausibilidade no direito invocado, um dos requisitos para a configuração do ilícito antitruste. Conforme aponta, a doutrina sugere pelo menos quatro interpretações diferentes para o início da vigência do TRIPs no Brasil para patentes de medicamentos, quais sejam: (i) 1995, devido ao decreto nº 1.355/94, internalizando o texto do acordo para o diploma pátrio; (ii) 1996, devido ao prazo de um ano da entrada do acordo em vigor, durante o qual nenhum país estaria obrigado a cumprir as disposições do tratado; (iii) 2000, devido ao prazo de quatro anos concedido aos países em desenvolvimento durante o qual não se obrigariam aos termos do acordo; e (iv) 2005, uma vez que o setor farmacêutico pode ser considerado um setor tecnológico, regido por normas especiais do TRIPs. Assim, ainda que a solicitação da Eli Lilly tenha ocorrido em 1993 e, portanto, anterior à vigência do acordo TRIPs, sob

¹²⁶ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, p. 18.

qualquer interpretação possível, a ausência de amparo legal na data do pedido não seria suficiente para que fosse configurada a infração concorrencial.

Em seguida, a Conselheira discorre sobre a licitude da alteração do escopo da patente pleiteada pela Eli Lilly, primeiro com a reivindicação 14, e depois com as reivindicações 15 e 16. Após análise da legislação aplicável à época da alteração do escopo da patente, com especial atenção ao parecer PROC/DICONS nº 07/2002 do INPI, conclui que, embora esta fosse admissível mesmo após a submissão do pedido de exame, como era o caso em questão, tal alteração estaria limitada à matéria revelada no pedido inicial, sem poder ampliá-la, mas apenas melhor descrevê-la. Ademais, de qualquer forma não estaria autorizada a revisão do quadro reivindicatório após análise de mérito pelo INPI, como fez a representada. No caso em tela, a inclusão das duas últimas reivindicações, na visão da Conselheira, faria parte de um “comportamento estratégico” por meio do qual, diante da impossibilidade de obtenção da patente, a Eli Lilly buscou modificar o escopo do seu pedido para obter o direito de comercialização exclusiva (EMR) de seu produto. Isso é corroborado pelas evidências de que o produto já estava em circulação no momento da análise.

Conforme aponta Ana Frazão, o EMR permite a antecipação dos efeitos de uma patente de produto ainda não analisada, para evitar perdas indesejáveis causadas pela demora na análise dos pedidos, considerando a velocidade da dinâmica do mercado. Trata-se de uma exclusividade decorrente da mera expectativa de direito. Assim, entende a Conselheira, exige-se da parte solicitante ainda mais cautela para que seu comportamento não se torne abusivo e lesivo à concorrência. No caso em tela, a representada requereu o EMR em sede de liminar ao ajuizar ação contra a ANVISA, de maneira que é de supor parâmetros ainda mais altos de diligência e lealdade da parte solicitante, pois, diante da mera cognição sumária do magistrado, o risco de induzi-lo ao erro será maior. Sob essa ótica, é ainda mais grave a afirmação da Eli Lilly em juízo de que o medicamento Gemzar também seria objeto do pedido de patente, quando até aquele momento nem o INPI nem o Judiciário haviam concedido a inclusão das reivindicações 15 e 16 que versavam sobre o produto em si. Pelo contrário, a Diretoria de Patentes do INPI já havia emitido parecer opinativo contrário à inclusão de tais reivindicações, o que foi omitido na inicial apresentada pela farmacêutica.

Conforme mencionado acima, a Eli Lilly se valeu de seletivas omissões e informações deturpadas sobre o conteúdo de seu pedido de patente e os desdobramentos

processuais provocados a fim a obtenção do EMR a qualquer custo, o que, na opinião do CADE, prejudicou severamente o julgamento da ação movida contra a ANVISA. Isso porque a decisão liminar que concedeu a exclusividade de comercialização do cloridrato de gencitabina à Eli Lilly não considerou as manifestações do INPI contrárias às últimas reivindicações e nem o sobrestamento da análise formal da autarquia pleiteado pela própria representada em ação diversa. Ainda de acordo com o entendimento do CADE, seria o dever da Eli Lilly, diante de tais circunstâncias, informar os desdobramentos posteriores à decisão liminar, como o indeferimento do aditamento à petição inicial de ação movida em outra jurisdição, que certamente impactariam a liminar concedida. É importante notar que a primeira decisão proferida pelo Desembargador Relator na ação envolvendo a ANVISA, ao analisar o quadro das primeiras 14 reivindicações em maio de 2007, rejeitou o pedido de exclusividade, sob o fundamento do INPI já o ter refutado, tendo reconsiderado a sua decisão após a descoberta – falaciosa – da existência de duas novas reivindicações.

