

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**DANIEL LEMOS DE OLIVEIRA MATTOSINHO**

**O EXERCÍCIO ANTICOMPETITIVO DA PROPRIEDADE  
INTELECTUAL DE PLANTAS NA ARGENTINA E NO BRASIL:  
UM ESTUDO SOBRE A INTERFACE ENTRE COMÉRCIO  
INTERNACIONAL E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA**

**FRANCA**

**2013**

**DANIEL LEMOS DE OLIVEIRA MATTOSINHO**

**O EXERCÍCIO ANTICOMPETITIVO DA PROPRIEDADE  
INTELECTUAL DE PLANTAS NA ARGENTINA E NO BRASIL:  
UM ESTUDO SOBRE A INTERFACE ENTRE COMÉRCIO  
INTERNACIONAL E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada à Faculdade Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Adjunta Jete Jane Fiorati

**FRANCA**

**2013**

Mattosinho, Daniel Lemos de Oliveira

O exercício anticompetitivo da propriedade intelectual de plantas na Argentina e no Brasil : um estudo sobre a interface entre o comércio internacional e política de concorrência / Daniel Lemos de Oliveira Mattosinho. – Franca : [s.n.], 2013

239 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Jete Jane Fiorati

1. Propriedade intelectual. 2. Concorrência. 3. Agricultura – Transferencia de tecnologia. 4. Comércio – Regulamentação. I. Título.

CDD – 342.27

**DANIEL LEMOS DE OLIVEIRA MATTOSINHO**

**O EXERCÍCIO ANTICOMPETITIVO DA PROPRIEDADE  
INTELLECTUAL DE PLANTAS NA ARGENTINA E NO BRASIL:  
UM ESTUDO SOBRE A INTERFACE ENTRE COMÉRCIO  
INTERNACIONAL E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada à Faculdade Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Profa. Adjunta Jete Jane Fiorati**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.**

*À memória de meu avô Martinho da Silva Lemos, minha inspiração para a carreira jurídica, modelo de conduta ética e proba – atitudes ultimamente tão escassas e tão esquecidas neste mundo.*

## AGRADECIMENTOS

“Existir não é viver separado.” Esta frase, de autoria de um querido tio, embora singela, transmite a premissa sobre a qual expressei os agradecimentos àqueles que contribuíram com o presente trabalho: sua concepção e desenvolvimento somente foram possíveis graças às pessoas com quem tive o privilégio de conviver, dialogar, e, acima de tudo, aprender. Com elas divido todos os méritos e delas isento todas as imperfeições existentes neste trabalho.

Inicialmente, agradeço a toda minha família, nas sempre especiais pessoas de minha mãe Geisa, meu pai Joaquim e minha irmã Marina. De todos, mas especialmente destes, recebi total apoio para desenvolver este trabalho – apoio este que traduz uma ínfima parte do amor e o carinho que deles sempre recebi, ao melhor estilo George Harrison – *♪ Give me love / Give me peace on earth / Give me light / Give me life / Keep me free from birth / Give me hope / Help me cope, with this heavy load / Trying to, touch and reach you with, / Heart and soul ♪*.

Agradeço à Professora Jete Jane pela inesgotável paciência, atenção e – acima de tudo – confiança em mim depositados durante a orientação. Acadêmica no sentido mais refinado da palavra, a ela devo meu interesse pelo Direito do Comércio Internacional e, sobretudo, a inspiração para seguir o caminho da academia – uma via tortuosa, insegura, mas que, se bem trilhada, pode trazer recompensas superiores a qualquer dinheiro ou conforto da vida terrena.

À Érika, agradeço, acima de tudo, por me deixar fazer a sua vida mais doce. Interlocutora, confidente, amiga, namorada: tantas personagens, uma só pessoa. Pessoa que, nos bons e nos maus momentos, esteve sempre ali, do meu lado, sem eu precisar procurar. No dizer de Adamson e Young, nas insuperáveis vozes de Sinatra e King Cole: *♪ Around the world / I've searched for you / I traveled on when hope was gone / To keep a rendezvous / I know somewhere, sometime, somehow / You'd look at me / And I would see the smile you're smiling now / No more will I go all around the world / For I have found my world in you ♪*.

À Professora Paula Forgioni, da Faculdade de Direito da USP, agradeço pela oportunidade de cursar, como aluno especial, a disciplina “Poder Econômico e Direito”, oferecida no curso de pós-graduação daquela faculdade, cujas reflexões foram imprescindíveis para a compreensão do fenômeno do poder econômico, tal como aqui exposta.

Sou grato ao empenho da Professora Sandra C. Negro, vice-diretora do CEIDIE, da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, sem o qual eu não teria a oportunidade de realizar o intercâmbio que originou a pesquisa ora apresentada.

Agradeço ao Professor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, meu “tutor” em Buenos Aires, por, desde nosso primeiro encontro, ter-me franqueado seu escritório, sua biblioteca e sua rede de contatos. Acima de tudo, agradeço às valiosíssimas *charlas*, em que aprendi a enxergar a Política da Concorrência como uma das poucas saídas, senão a única, para a secular cultura latino-americana de centralização da busca pelo poder econômico na conquista de monopólios conferidos pelo Estado, ao revés da busca da inovação e da eficiência.

Agradeço ao Professor Alfredo José dos Santos, meu orientador nos bancos de graduação e importante interlocutor na pós-graduação, com quem vivamente discuti este ramo complexo e estimulante que é o Direito Econômico.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, agradeço pelo ambiente fértil de proliferação de ideias e de debates.

Aos amigos pós-graduandos Vinicius Wohnrath, Danilo Carlotti, Guilherme Duarte, Sylvio Alarcon, Pablo Vásquez e Ramón di Salvo, com quem debati não só o Direito, mas a problemática de seu ensino e sua pesquisa.

Aos funcionários da Biblioteca da UNESP/Franca, na pessoa de sua diretora Laura Odette Dorta Jardim, agradeço pela pronta disponibilidade às solicitações e indagações.