A Ana Frazão conclui em seu voto que o pedido de sobrestamento da análise de quadro reivindicatório, conjugado com o requerimento do EMR para o medicamento em questão, assegurou a obtenção de um monopólio indevido pela Eli Lilly, que, caso não fosse revertido por determinação do STJ, poderia ter perdurado pelo menos cinco anos, prazo de duração da concessão de EMR, em virtude da impossibilidade do INPI proferir decisão sobre a pretensão da representada. Como agravante da conduta ora descrita, aponta que a postura do INPI em todos os momentos do imbróglio processual foi desfavorável à concessão das reivindicações da Eli Lilly, inclusive em seus pareceres opinativos sobre as reivindicações 15 e 16, o que nos leva a crer, com razoável segurança, que, não fosse o sobrestamento, o órgão também teria refutado a solicitação em questão em sua decisão definitiva¹²⁷.

Assim, defende a Relatora que a incursão da representada na prática de *sham litigation* “está lastreada no desvio de finalidade do direito, identificado a partir da violação objetiva do dever de cuidado e da boa-fé objetiva”¹²⁸, particularmente no que diz respeito aos seus deveres de diligência e fornecer informações. Assim, não se faz necessária a análise da existência de má fé, do aspecto doloso da conduta, de maneira

¹²⁷ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, p. 25.

¹²⁸ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, p. 26.

que a Conselheira não se alonga em discutir a culpa da farmacêutica, por mais que constate a sua manifesta intencionalidade em perpetuar a comercialização exclusiva de seu produto.

Conforme relembra Caio Mário Pereira da Silva Neto, a imputação de infrações à ordem econômica decorrentes de condutas unilaterais envolve não apenas a constatação da existência de um ato ilícito, mas também a aferição dos efeitos e potenciais efeitos oriundos do ilícito em questão¹²⁹. Diferentemente da imputação à condutas que são infrações pelo seu mero objeto, como é o caso dos cartéis, a mera constatação da existência de atos que tenham por objeto a implementação da conduta anticompetitiva não é suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica¹³⁰.

Não é diferente o caso da prática de *sham litigation* por um agente econômico. A tentativa de obtenção e perpetuação de exclusividade de comercialização do medicamento por parte da Eli Lilly só pode ser entendida como uma infração à ordem econômica se de fato trouxe prejuízos à concorrência ou ao menos ser potencialmente lesiva ao ambiente competitivo¹³¹.

Na análise da Conselheira Relatora do caso no CADE, a utilização de proteção patentária de maneira indevida traz significativos danos à concorrência. Trata-se de questão delicada justamente por se tratar de um monopólio artificial sobre a exploração econômica de determinado bem, inerente à ideia de concessão de patente, sem que haja a contrapartida social que a justifique. Em outras palavras, o raciocínio empregado é o de que a distorção competitiva provocada pela concessão de uma patente é custosa, porém admissível desde que o bem seja merecedor daquela proteção. Exploraremos esse raciocínio no capítulo seguinte.

A Eli Lilly de fato obteve o monopólio sobre a comercialização de medicamento contendo o princípio ativo cloridrato de gencitabina para o tratamento de câncer durante 19 de julho de 2007 até 07 de março de 2008, afastando concorrentes do mercado por oito meses, sem que a farmacêutica nunca tivesse obtido um parecer favorável do INPI pela concessão de tal patente. Durante três desses oito meses (de 28 de setembro de 2007 a 21 de dezembro de 2008), o escopo do monopólio foi ainda maior, com o impedimento de que a Sandoz comercializasse seu produto Gemcit para o tratamento de

¹²⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrencial: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 98.

¹³⁰ WHISH, Richard. Competition Law. 6. ed. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 119.

¹³¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Op cit. p. 93.

qualquer câncer. Conforme exposto ao longo da análise da conduta pelo CADE, este monopólio é advindo de conduta manifestamente ilícita, perpetrada com decisões judiciais favoráveis obtidas por meio de estratégia que envolveu a omissão e a deturpação de informações em juízo.

Este monopólio, ilícito, resultou em inequívocas distorções nos preços do mercado em questão, como seria de se esperar. De acordo com informações trazidas aos autos do processo no CADE pela Pró-Genéricos, o medicamento Gemzar, da Eli Lilly, chegou a ser vendido pelo preço de R\$ 540,00, em comparação ao preço de R\$ 189,00 cobrado pela farmacêutica logo após o retorno da Sandoz ao mercado.

O voto relator aponta ainda que a análise da imputação de uma infração econômica de *sham litigation* independe da verificação de existência de poder de mercado por parte do infrator, diferente do que ocorre com as demais condutas anticompetitivas, conforme explicado no capítulo anterior. Isso porque, segundo a Relatora, o sucesso de uma demanda no judiciário, ainda que em sede de liminar, tem o condão de provocar significativos efeitos no mercado¹³², em especial quando envolver assuntos de propriedade intelectual.

Ao versar sobre a dosimetria da pena aplicável à Eli Lilly, a Relatora Ana Frazão considerou diversos fatores agravantes da conduta imputada. Em primeiro lugar, considerou que abusos relativos à propriedade intelectual seriam particularmente graves em razão de seu potencial exclusionário direto e, portanto, justificariam a fixação de multa em patamar superior ao usual, sobretudo ao se tratar do setor de medicamentos, implicando em desdobramentos sobre o direito fundamental à saúde. A Conselheira aponta ainda a ausência de boa-fé (caracterizada pelos deveres de diligência e lealdade esperados de um agente econômico em sua situação) e a efetiva consumação e obtenção de vantagem ilícita como fatores agravantes. Por último, relembra que a Eli Lilly incorreu em reincidência, dado que havia sido condenada em 13 de outubro de 2005 pela fixação de acordo com laboratórios para impedir a comercialização de medicamentos genéricos (Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48).