A todos os companheiros – de quase sete anos – de jornada em Franca, com especial menção aos moradores e agregados da República Sorosa, agradeço nas palavras de Renato Teixeira: *♪A amizade sincera é um santo remédio / É um abrigo seguro / É natural da amizade / O abraço, o aperto de mão, o sorriso / Por isso se for preciso / Conte comigo, amigo disponha / Lembre-se sempre que mesmo modesta / Minha casa será sempre sua♪.*

Agradeço também à CAPES e à AUIP pelos auxílios conferidos, sem os quais este trabalho não seria viabilizado.

Por fim, agradeço à minha *alma mater* UNESP/Franca, sem a qual nunca seria possível conjugar todos os diversos elementos acima mencionados.

– Sabes? Parece-me que vou ter de deixar meu trabalho. Sempre a mesma e eterna história. Não há melhor começo. “Estamos sempre contentes diante do trabalho honesto. Quanto às ideias, sobretudo às ideias novas, isto nos agrada ainda mais. Como não apreciá-las? Seja bem-vindo. Trabalhe, lute, procure.” Mas com a experiência, percebemos que por ideias só se quer dizer suas aparências, a moldura verbal que acompanha a exaltação da revolução e das autoridades no poder. É fatigante. E não é o meu gênero. Sem dúvida, têm eles razão. De certo, não estou com eles. Mas tenho dificuldade de aceitar a ideia de que são eles os heróis, as luzes, e que eu não sou senão um homenzinho mesquinho, partidário das trevas e da escravização do homem.

**Doutor Jivago,** Boris Pasternak

MATTOSINHO, Daniel Lemos de Oliveira. **O exercício anticompetitivos da propriedade intelectual de plantas na Argentina e no Brasil:** um estudo sobre a interface entre comércio internacional e política de concorrência. 2013. 239f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

## RESUMO

A consolidação do sistema multilateral de comércio constitui uma das mais significativas transformações ocorridas na estrutura econômica internacional no séc. XX. No séc. XXI, um dos principais desafios a serem enfrentados por tal sistema se refere à tarefa de compatibilização entre suas regras e princípios e as atuações das políticas nacionais, identificando-se como um dos pontos de partida para tal compatibilização a correção das externalidades negativas eventualmente geradas em função das atividades produtivas e dos fluxos internacionais de comércio. É especificamente em função deste aspecto que se reconhece na política de concorrência um dos principais instrumentos de correção de externalidades negativas, razão por que se entende que sua adequada implementação constitui uma das formas pelas quais se pode legitimamente restringir os fluxos internacionais de comércio. Destaque-se, por outro lado, que o sistema multilateral de comércio foi um dos responsáveis pela harmonização dos regramentos nacionais de propriedade intelectual. Especificamente no que tange à propriedade intelectual de plantas, o TRIPS e as convenções da UPOV constituem as principais fontes internacionais que fundam os ordenamentos nacionais de propriedade intelectual de plantas. Assim, tendo em vista, de um lado, a importância econômica e política da agricultura para Brasil e Argentina, assim como o fato de que a utilização de tecnologia – sobretudo da tecnologia aplicada em plantas – constitui uma das principais razões para o êxito da agricultura em tais países e, de outro, o fato de que o exercício da propriedade intelectual de plantas pode gerar externalidades negativas sobre as estruturas econômicas brasileira e argentina, emerge a atuação da política de concorrência como um dos principais instrumentos – senão o único – pelos quais tais externalidades podem ser corrigidas. À medida que a casuística estrangeira, principalmente a argentina, demonstra, na prática, alguns dos possíveis efeitos nocivos de tais externalidades negativas, entende-se extremamente válida, e necessária, a atuação da política de concorrência brasileira sobre os mercados de propriedade intelectual de plantas, visando ao correto funcionamento de tais mercados e ao aprimoramento da produção agrícola brasileira.

**Palavras-chave:** Comércio Internacional, Política de Concorrência, Propriedade Intelectual de Plantas, Argentina, Brasil.

MATTOSINHO, Daniel Lemos de Oliveira. **O exercício anticompetitivo da propriedade intelectual de plantas na Argentina e no Brasil: um estudo sobre a interface entre comércio internacional e política de concorrência.** 2013. 239f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

## ABSTRACT

The consolidation of the multilateral trade system is one of the most significant achievements occurred over the international economic structure in the 20<sup>th</sup> century. In the 21<sup>th</sup> century, one of the greatest challenges to be faced by such system refers to the task of matching its rules and principles to national policies, which can be achieved, at first, by the correction of negative externalities generated from economic activities and international trade flows. This aspect encompasses the fact the competition policy is one of the main instruments used to correct negative externalities, for which it is understood that its adequate implementation constitutes one of the ways that one can legitimately restrict international trade flows. On the other hand, it must be emphasized that the multilateral trade system is one the main responsible for the harmonization of national rules related to intellectual property. Regarding plants intellectual property, the TRIPS and the UPOV conventions constitute the main international regulation that found the national rules related to intellectual property of plants. Therefore, given the economic and politic importance of agriculture for Brazil and Argentina, as well as the fact that the use of technology – especially the technology regarded to plants – constitutes one of the main reasons to the success of the agriculture on such countries, on one hand, and the fact that the use of intellectual property of plants may generate negative externalities over brazilian's and argentine's economic structures, on the other hand, the implementation of competition policy arises as one of the main instruments – if not the only – for which such externalities might be corrected. Given the fact that foreign cases, mainly the argentine ones, demonstrate, in practice, some of the possible pernicious effects that those externalities may cause, it is understood that the implementation of the brazilian competition policy over the markets of intellectual property of plants is not only valid, but needed, aiming the correct functioning of such markets and the improvement of brazilian agriculture.

**Keywords:** International Trade, Competition Policy, Intellectual Property of Plants, Argentina, Brazil.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                                                                             | <b>11</b>  |
| <b>CAPÍTULO 1 DO INTERNACIONAL AO NACIONAL: UMA APROXIMAÇÃO<br/>ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS POLÍTICAS<br/>NACIONAIS .....</b>                                                              | <b>19</b>  |
| 1.1 A ambiência econômico-jurídica internacional: uma abordagem conspectiva .....                                                                                                                  | 19         |
| 1.2 O sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais: esboço para uma<br>necessária integração.....                                                                                     | 39         |
| <b>CAPÍTULO 2 POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: FUNDAMENTOS,<br/>RELAÇÃO COM O COMÉRCIO INTERNACIONAL E<br/>REGRAMENTOS NACIONAIS .....</b>                                                      | <b>63</b>  |
| 2.1 Dos fundamentos da política de concorrência aos pressupostos de sua integração com<br>o comércio internacional.....                                                                            | 63         |
| 2.2 Fundações dogmáticas da política de concorrência: os regramentos nacionais .....                                                                                                               | 88         |
| 2.2.1 <i>Política de concorrência no Brasil: a tutela do abuso de poder econômico .....</i>                                                                                                        | <i>90</i>  |
| 2.2.2 <i>Política de concorrência na Argentina: a tutela do interesse econômico geral .....</i>                                                                                                    | <i>101</i> |
| <b>CAPÍTULO 3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PLANTAS: PERSPECTIVA<br/>DOGMÁTICA, FUNÇÃO ECONÔMICA E RELEVÂNCIA<br/>POLÍTICA .....</b>                                                                | <b>111</b> |
| 3.1 A propriedade intelectual de plantas nos ordenamentos jurídicos nacionais:<br>apontamentos sobre os suportes dogmáticos .....                                                                  | 111        |
| 3.1.1 <i>Disciplina jurídica da propriedade intelectual de plantas no Brasil.....</i>                                                                                                              | <i>111</i> |
| 3.1.2 <i>Disciplina jurídica da propriedade intelectual de plantas na Argentina.....</i>                                                                                                           | <i>126</i> |
| 3.2 A propriedade intelectual de plantas no direito internacional: um prisma jus-<br>econômico do acordo TRIPS e das convenções da UPOV .....                                                      | 135        |
| 3.3 Função econômica e relevância política da propriedade intelectual de plantas:<br>evidência a partir do participação da agricultura nas estruturas econômicas do<br>Brasil e da Argentina ..... | 150        |

|                                                                                                                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO 4 A INCIDÊNCIA DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PLANTAS: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS, CASUÍSTICA ARGENTINA E APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>             | <b>162</b> |
| <b>4.1 Pressupostos para a aplicação da política de concorrência sobre os direitos de propriedade intelectual .....</b>                                                                                | <b>167</b> |
| <b>4.2 A casuística estrangeira relativa à propriedade intelectual de plantas: o paradigmático caso Monsanto v. Argentina .....</b>                                                                    | <b>181</b> |
| <b>4.3 A atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas no Brasil: suporte fático dos litígios judiciais e conjecturas a partir do caso Monsanto v. Argentina.....</b> | <b>197</b> |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>                                                                                                                                                                                 | <b>214</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>                                                                                                                                                                               | <b>229</b> |

## INTRODUÇÃO

Conforme as lições apreendidas em meio à disciplina “Metodologia da Pesquisa Jurídica”, ministrada por nosso Professor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, a Introdução constitui o “polimento final” de um trabalho acadêmico: segundo nosso professor, muito mais que apresentar o leitor e o examinador à matéria exposta e discutida pelo trabalho, a Introdução corresponde à seção na qual o autor tenta provocar, envolver o leitor, o examinador da obra, expondo sucintamente seus processos de pesquisa, suas motivações, seus anseios, as dificuldades enfrentadas. Em poucas palavras: a Introdução corresponde à descrição, à síntese do caminho que o autor percorreu entre o início e o fim da investigação ora instrumentada.

Perceba-se, assim, que tal exposição demandaria de seu autor níveis tais de sinceridade e de humildade que certamente não seria possível alcançar por meio de uma redação científica e acadêmica – ainda mais por se tratar de um trabalho jurídico, em que as formalidades são ainda mais exacerbadas. Por esta razão, e pedindo-se licença aos leitores e aos examinadores do presente trabalho, a presente Introdução primará pela utilização de uma linguagem coloquial, despreocupada de maiores formalismos, como forma de tentar transparecer a reclamada sinceridade e humildade deste Autor – opção esta que, ressalta-se, se restringe exclusivamente a esta seção do trabalho.

Neste sentido, nosso ingresso junto ao programa de pós-graduação se deu mediante um projeto de pesquisa que tinha por objetivo investigar, basicamente, a atuação da política de concorrência sobre os contratos internacionais de transferência de tecnologia. À época, tratava-se de um projeto que correspondia, grosso modo, a uma continuidade de nossos estudos desenvolvidos nos bancos da graduação, voltados à análise das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) relativas aos direitos de propriedade intelectual. Perceba-se, desde logo, que o ingresso na pós-graduação tinha por objetivo tratar, numa só pesquisa, a relação entre o sistema multilateral de comércio (contratos internacionais), a política de concorrência e a propriedade intelectual (transferência de tecnologia).

Entretanto, conforme o desenvolvimento das leituras, das pesquisas e dos trabalhos relativos às disciplinas do curso de pós-graduação, cresceu em nossas reflexões a noção de que, caso fosse desenvolvida nos termos do projeto apresentado na seleção da pós-

graduação, a pesquisa então instrumentada traria resultados excessivamente abstratos e etéreos. Foram fundamentais ao estabelecimento desta noção as disciplinas “Direito ao Desenvolvimento e Relações Internacionais”, ministrada pela Professora Jete Jane Fiorati e “Poder Econômico e Direito”, ministrada pela Professora Paula Forgioni e pelo Professor Artur Barrionuevo junto à pós-graduação em direito da Universidade de São Paulo (USP), cursada na condição de aluno especial.