Cabe ressaltar que a reincidência à luz do direito antitruste tem o significado de reincidir em dano à concorrência, ainda que por meio de infração diversa, ou seja, não é necessário que o infrator cometa exatamente a mesma infração duas vezes para que seja

¹³² Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 285.

punido por reincidência e a ele seja aplicado, assim, a multa em dobro. Ademais, note-se que a prescrição da reincidência não incide não sobre a data do julgamento da segunda infração, que no presente caso ocorreu dez anos depois, mas sim na data da conduta.

Assim, a Conselheira Relatora indicou a aplicação de multa, considerando como base o valor do faturamento bruto da Eli Lilly do Brasil Ltda. no ano anterior à instauração do processo administrativo, no valor de R\$ 36.679.586,16. A decisão pela condenação da Eli Lilly, bem como a pena aplicada, foi corroborada por unanimidade pelo Plenário do CADE, encerrando a disputa antitruste envolvendo a Eli Lilly, e ao mesmo tempo suscitando interessantes questões sobre o diálogo entre direito da concorrência e propriedade intelectual.

3. Análise da postura do CADE na condenação por abuso de direito de peticionar envolvendo propriedade intelectual, sob a perspectiva do caso Eli Lilly

O caso exposto no capítulo anterior representa uma das diversas oportunidades nas quais o CADE se debruçou sobre a imputação de uma infração à ordem econômica decorrente de abuso de direitos de propriedade intelectual. Na ocasião, temos que a Eli Lilly obteve, por meio de manobras caracterizadas por evidente ausência de boa-fé, conforme constatado pelo CADE, o direito de comercialização exclusiva de determinado produto farmacêutico. Esse direito, materializado no EMR concedido à empresa, ainda que provisório, foi considerado lesivo à concorrência. Assim, temos que o nexo causal completo da conduta da farmacêutica, aos olhos da condenação do CADE, compreende uma postura litigante reprovável e a obtenção de direitos intelectuais que não lhe poderiam ter sido concedidos, e o foram por decorrência direta de tal postura reprovável.

Considerando que os atos analisados foram praticados antes de 2012 e, portanto, antes da vigência da atual Lei da Concorrência, estes foram enquadrados sob as infrações contidas no antigo diploma. Conforme mencionado anteriormente, a mudança legislativa não trouxe alterações substanciais no conteúdo das infrações econômicas previstas, porém merece destaque o fato de que a legislação anterior não continha um dispositivo que tratasse expressamente da exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca, como traz o inciso XIX, do parágrafo 3º do artigo 36 da Lei da Concorrência.

Sob a égide da antiga lei, a Eli Lilly foi condenada por limitar, falsear e prejudicar a livre concorrência (lei nº 8.884/94, artigo 20, I); exercer de forma abusiva a sua posição dominante (artigo 20, IV); limitar e impedir o acesso de novas empresas no mercado (artigo 21, IV); criar dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente (artigo 21, V); e impedir a exploração de direitos de propriedade industrial (artigo 21, XVI). Todos estes dispositivos da lei 8884/94 possuem seus equivalentes ou similares na legislação antitruste atual, e abordam, na realidade, efeitos comuns a qualquer prática que resulte, por exemplo, na elevação de barreiras à entrada e fechamento de mercado.

Devemos lembrar que as infrações à ordem econômica, à exceção de acordos anticompetitivos entre concorrentes, são verificadas pelos efeitos ou potenciais efeitos

líquidos que produzem¹³³. No caso em tela, o direito irregular de comercialização exclusiva obtido pela Eli Lilly produziu efeitos anticompetitivos na medida em que nem a Sandoz, que já ofertava o produto Gemcit no mercado, nem qualquer outro entrante poderia comercializar produto contendo o cloridrato de gencitabina para o tratamento de câncer de mama no Brasil.

Curiosamente, os efeitos produzidos pela conduta foram similares aos que seriam produzidos se, em um exercício de suposição hipotética, o INPI tivesse deferido as 16 reivindicações do pedido de patente requerido pela Eli Lilly. Note-se, porém, que caso o direito de patente realmente fosse concedido, a exclusividade na comercialização perduraria não por oito meses, mas por anos e anos, de maneira que a concorrente Sandoz e possíveis entrantes seriam muito mais prejudicados. Muito provavelmente esse cenário ainda mais gravoso à concorrência, que seria a concessão de tal patente, não haveria de ser punido pelo CADE.

É certo que a concessão da patente para a exploração comercial do medicamento, seja por deferimento do INPI ou por medida judicial definitiva, traria prejuízos ainda maiores para a Sandoz e eventuais concorrentes que aspirassem comercializar produto similar. Sob um raciocínio simplista, podemos afirmar que quanto menor o período de comercialização exclusiva concedido a um determinado concorrente, menores são os prejuízos daqueles que pretendem ingressar no mercado (ou regressar, no caso da Sandoz) assim que o prazo da exclusividade se esgote. Todavia, essa análise não considera a competição dinâmica dos mercados discutida no início do texto, de acordo com a qual as inovações vão se sobrepondo em um processo contínuo de destruição criadora, conforme imortalizado nas ideias de Joseph Schumpeter.

Devemos admitir que mesmo que a Eli Lilly se beneficiasse do monopólio legítimo da exploração de tal medicamento (tanto em termos de processo produtivo quanto do produto em si), uma farmacêutica igualmente eficiente, como pode ser o caso da própria Sandoz, certamente obterá monopólio similar ao desenvolver um novo produto que atenda aos requisitos vistos anteriormente para reivindicação de patente (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial). Assim, todos os agentes do

¹³³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrencial: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

mercado que forem bastante inovadores serão eventualmente beneficiados por tal política de comercialização exclusiva.

Os efeitos anticompetitivos presumidos de uma patente são exatamente os mesmos do monopólio irregular obtido pela Eli Lilly, a despeito de sua duração, que é significativamente maior. Retomando a discussão sobre a intersecção entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual, vimos que os prejuízos imediatos à concorrência oriundos da concessão de uma patente são, via de regra, tolerados pelo direito antitruste, em prol do estímulo à inovação. Já o monopólio obtido irregularmente no caso Eli Lilly não teve os seus impactos anticompetitivos tolerados pelo CADE.

Conforme mencionado anteriormente, no processo administrativo em análise a exclusividade indevida está atrelada ao abuso de direito de peticionar. O abuso de direito de peticionar, também denominado *sham litigation*, à luz de designação estrangeira, consiste basicamente no abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva, conforme ensina Christopher Klein em seu artigo *Anticompetitive litigation and antitrust liability*¹³⁴. O abuso do direito constitucional de peticionar em juízo e instâncias administrativas pode se tornar uma questão de caráter concorrencial, pois, como aponta Keith Hylton, o Estado tem o poder de conceder monopólios, erguer significativas barreiras à entrada e de diversas formas prejudicar concorrentes indevidamente; em suma, o Estado é potencialmente o melhor amigo daquele que aspira o monopólio irregular, e não pode ser descartado como um parceiro na implementação do abuso de poder dominante quando dolosamente induzido a tal.¹³⁵

A exclusividade indevida está atrelada a uma postura litigante pautada na ausência de boa-fé (*sham litigation*) que por si só seria condenável pelo CADE se tivesse o condão de produzir quaisquer efeitos anticompetitivos, uma vez que qualquer abuso de direito de peticionar que causar efeitos (ou potenciais efeitos) sobre a concorrência é passível de punição, seja no caso de direitos de propriedade intelectual ou qualquer outra matéria que porventura traga impactos à concorrência.

A doutrina brasileira ainda não parece ter se debruçado devidamente sobre o conceito de abuso de direito de peticionar, ou *sham litigation*. A jurisprudência do

¹³⁴ KLEIN, Christopher C. *Anticompetitive litigation and antitrust liability*. Department of Economics and Finance Working Papers Series: Agosto de 2007, p. 3. Disponível em: <http://capone.mtsu.edu/berc/working/SHAM07WP.pdf>. Acessado em 08 nov. 2016.

¹³⁵ HYLTON, Keith N. *Antitrust law: economic theory and common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 352.

CADE sobre o tema, quando comparada a outras infrações anticompetitivas, é relativamente escassa¹³⁶. Não obstante, ainda é utilizada como referência na jurisprudência pátria a definição apresentada pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos em voto-vista proferido no Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51.

Em tal ocasião, César Mattos afirmou que a conduta de *sham litigation* estaria consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial. Trata-se da litigância predatória ou fraudulenta, implementada com o uso impróprio das instâncias judiciárias e processos governamentais adjudicantes contra concorrentes para alcançar efeitos anticompetitivos¹³⁷. Relembra ainda a orientação amplamente empregada na jurisprudência americana, por meio da qual a análise da existência de *sham litigation* deve verificar se (i) a ação é desprovida de qualquer base objetiva, de maneira que nenhum litigante razoável poderia ter expectativas de ser bem sucedido em sua demanda; e (ii) se o litigante espera influir nos negócios de seus concorrentes tão somente através do processo em si mesmo, ao invés de buscar o deferimento daquilo que foi pedido; ou, ainda, se (iii) o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o juízo ao erro¹³⁸.

Não obstante a orientação da jurisprudência americana, existe certo debate sobre onde se verifica o abuso do direito constitucional de peticionar. É possível que se entenda que o abuso é caracterizado pelo pleito de algo absurdo, daquilo que já se sabe que é possível ganhar em condições usuais de litigância. Assim, estariam inseridos nesse contexto tanto os casos nos quais o agente interpõe diversas ações e recursos com finalidade protelatória ou intimidadora para distorcer o cenário competitivo ao seu favor, quanto aqueles nos quais o agente pratica condutas desonestas, tais como omissões e inverdades para obter decisões judiciais ou administrativas favoráveis a situação que de outra forma não conseguiria.