Por conta de tal noção, passamos a direcionar nossas leituras e pesquisas a fim de que a pesquisa fosse direcionada a um mercado ou setor econômico específico: buscava-se, portanto, identificar um mercado em que houvesse a prática de transferências de tecnologia por meio de contratos internacionais, bem como sobre o qual existisse uma substancial atuação do CADE, autoridade concorrencial brasileira. Após um significativo período de reflexão, marcado por intensas leituras, pesquisas e discussões travadas com nossa orientadora, foram identificados dois mercados que apresentavam as características acima mencionadas: o mercado de medicamentos e o mercado de telefonia.

Contudo, antes que se pudesse efetuar a escolha por um dos supramencionados mercados, fomos contemplados com uma bolsa de estudos para participar de um intercâmbio junto à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, fato este que nos obrigaria, invariavelmente, a alterar nosso projeto, de forma que o mesmo também passasse a abranger, de alguma forma, a situação argentina. Em síntese: ademais de escolher um mercado sobre o qual a pesquisa seria direcionada, também seria necessário ampliar o foco da pesquisa para o contexto argentino.

Assim, nossa intenção era a de, após nosso estabelecimento em Buenos Aires, investigar os mercados argentinos de medicamentos e de telefonia, a fim de identificar aquele com maior relevância em termos de transferência de tecnologia e atuação da política de concorrência, bem como cuja comparação ou contraposição ao seu correspondente brasileiro se mostrasse mais frutífero.

Entretanto, ao expressar esta nossa intenção ao Professor Guillermo Cabanellas, interlocutor – e, de certa forma, “tutor” – a nós designado pelo Centro de Estudos Interdisciplinares em Direito Econômico e Industrial (CEIDIE), departamento da Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires (UBA) ao qual estávamos vinculados, este nos aconselhou, desde logo, a não direcionar nossas pesquisas para aqueles mercados: as discussões concorrenciais existentes em tais mercados seriam, ao menos sob a perspectiva

argentina, eminentemente políticas (no caso dos medicamentos) e incipientes (no caso da telefonia).

Acatando os conselhos do Professor Cabanellas, regressamos ao estágio de identificar, desta vez sob a perspectiva da Argentina, mercados em que ocorresse a transferência de tecnologia por meio de contratos internacionais, bem como sobre o qual existisse uma atuação da política de concorrência consistente.

Neste sentido, foi de fundamental importância o auxílio prestado pelo Professor Cabanellas, que nos franqueou sua extensa rede de contatos de forma que pudéssemos identificar, a partir de discussões com profissionais argentinos ligados à defesa da concorrência e à propriedade intelectual, um mercado que, ademais de reunir as características acima mencionadas, fosse estrategicamente relevante – em termos econômicos e políticos – para Argentina e também para o Brasil. Foi precisamente a partir de uma dessas reuniões, particularmente a que travamos com Iván Poli, importante profissional da área da propriedade intelectual na Argentina, que emergiu o tema da propriedade intelectual sobre plantas, o qual terminou por ser o escolhido para o desenvolvimento do trabalho.

Finalizando o processo que conduziu à escolha da propriedade intelectual de plantas, foram de grande esclarecimento as discussões que tivemos com o Professor Carlos M. Correa, diretor do CEIDIE. Não só pelo fato de que tais discussões nos levaram ao conhecimento do paradigmático caso Argentina v. Monsanto – que, como se verá, foi de fundamental importância para o presente trabalho –, mas especificamente pelo fato de o Professor Correa ter compartilhado conosco sua experiência de ter atuado como advogado consultor nas ações movidas pela Monsanto nos países europeus – particularmente, na parte contrária a esta companhia.<sup>1</sup>

Foi por conta dos aspectos acima mencionados, assim, que se definiu como objetivo do presente trabalho identificar, a partir da comparação com o ordenamento e casuística argentina, os fundamentos pelos quais o Brasil poderia implementar, de modo coerente com o sistema multilateral de comércio, sua política de concorrência sobre o campo dos direitos de propriedade intelectual de plantas.

Como objetivos auxiliares, foram definidos: (i) apresentar as bases da formação do sistema multilateral de comércio e de sua relação com a política de concorrência

---

<sup>1</sup> A principal reflexão que tivemos destas discussões, e que tentamos apresentar ao longo do trabalho, pode ser assim sintetizada: quem controla a produção agrícola de um país, controla parcela substancial do poder político deste país.

e a propriedade intelectual, bem como destas entre si; (ii) verificar os pressupostos para a atuação da política de concorrência e os regramentos concorrenciais brasileiro e argentino; (iii) verificar as fontes internacionais, brasileira e argentina da propriedade intelectual de plantas, bem como os aspectos econômico e políticos a esta associados.

Essencialmente, identificamos a necessidade de implementação desta política a partir da importância política e econômica que a agricultura desempenha para ambos o Brasil e a Argentina, bem como em razão do fato de que a tecnologia aplicada a plantas constitui um dos principais motivos da alta produtividade, e consequente competitividade, da agricultura em tais países.

Isto, pois, à medida que o correto e adequado funcionamento de um setor econômico (no caso, a agricultura) depende, dentre outros fatores, do modo pelo qual a tecnologia (especificamente, a tecnologia aplicada a plantas) é utilizada, deveria o Estado atuar de forma que tal utilização se dê igualmente de modo correto e adequado. Dadas as particularidades e os atributos específicos da proteção jurídica conferida à tecnologia, identificamos na política de concorrência um dos principais instrumentos pelo qual o Estado legitimamente pode obter tal modo de utilização da tecnologia.

Contudo, à medida que a produção agrícola corresponde a um dos principais elementos da pauta de exportações do Brasil e Argentina, bem como um dos elementos que confere protagonismo político e econômico a ambos os países em nível internacional – particularmente em discussões e fóruns relativos à agricultura –, entendemos necessário adicionar ao contexto anteriormente exposto o sistema multilateral de comércio.

A nosso ver, a adição do sistema multilateral de comércio como elemento de análise do presente trabalho se justifica essencialmente por duas razões: (i) o fato de que tal sistema constitui um fórum no qual se agrupam todas as políticas nacionais relativas ao comércio – dentre as quais se pode incluir a política de concorrência – que os países membros manifestam; (ii) o fato de que de tal sistema emanam as principais diretrizes que norteiam os regramentos nacionais de propriedade intelectual dos países membros.