Esse debate é suscitado no processo administrativo ora em análise. Ao caracterizar a conduta abusiva da Eli Lilly, a SG afirma em seu parecer que há maior gravidade no feito pelo fato de que durante toda a jornada litigante a empresa

¹³⁶ Dentre os principais precedentes no CADE envolvendo a prática de abuso de direito de peticionar, destacam-se, além do caso ora em análise, os seguintes Processos Administrativos: 08012.012726/2010-48; 08012.007189/2008-08; 08012.004484/2005-51; 08012.995335/2002-67; e 08012.004283/2000-40.

¹³⁷ Voto-vista do Conselheiro César Mattos no PA nº 08012.004484/2005-51, p. 2 e 3.

¹³⁸ Voto-vista proferido pelo Conselheiro César Mattos no Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, p. 3 e 4.

supostamente saberia que não teria direito a tal patente. Utiliza como argumentos para tal o posicionamento desfavorável do INPI ao longo de toda a disputa e o fato de que o produto já havia sido colocado no mercado. O entendimento da ProCADE é diverso, pois considera que ainda que tal pretensão ao ente público fosse descabida, ela não era inteiramente desarrazoada em sua justificativa, de maneira que a pretensão não seria em si abusiva, nem quando levada ao Judiciário.

O voto-vogal proferido pelo Conselheiro Gilvandro trata essa questão de maneira bem interessante. De acordo com o Conselheiro, é necessário observar critérios objetivos que demonstrem a abusividade do exercício do direito de petição¹³⁹. Assim, não caberia ao CADE analisar a probabilidade de êxito ou plausibilidade da demanda, visto que isso implicaria em exercer algum grau de julgamento da autoridade antitruste sobre a demanda proposta à outra instância decisória. Entende que deve ser observado apenas se o conteúdo daquilo submetido ao crivo do Judiciário, ou qualquer instância administrativa, é dotado de falsidade ou fraude. Assim, a legitimidade do pleito deve ser separada da observância da obrigação de meio, ou seja, do dever de proceder com diligência¹⁴⁰. Sob tal lógica, o CADE estaria incumbido do ônus probatório de demonstrar a falsidade de informações apresentadas ou omissão de informações relevantes, enquanto o representado estaria incumbido de provar a veracidade das informações apresentadas e a sua não omissão de informações relevantes.

No processo administrativo envolvendo a Eli Lilly, a despeito do entendimento do Conselheiro Gilvandro, há nítido esforço para verificar a plausibilidade da demanda requerida, buscando identificar a legislação aplicável e analisando, por exemplo, a possibilidade de concessão de patentes para processos produtivos e a possibilidade de ampliação do escopo do quadro reivindicatório, questões estas de natureza completamente alheias à matéria de direito da concorrência. Ainda assim, curiosamente tais questões são consideradas no julgamento do CADE.

Alguns trechos do voto da Conselheira Relatora no caso Eli Lilly indicam com bastante clareza a extensão do escopo em que o CADE pretende atuar em análise da temática de propriedade intelectual. Com relação à questão da possibilidade de alteração do quadro de patente, a Conselheira justifica no parágrafo 276 do seu voto a minuciosa

¹³⁹ Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 4.

¹⁴⁰ Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 8.

análise que faz da temática, afirmando que a alteração indevida do quadro patentário é capaz de causar efeitos significativos sobre a concorrência¹⁴¹. De fato, parece razoável que a alteração irregular do escopo do pedido cause impactos indesejáveis à concorrência, pois representa um abuso ao direito de propriedade intelectual. Contudo, é interessante observar que a Conselheira propõe que o CADE tem competência para realizar a análise do que pode ser configurado uma alteração indevida do quadro patentário, como efetivamente o faz no caso analisado.

Mais adiante, a Conselheira reitera que a investigação de *sham litigation* não dispensa a análise, ainda que superficial, da viabilidade dos pleitos da representada, em oposição ao que sugere o Conselheiro Gilvandro. Dessa forma, entende que não seria vedado ao CADE identificar se o registro de patente solicitado seria manifestamente improcedente¹⁴². A Ana Frazão identifica ainda que muitas vezes o abuso de propriedade intelectual decorre justamente da falta de rigor das autoridades de registro, que permitem um cenário propício à práticas de *sham litigation*, tais como o fenômeno dos *patent trolls*¹⁴³.

Note-se que, diante da complexidade do caso concreto, somada às graves omissões de informações relevantes, a Conselheira Ana Frazão não proferiu uma decisão objetiva sobre a plausibilidade das demandas da Eli Lilly, limitando-se apenas a afirmar que não seria plausível o direito da Eli Lilly pleitear o EMR devido ao parecer do INPI atestando que as reivindicações mencionadas pela farmacêutica naquele momento extrapolavam a matéria trazida no pedido original¹⁴⁴. Ainda assim, analisou a questão em detalhes, em seus diversos desdobramentos discutidos nas disputas judiciais.

Com relação à postura da Eli Lilly, a Conselheira entendeu que ainda que se pudesse afastar o dolo de sua conduta, para fins argumentativos, a representada teria violado o dever de diligência e lealdade processual que lhe seria exigível em tal situação. O abuso do direito de peticionar não é caracterizado apenas quando há

¹⁴¹ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 276.