Perceba-se que, a partir do raciocínio acima esboçado – devidamente aprofundado ao longo do trabalho –, a pesquisa ora instrumentada manteve, ainda que indiretamente, nosso objetivo de pesquisa quando do ingresso junto ao programa de pós-graduação: ainda que expostos sob a perspectiva dos objetivos acima mencionados, o presente trabalho foi pautado de forma a estabelecer uma relação – ou mesmo um modo de interação –

entre os ramos jurídicos do comércio internacional, da política de concorrência e da propriedade intelectual.

Assim, como forma de alcançar os objetivos propostos, entendemos necessário realizar o corte transversal de diversos segmentos do conhecimento – trata-se, portanto, de um trabalho de cunho transdisciplinar. Tal corte foi particularmente reclamado pelo estabelecimento da mencionada relação “sistema multilateral de comércio - política de concorrência - propriedade intelectual”: ainda que tais segmentos sejam relativamente autônomos e tenham suas peculiaridades, tal fato não pode ser entendido como seu necessário isolamento do resto do sistema a que pertencem. Ao contrário, percebemos que a correta compreensão de tais segmentos só pode ser alcançada se efetuada a partir de sua relação com o próprio sistema ou com os segmentos a que são afins.

Exemplo por excelência de tal fato se dá pela disciplina da propriedade intelectual de plantas: a correta compreensão das normas brasileiras e argentinas relativas à propriedade intelectual de plantas perpassa, necessariamente, pelo processo de harmonização das normas de propriedade intelectual induzido pelo sistema multilateral de comércio. Neste mesmo sentido, seria praticamente impossível compreender os fundamentos da propriedade intelectual de plantas sem que fossem apresentados os processos biotecnológicos que dão origem às plantas transgênicas e às variedades de plantas.

Da mesma forma, a compreensão do funcionamento do sistema multilateral de comércio e da atuação da política de concorrência, bem como da relação entre os mesmos, não poderia prescindir de conceitos econômicos, como as vantagens comparativas, a eficiência, a concorrência perfeita, as externalidades, os mercados relevantes.

Entendemos que esta (necessária) transdisciplinariedade possa ter ofuscado o enfoque jurídico do presente trabalho. Contudo, dado que o presente trabalho tem como objeto principal a atuação da política de concorrência, entendemos quase inescapável esta ofuscação, pois, como diz Forgioni: “[...] a aplicação das regras antitruste encerra sempre, ainda que veladamente, uma opção política. Transcurar essa dimensão da disciplina da

concorrência impede sua adequada compreensão, reduzindo-a à simplicidade apenas aparente.”<sup>2</sup>

Com efeito, para a apreciação das fontes utilizadas no presente trabalho, empregamos primordialmente o método indutivo-dedutivo. Pelo primeiro, realizamos a análise do objeto de estudo e formamos conclusões gerais a partir de situações específicas do sistema concorrencial; a importância deste método é refletida na exposição dos regramentos brasileiros e argentinos que fundam a política de concorrência e a propriedade intelectual de plantas.

Já pelo segundo, partimos da análise de situações mais amplas para o entendimento de situações específicas; assim, o método dedutivo foi empregado no estabelecimento das relações entre o sistema multilateral de comércio e a política de concorrência, entre o sistema multilateral de comércio e os regramentos nacionais de propriedade intelectual de plantas e nos pressupostos para a interface entre a política concorrência e a propriedade intelectual de plantas.

Também foi essencial o emprego do método comparativo, para mensuração da influência de acontecimentos, processos e instituições dos direitos estrangeiros aplicáveis ao tema – em especial do direito argentino –, no escopo de bem compreender a natureza e a função dos institutos da propriedade intelectual de plantas. Correlato a tal método, utilizamos alguns instrumentais da análise econômica do direito, a fim de fundamentar e justificar as atuações da política de defesa da concorrência e o funcionamento do sistema multilateral de comércio, como evidenciar as funções econômica e política da propriedade intelectual de plantas.

Por fim, a partir da junção das conclusões obtidas com o emprego dos métodos acima analisados, partiu-se para a análise da casuística argentina e brasileira relativa à propriedade intelectual de plantas (a primeira envolvendo a política de concorrência, a segunda não), visando ao estabelecimento das bases para uma possível, e necessária, implementação da política de concorrência no Brasil sobre a propriedade intelectual de plantas.

---

<sup>2</sup> Complementa a Autora: “Esconder o mote político traz consigo a admissão do livre comportamento dos agentes econômicos como única forma de alocar recursos na sociedade, desprezando – ou procurando impedir – emprego de ferramentas que visem a subjugar os determinismos econômicos. Longe de serem naturais, os mercados são políticos.” FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 12.

As dificuldades que enfrentamos na pesquisa, e que se fizeram sentir ao longo do trabalho, podem ser essencialmente sintetizadas na ausência de dados, particularmente dados econômicos, relativos à propriedade intelectual de plantas. Ao menos até o momento de conclusão do presente trabalho, não conseguimos encontrar quaisquer pesquisas ou estudos, brasileiro e argentinos, que indicassem as culturas em que a propriedade intelectual de plantas – afora os exemplos citados da soja, algodão e milho – é utilizada, tampouco quais os percentuais de utilização desta tecnologia em relação ao total produzido.

Da mesma forma, não conseguimos encontrar dados que indicassem ou sustentassem quais são os agentes econômicos que atuam nos mercados em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada, tampouco delimitamos ou identificamos as estruturas de tais mercados. Por óbvio, não se pode afirmar peremptoriamente a inexistência de quaisquer destes dados acima mencionados. Contudo, o fato de não os termos encontrado reflete, no mínimo, que os mesmos não estão acessíveis ao público em geral.

Ainda que indiretamente, os fatos acima expostos reforçam a necessidade de implementar a política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas: ademais dos fatores relativos à utilização da propriedade intelectual de plantas em conformidade com os interesses econômicos e políticos brasileiros e argentinos, tal implementação possibilitaria a disponibilização dos dados supramencionados, os quais poderiam eventualmente ser utilizados na implementação de outras políticas nacionais – v.g., distribuição da tecnologia aplicada a plantas para os pequenos produtores, disponibilização de auxílio técnico e de financiamentos para o desenvolvimento de novas tecnologias, diagnóstico da eficiência das tecnologias aplicadas a plantas.

Diante deste cenário, o presente trabalho foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro, procuramos apresentar as bases que propiciaram o surgimento e a consolidação do sistema multilateral de comércio, atentando, posteriormente, ao estabelecimento das bases para sua relação com as políticas nacionais, sintetizadas na necessidade de sanar e corrigir as externalidades negativas geradas em função dos fluxos internacionais de comércio.

No segundo capítulo, expomos a política de concorrência como um instrumento de correção e de sanção à geração de externalidades negativas, atentando especificamente para a sedimentação de sua relação com o sistema multilateral de comércio. Posteriormente, apresentamos os regramentos nacionais que suportam a atuação da política de concorrência no Brasil e na Argentina.

Já no terceiro capítulo, tratamos de apresentar os regramentos brasileiro e argentino relativos à propriedade intelectual de plantas, evidenciando a grande semelhança entre ambos. Esta semelhança, conforme se verifica posteriormente, decorre das fontes internacionais da propriedade intelectual de plantas, a partir da qual se evidenciam primeiramente as funções e a importância econômicas e políticas da propriedade intelectual de plantas. Como forma de complementar a importância da propriedade intelectual de plantas, demonstramos a participação da agricultura na balança de pagamentos e no PIB de Brasil e Argentina.

Por fim, no quarto capítulo, a partir da importância política e econômica da agricultura, evidenciamos a necessidade de Brasil e Argentina implementarem políticas nacionais, particularmente a política de concorrência, sobre a propriedade intelectual de plantas. Para tanto, apresentamos alguns pressupostos básicos para a interface entre a política de concorrência e a propriedade intelectual.

Tendo em vista estes pressupostos, passamos à análise da casuística estrangeira, particularmente a argentina, relativa à propriedade intelectual de plantas. A partir da análise desta casuística, bem como levando em conta os fatos narrados em lides brasileiras relativas à propriedade intelectual de plantas, apresentamos os argumentos e as bases para uma futura implementação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas no Brasil.

Em apurada síntese, os aspectos acima expostos refletem o contexto no qual surgiu o presente trabalho, as motivações que tivemos para sua justificativa e as dificuldades que enfrentamos ao longo de sua construção. Por certo, mais aspectos irão transparecer no decorrer de sua leitura, corroborando e acrescentando novas motivações, anseios e dificuldades que ameahamos ao longo de sua pesquisa e redação. Entendemos, porém, que os aspectos contidos nesta introdução mais fielmente traduzem os sentimentos de sinceridade e humildade apontados em suas primeiras linhas.

## CAPÍTULO 1 DO INTERNACIONAL AO NACIONAL: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS POLÍTICAS NACIONAIS

*The raw fact is that every successful example of economic development this past century – every case of a poor nation that worked its way up to a more or less decent, or at least dramatically better, standard of living – has taken place via globalization, that is, by producing for the world market rather than trying for self-sufficiency.*<sup>3</sup>

Paul Krugman

### 1.1 A ambiência econômico-jurídica internacional: uma abordagem conspectiva

Costuma-se dizer que a capacidade de adaptação do ser humano aos eventos da natureza constitui um dos principais fatores responsáveis por sua supremacia. Muito mais que isto: esta capacidade de adaptação, inicialmente incipiente e reduzida, converteu-se, mais tarde, numa verdadeira capacidade de transformação e adaptação do lócus onde o ser humano vive às suas necessidades e interesses. Segue-se, assim, uma série de eventos, com intensidades cada vez maiores, mais velozes e mais densos, pelos quais o ser humano interveio e modificou a realidade, culminando em sua capacidade de sobreviver e habitar quaisquer ambientes do planeta.

Neste sentido, um elemento chave deve ser destacado: a tecnologia. Isto, pois, foi graças à tecnologia que o ser humano conseguiu alterar seu habitat: desde a capacidade de construir abrigos, passando pela agricultura, pecuária, irrigação, fabricação de mercadorias, desembocando no planejamento urbano, nas técnicas de cuidado à saúde, tudo encontra origem na capacidade do ser humano de, não só se adaptar às diversidades de seu meio, mas também de contorná-las, superá-las e mesmo domesticá-las.

Já há muito tempo praticamente não existe qualquer local ou adversidade que, graças à tecnologia, não possa ser superada ou submetida à vontade do ser humano. Não por isso a tecnologia deixou de ter sua importância: antes verificada como elemento pelo qual o

---

<sup>3</sup> KRUGMAN, Paul. **The great unraveling**: losing our way in the new century. New York: W.W. Norton, 2003. p. 368.

ser humano superava as adversidades e dificuldades, nota-se que a tecnologia passa a desempenhar a função de assegurar a comodidade e, sobretudo, a eficiência para e sobre a vida humana. Tal afirmação é verificada a partir de momentos-chave cuja exposição se passa a realizar.