¹⁴² Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 285.

¹⁴³ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 171.

¹⁴⁴ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 339.

intenção deliberada de prejudicar terceiros, deve passar pelo crivo da razoabilidade e deveres típicos da boa-fé objetiva¹⁴⁵.

Diante dos critérios estabelecidos e utilizados para a condenação da Eli Lilly, parece razoavelmente seguro afirmar que a farmacêutica faltou com diligências mínimas em juízo, sob qualquer parâmetro razoável, sendo desproporcionalmente beneficiada com direito que invariavelmente prejudicava todos os seus concorrentes e potenciais concorrentes. Porém o fator determinante para a sua condenação não foi a adequação da patente em si, e nem a possibilidade de exclusividade de comercialização do produto farmacêutico, mas sim a postura desleal da empresa. Assim, embora no caso da Eli Lilly seja possível acreditar que a liminar para comercialização exclusiva tivesse sido concedida unicamente por conta da indução do Judiciário ao erro, não temos certeza de como o CADE se portaria em face de um caso similar no qual a única diferença seja a ausência de deslealdade por parte da requerente da patente, ou seja, a obtenção de patente cujo pedido seria inadmissível, seja por desatenção do escritório de patentes ou por liminar obtida judicialmente.

Em outras palavras, diante do requerimento e posterior concessão equivocada (ainda que provisória) de uma patente que não seria plausível, seja pelo INPI ou pelo Judiciário, o CADE não poderia invocar a existência de *sham litigation* se utilizasse os critérios objetivos sugeridos pelo Conselheiro Gilvandro, ainda que os efeitos anticompetitivos seriam os mesmos daqueles produzidos no caso em tela. Não obstante, o caso Eli Lilly nos mostra que o CADE está disposto a realizar análise, ainda que superficial (nos termos da ressalva mencionada pela Ana Frazão), pelo menos sobre a plausibilidade de um pedido de patente, ou a sua alteração, bem como sobre a legislação a ser aplicada ao caso concreto. Conforme aponta a Conselheira, é possível que a defesa judicial de um direito de propriedade intelectual devidamente registrado perante as autoridades competentes seja abusiva e comprometa o ambiente concorrencial¹⁴⁶.

Essa postura da autoridade antitruste encontra respaldo em conceituada doutrina da área, como já vimos na exposição sobre a intersecção entre os campos de direito da concorrência e propriedade intelectual. A legislação pátria, por sua vez, não estipula qualquer vedação à aplicação de normas antitruste sobre o exercício de direitos

¹⁴⁵ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 344.

¹⁴⁶ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 173.

intelectuais. Pelo contrário, estabelece possíveis intervenções para contenção do abuso de propriedade intelectual, como a concessão de licença compulsória, por exemplo. Conforme apontado por Guilherme Ribas, a proteção conferida por direitos de propriedade intelectual não deve ser confundida com os impactos do bem ou serviço ofertado no mercado no qual tal criação veicula¹⁴⁷.

Merece destaque a ideia já elaborada no presente texto de que direitos de patente, na forma como são concebidos na legislação atual, invariavelmente são capazes de criar distorções artificiais nos mercados nos quais se inserem os produtos patenteados, uma vez que estes são aplicados de maneira relativamente homogênea em diferentes contextos de diferentes jurisdições. Como vimos, as características da produção tecnológica da indústria farmacêutica brasileira são significativamente diferentes da indústria farmacêutica de países desenvolvidos, onde se concentram os grandes polos produtores de inovação¹⁴⁸. Assim, são questionáveis os ganhos de incentivo à inovação em um setor que é predominantemente importador de tecnologia, em troca de preços muito mais elevados para o consumidor final.

No caso Eli Lilly, a autoridade antitruste investigou a plausibilidade do pedido de patente da farmacêutica diante de normas de propriedade intelectual e analisou o comportamento da empresa enquanto litigante em busca da concretização de seu requerimento de patente. Contudo, não há uma análise detalhada sobre os efeitos anticompetitivos desta prática configurada como abuso de propriedade intelectual. O CADE parece ter identificado o abuso, ao constatar que a concessão da exclusividade era irregular; e identificado a produção de efeitos anticompetitivos no mercado, dado que qualquer efeito negativo em concorrentes decorrente da prática irregular seria presumidamente um efeito anticompetitivo. Porém não esclarece se a concessão da patente, fosse ela em conformidade com as exigências procedimentais aplicáveis, seria caracterizada como abuso de propriedade intelectual.

Esse exercício de suposição hipotética aqui provocado, de imaginarmos um cenário no qual a patente fosse concedida pelo escritório de patentes brasileiro, não é totalmente desprovido de sentido. Conforme consta nos autos, a farmacêutica havia obtido direito de exclusividade para a comercialização do cloridato de gencitabina em

¹⁴⁷ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Direito antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 32.

¹⁴⁸ Ibid. p. 32.

diversos países, o que inclusive indica ao menos uma remota plausibilidade de sua demanda. Uma vez que a patente não foi aceita no Brasil, presume-se gravosos os prejuízos decorrentes da exclusividade provisória concedida.