Na Idade Média, verifica-se o surgimento das corporações de ofício, as quais detinham o domínio restrito dos conhecimentos empregados em determinado ofício ou profissão, seja ele artesanal ou manual, que, por sua vez, podem ser consideradas como organizações cujo único fim era efetivamente a manutenção e o desenvolvimento tecnológico, com o qual asseguravam para si, direta e exclusivamente, a produção – e, mais importante, a produção com eficiência – dos mais diversos bens, dos essenciais, como aqueles relacionados à produção de alimentos, até os supérfluos, como vestimentas e adornos pessoais.<sup>4</sup>

O segundo momento histórico corresponde à Revolução Industrial, que ocasionou profundas mudanças no processo produtivo, as quais impactaram sobre o arranjo econômico e social desde então. A Revolução Industrial implicou na superação do trabalho humano – ou, de modo mais específico, do trabalho mecânico ou do trabalho “braçal” humano – pelo da máquina, impondo uma nova relação entre o capital e o trabalho, a qual, anteriormente dada a partir da compra do produto do trabalho pelo capital, passou a ser representada pela compra do próprio trabalho ou força de trabalho pelo capital. Tal momento foi marcado pelo surgimento e sobreposição de ferramentas, máquinas, produtos ou técnicas por outros instrumentos que, independentemente de suas finalidades, terminaram por agilizar a produção, atribuindo-lhe maior eficiência e reduzindo seus custos. Novamente nota-se o papel da tecnologia: graças à agregação e aplicação dos conhecimentos e técnicas gerados e mantidos desde a época das corporações de ofício que se possibilitou o desenvolvimento das tecnologias, as quais, por sua vez, possibilitaram a criação e o aprimoramento das máquinas que deram o impulso à Revolução Industrial.<sup>5</sup>

Corresponde a era contemporânea ao último momento histórico de que se vale para evidenciar o papel da tecnologia, sendo o mesmo intitulado “capitalismo informacional”<sup>6</sup>. Conforme pode ser extraído de sua própria denominação, trata-se de um momento em que,

---

<sup>4</sup> GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Lisboa: Signo, 1980. p. 39.

<sup>5</sup> Hobsbawm diz que “[...] para explicar a explosão imprevista da revolução industrial, não se deve invocar o *deus ex machina* das descobertas científicas ou invenções técnicas”, uma vez que “[...] é muito fácil demonstrar que a tecnologia e a ciência necessárias para levá-la adiante já eram disponíveis na década de 1690-1700.” Entretanto, embora a tecnologia não constitua o estopim da Revolução Industrial, não se pode negar que a mesma esteja ao menos misturada à pólvora que dará origem à sua explosão. HOBBSAWM, Eric J. **As origens da revolução industrial**. São Paulo: Global, 1979. p. 103.

<sup>6</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 47.

essencialmente, tem-se o atrelamento do capital e da atividade humana de produção à informação e ao conhecimento – e, portanto, à tecnologia, entendida como conhecimento aplicado ao desenvolvimento de uma atividade. Tal aspecto constitui uma mudança na forma como se estabelece a relação entre a tecnologia e a atividade humana: enquanto na época das corporações de ofício e na Revolução Industrial a tecnologia constituía meramente um instrumento que auxiliava e dava eficiência à produção, no capitalismo informacional será a atividade produtiva que irá se organizar ao redor da tecnologia.<sup>7</sup>

Esta breve exposição dos distintos papéis desempenhados pela tecnologia ao longo da história permite demonstrar, ainda que brevemente, que toda transformação no modo de vida experimentado pelo ser humano foi e vem sendo acompanhada por transformações tecnológicas. Tal aspecto é importante na medida em que exterioriza um panorama extremamente relevante: coincidentemente às transformações do modo de vida experimentado pelo ser humano e às transformações tecnológicas, nota-se uma correlata alteração nos modos ou sistemas econômicos de produção<sup>8</sup> – respectivamente, a partir dos exemplos citados: feudalismo, na fase de transição entre este e o mercantilismo; capitalismo industrial; capitalismo informacional ou tecnológico. Em suma: “[...] o motor de toda evolução econômica é sem dúvida o desenvolvimento técnico [ou tecnológico].”<sup>9</sup>

Nota-se, portanto, a existência de uma relação entre desenvolvimento humano, tecnologia e sistema produtivo: a partir dos momentos-chave apresentados, estes elementos se influenciariam mutuamente a ponto tal de ensejarem os eventos históricos supramencionados – ainda que não se possa afirmar que as influências desempenhadas por estes elementos sejam exclusivamente responsáveis pelos acontecimentos apontados, não há como negar a afinidade entre ambos. Tal fato é importante na medida em que permite evidenciar que existe uma relação entre desenvolvimento humano e sistema econômico produtivo – a despeito das não desprezáveis discussões acerca do que seja desenvolvimento humano e qual deve ser o sistema econômico produtivo apto a alcançá-lo.

---

<sup>7</sup> “As principais indústrias da economia nos últimos tempos se baseiam na produção e distribuição do conhecimento e informação, ao invés da produção e distribuição de coisas.” DRUCKER, Peter Ferdinand. **Sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1997. p. 140.

<sup>8</sup> Os sistemas econômicos de produção constituem o modo pelo qual os agrupamentos sociais se organizam de forma a satisfazer os interesses e as necessidades de seus membros. A partir dos exemplos supramencionados, pode-se perceber que as diversas necessidades e interesses eventualmente apresentados pelos membros dos diversos agrupamentos sociais serão satisfeitas, essencialmente, através da utilização de um serviço ou de um bem – Ulpiano já comentava que os bens chamam-se bens, pois que fazem a felicidade, satisfazem desejos: *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt* (Digesto, Livro XVI, *De verborum significatione*, fr. 49.) –, donde se pode concluir, portanto, que a função primordial de um sistema de produção é oferecer bens e serviços destinados à satisfação das necessidades e interesses dos membros de uma sociedade.

<sup>9</sup> ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 156.

Será sobre uma parte deste contexto que este trabalho irá deter-se com maior profundidade. Como já mencionado anteriormente, o capitalismo informacional, sistema econômico de produção atualmente em hegemonia, constitui o último degrau em uma série de transformações ocorridas nos sistemas econômicos produtivos que o precederam.

Deve-se ter em mente que estas transformações não afetaram unicamente o modo como a produção se estabelece: como já mencionado, no capitalismo informacional é a atividade produtiva que se organiza e se institucionaliza em função da informação, do conhecimento e da tecnologia. Contudo, se o objetivo do sistema econômico produtivo é a oferta de bens e serviços destinados à satisfação dos interesses e das necessidades dos membros da sociedade, passa a ser relevante verificar de que modo se estabelece esta oferta de bens e serviços. Mais: passa a ser igualmente relevante verificar a influência destas transformações ocorridas nos sistemas econômicos de produção perante o modo pelo qual são disponibilizados os bens e serviços à sociedade – portanto, verificar as transformações sobre o modo em que se dá a oferta de bens e serviços.