A esse respeito, no entanto, Paulo Eduardo Lilla nos recorda que não deve ser presumida a obtenção de poder de mercado em decorrência da concessão de uma patente, conforme apresentado anteriormente. Direitos de patente não são capazes de garantir, em qualquer contexto, que seus titulares imponham os preços que quiserem, ignorando pressões competitivas de seus rivais¹⁴⁹.

Relembrando a exposição realizada no primeiro capítulo deste trabalho, o abuso de direitos de propriedade intelectual é caracterizado pelo uso além dos limites do poder jurídico concedido por tal direito intelectual, o que pode ocorrer por desvio de escopo ou de finalidade¹⁵⁰. A Eli Lilly pratica desvio de escopo ao induzir o poder público à concedê-la direito de exclusividade de comercialização que não lhe pode ser reivindicado, impondo a terceiros restrições a que não faz jus.

Há aqui uma questão relevante. Vimos que ao menos parte da doutrina entende que para que o abuso de direito de propriedade intelectual se configure uma infração à ordem econômica, este deve ser perpetrado por agente que detenha poder de mercado e tenha condão de causar significativos impactos à concorrência¹⁵¹. Na decisão pela condenação da Eli Lilly, entretanto, o CADE reconhece que de fato a farmacêutica não possui significativo poder de mercado, mas deve ser condenada de qualquer maneira¹⁵², pois, conforme aponta Ana Frazão, em casos de *sham litigation* o sucesso de uma demanda pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado, como ocorre no caso concreto.

Na realidade, as coisas se misturam. A prática de *sham litigation* relatada no presente trabalho serviu como instrumento para que a farmacêutica exercesse abusivamente determinado direito intelectual. O efeito do abuso intelectual e o efeito do abuso de petição são o mesmo e, como bem relatado pela Ana Frazão, podem ser

¹⁴⁹ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 69.

¹⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 45, p. 9, mar./abr.

¹⁵¹ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Direito antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 39.

¹⁵² Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 401.

suficientes para afastar concorrentes do mercado, pois são efeitos de patente. Porém, devemos considerar que direitos de patente não necessariamente vão conferir poder de mercado àquele que os exerce. É o caso do agente que possui exclusividade sobre um método de fabricar tal produto, enquanto seus concorrentes utilizam outros; e o caso do agente que cria algo tão inovador que não concorre com qualquer outro produto, pois nenhum concorrente sonhava em oferta-lo. Assim, não parece razoável descartar sumariamente a necessidade de constatação de exercício de poder de mercado e reais impactos à concorrência advindos de condutas relacionadas à abuso de propriedade intelectual, independente do instrumento utilizado para tal ser aquilo que chamamos de *sham litigation* ou qualquer outra estratégia ou circunstância que o faça.

Devemos lembrar que para além da atuação do CADE, a deslealdade processual é punida pelo próprio juízo. Da mesma forma, o pedido ilícito ou a patente ilícita deve ser decretada nula. Para que tais práticas vedadas à luz do nosso ordenamento jurídico mereçam a atenção do CADE, estas devem ser dotadas, pelo menos, de ameaça à concorrência. Porém, quando se tratam de atos ilícitos realizados na esfera da propriedade intelectual, talvez em conta da relação ainda vista por alguns como conflituosa envolvendo os dois campos do direito aqui mencionados, o CADE parece valer-se da presunção de que abuso de propriedade intelectual necessariamente conduzirá ao prejuízo concorrencial. Nesse sentido, é sintomática a frase utilizada pela Conselheira Ana Frazão: “(...) a utilização da proteção patentária de maneira indevida traz danos significativos à concorrência, uma vez que institui monopólio artificial sem que haja a contrapartida social justificadora da propriedade intelectual”¹⁵³.

No caso Eli Lilly, é relativamente fácil mensurar o prejuízo à concorrência, a posteriori, pois que já existia produto concorrente no mercado. Contudo, não podemos saber se, diante de situação verdadeiramente mais complexa e abstrata no que tange a aferição dos prejuízos reais e potenciais à concorrência, o CADE se debruçaria em análise mais detalhada necessária para tal aferição ou argumentaria, de maneira relativamente imprecisa, em prol da presunção dos efeitos anticompetitivos daquilo que cria a exclusividade de exploração e não é justificado como direito intelectual tolerado pelo antitruste.

¹⁵³ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, parágrafo 389.

Por fim, diagnosticamos que o CADE parece estar confiante sobre sua atuação incisiva em casos de abuso de propriedade intelectual com prejuízos à concorrência, porém não há grande esforço em justificar e detalhar as características e hipóteses de danos à concorrência que são capazes de acionar a proteção concorrencial.

Conclusão

A análise das polêmicas relações entre direito da concorrência e direito de propriedade intelectual é de fundamental importância para o estudo do desenvolvimento econômico e das políticas públicas comerciais e de estímulo à inovação. Em termos de política e atuação antitruste, a matéria de propriedade intelectual sempre foi e sempre será extremamente desafiadora. Podemos observar com maior familiaridade no cenário brasileiro que os limites da exclusividade de exploração comercial saudável à concorrência e a fiscalização de autoridades antitruste sobre a concessão de tais direitos não estão completamente claros, muito em conta dos diplomas relativamente recentes para melhor endereçar tais questões, mas também em vista dos avanços tecnológicos que se propagam em velocidade cada vez maior.

Nesse contexto, a condenação da Eli Lilly no CADE, caso referência na análise da interface entre direito da concorrência e direito da propriedade intelectual, ilustra de maneira interessante o que o CADE entende como direito intelectual abusivo, qual a sua competência para examiná-lo e o que deve ser considerado quanto aos seus impactos.

O presente trabalho esclarece que a legislação, a doutrina pertinente e a própria atuação do CADE deixam claro que o campo da propriedade intelectual não está imune à supervisão antitruste. Pelo contrário, o abuso de propriedade intelectual será prontamente contido e punido pelo órgão antitruste quando este afrontar a concorrência. Para tal, o CADE se mostra favorável à esmiuçada análise da atividade do INPI, decidindo sobre matérias tais como legislação aplicável à matéria de propriedade intelectual, admissão de pedidos de patente e possibilidade de alteração do pedido, dentre outras que mereceram menor destaque na análise do caso em questão.

O que ainda não está tão claro à luz da jurisprudência analisada é quando o CADE lançará mão da presunção de prejuízo à concorrência em decorrência do abuso de propriedade intelectual e fará alguma distinção entre aquilo que pode ser um abuso intelectual que nada tenha a ver com a sua competência, especialmente em casos nos quais o instrumento para concretização do abuso é a prática de *sham litigation*.

Bibliografia

BASSO, Maristela. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BORGES BARBOSA, Denis. Abuso de direitos e abuso de poder econômico. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em 08 nov. 2016.

_____. Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 45, p. 9, mar./abr. 2000. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2845/licencas_compulsorias_de_patentes_abuso_de_patentes_abuso_de_poder_economico_e_interesse_publico. Acessado em 08 nov. 2016.

_____. Jurisprudência sobre PI do CADE. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em 08 nov. 2016.

_____. Nota sobre a propriedade intelectual e a legislação, a prática e a jurisprudência brasileira em matéria de abuso de direitos e abuso de poder econômico. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em 08 nov. 2016.

_____. Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em propriedade intelectual. 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em 08 nov. 2016.

BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BORGES BARBOSA, Denis. Tratado da propriedade intelectual. v2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BORGES BARBOSA, Denis. Why intellectual property may create competition problems. 2007. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/>. Acessado em 08 nov. 2016.

Coordenadores: CAMINATI ANDERS, Eduardo; PAGOTTO, Leopoldo e BAGNOLI, Vicente. Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012.

CORDOVIL et al. Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

EPSTEIN, Richard A. Heller's gridlock economy in perspective: why there is too little, not too much, private property (13 de novembro de 2009). U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 495. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1505626> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1505626>. Acessado em 08 nov. 2016.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

HYLTON, Keith N. Antitrust law: economic theory and common law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 352.

HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust and Innovation: Where we are and where should we be going (January 18, 2012). Antitrust Law Journal, Vol. 77, 2011; U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-03. pp. 1-7. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1611265. Acessado em 08 nov. 2016.

HOVENKAMP, Herbert J. The Intellectual Property-Antitrust Interface. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-46; Issues in Competition Law, ABA, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1287628>. Acessado em 08 nov. 2016.

KLEIN, Christopher C. *Anticompetitive litigation and antitrust liability*. Department of Economics and Finance Working Papers Series: Agosto de 2007, p. 3. Disponível em: <http://capone.mtsu.edu/berc/working/SHAM07WP.pdf>. Acessado em 08 nov. 2016.

KWOKA JR. John E. e WHITE, Lawrence J. The antitrust revolution: economics, competition and policy. Nova York: Oxford University Press, 2004.

LABRUINE, Jacques. Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades. Barueri: Manole, 2006.

LEMLEY, Mark. Faith-based intellectual property. (Março 30, 2015). 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper no. 2587297. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2587297>. Acessado em 08 nov. 2016.

LEMLEY, Mark. Property, intellectual property and free riding. Paper disponível em: <http://ssrn.com/abstract=582602>. Acessado em 08 nov. 2016.

LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Organizador: MARTINEZ, Ana Paula. Temas atuais de direito da concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2012.

Organizador: MATTOS, César. A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Editora Singular, 2003.

Organizadores: PARANAGUÁ, Pedro e TIMM, Luciano Benetti. Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008. Páginas 167-215.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e CASAGRANDE, Leonardo. Direito concorrencial: doutrina jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, direito concorrencial e interesse público. Revista CEJ, Brasília, n. 35 p. 12-19, out/set. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. Editora Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1961.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. Direito antitruste: aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito do autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011.

STIGLITZ, Joseph. Economic foundations of intellectual property rights. *Duke Law Journal*. N. 57, 2007-2008, p. 1693-1742. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>. Acessado em 08 nov. 2016.

TOM, W. NEWBERG, J. Antitrust and intellectual property: from separate spheres to a unified field. *Antitrust Law Journal*, v. 66, 1997. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/40843395?seq=1#page_scan_tab_contents. Acessado em 08 nov. 2016.

WHISH, Richard. Competition Law. 6. ed. Nova York: Oxford University Press, 2009.