Tais inferências são tão relevantes quanto a determinação dos conteúdos e contornos acerca das transformações que levaram ao próprio sistema econômico-produtivo hegemônico em si, na medida em que, de maneira bem simples, pouco importa um sistema de produção ser capaz de disponibilizar todos os bens e serviços destinados à satisfação das necessidades e interesses sociais se não existe um sistema de oferta igualmente capaz de distribuir tais bens e serviços. Em suma: tão importante quanto a produção é o modo, o sistema responsável pelo fluxo, pela distribuição, pela circulação dos resultados da produção.

Com efeito, é a atividade mercantil ou a atividade comercial o elemento responsável por integrar à sociedade os bens e serviços resultantes da produção: já na Idade Média se pode verificar, a partir do crescimento da população urbana, o início do surgimento das feiras, nas quais se estabeleciam as buscas por bens relacionados à satisfação das necessidades <sup>10</sup> – inicialmente caracterizadas pela troca de produtos entre si, porém posteriormente pela troca entre produtos e moedas ou valores monetários. <sup>11</sup> Tal fato é exacerbado com a formação das corporações de ofício, a partir das quais se instaura um maior grau de elaboração dos bens e serviços oferecidos, assim como, por consequência, a instauração de um lócus particularizado para o oferecimento de cada um destes bens e

---

<sup>10</sup> Ao menos sob a perspectiva do Mundo Ocidental.

<sup>11</sup> GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Lisboa: Signo, 1980. p. 33.

serviços – no caso, por exemplo, as corporações dos tecelões, dos ferreiros, dos tintureiros, entre outras.

Será a partir da Revolução Industrial, contudo, que se terá o grande impulso responsável por determinar novas características ao sistema de comércio. Essencialmente, a principal implicação da Revolução Industrial é verificada em função da substituição do trabalho humano pelo trabalho da máquina: esta substituição, muito mais que incorrer no já mencionado ganho de eficiência relacionado à oferta e à disponibilização de bens e serviços à sociedade, possibilitou a instauração e o aprimoramento de uma produção em série e em escala. Em outros termos, a partir da Revolução Industrial, possibilitou-se a produção numa quantidade muito maior, dentro de um mesmo padrão de qualidade – à distinção do período anterior, em que, independente do padrão, a produção era numa quantidade consideravelmente menor.

Esta possibilidade de produção em série e em escala – que condiciona, como já mencionado, uma efetiva produção maior – teve como uma das principais consequências a geração de maior previsibilidade: ora, a partir do aumento da produção gera-se uma maior previsibilidade nas negociações comerciais, na medida em que se aumenta a certeza sobre a disponibilidade – e, por consequência, sobre a oferta – de um bem ou serviço à sociedade.<sup>12</sup> Esta maior previsibilidade também terá um segundo efeito, não menos relevante: a partir da maior certeza de disponibilidade de um bem ou serviço à sociedade, assim como a partir do próprio aumento da produção, permite-se um maior alcance, pela sociedade, dos resultados da produção.<sup>13</sup>

Nota-se, correlatamente a essa maior previsibilidade, um maior grau de especialização na produção. Tal especialização constitui uma decorrência da própria eficiência produtiva originada na Revolução Industrial: a partir da especialização estabelece-se a divisão do trabalho na produção de um bem ou serviço, a partir da qual se busca otimizar e potencializar as vantagens dos recursos envolvidos na produção. Em linhas gerais, a vantagem mais substancial que decorre da especialização na produção é que, na medida em

---

<sup>12</sup> HOBBSBAWM, Eric J. **As origens da revolução industrial**. São Paulo: Global, 1979. p. 90.

<sup>13</sup> Ainda no que tange à previsibilidade, relevante ressaltar, neste contexto, uma maior previsibilidade das necessidades sociais a serem atendidas através da produção, fato este que, a seu turno, também está contido na previsibilidade da produção. GALVES, Carlos. **Manual de economia política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 70.

que ela é introduzida na cadeia produtiva, há um aumento proporcional da rentabilidade dos recursos – insumos, trabalhadores e máquinas, essencialmente – utilizados na produção.<sup>14</sup>

Por outro lado, a especialização na produção permite a combinação das atividades desempenhadas pelos trabalhadores e pelas máquinas tendo por base as habilidades necessárias à operação das máquinas, de um lado, e os interesses subjetivos envolvidos – dos trabalhadores e dos responsáveis pela produção –, de outro. Esta possibilidade de combinação vem, a exemplo das situações anteriormente expostas, contribuir para uma nova potencialização dos resultados advindos da produção: pode-se alocar de modo mais preciso – e, portanto, mais eficiente – os fatores ou recursos da produção, incorrendo, por consequência, numa diminuição de seus custos.

Em razão da maior produção – e do duplo efeito que a acompanha – e da especialização na produção, estariam estabelecidas, essencialmente, as condições para um incremento nas negociações comerciais: como já mencionado, ambas facilitam a coordenação da produção, na medida em que possibilitam uma melhor e mais eficiente administração da mesma.<sup>15</sup> Contudo, apesar de importantes, estas condições não são suficientes para o mencionado incremento nas negociações comerciais uma vez que, como já exposto, pouco importa existir uma produção eficiente – qualitativa e quantitativamente – se não existe um sistema capaz de fazer fluir, distribuir e circular os resultados decorrentes de tal produção.

A partir do sistema de circulação dos resultados da produção vigente na mencionada época das corporações de ofícios, não é difícil verificar a insuficiência e mesmo a incapacidade de tal sistema em fazer circular, fluir, distribuir até a sociedade os resultados da produção estabelecida a partir da Revolução Industrial: ademais de serem sistemas de comércio relacionados a distintos modos de produção e das disparidades entre as quantidades resultantes de tais modos de produção, deve-se ter em mente, também, o surgimento de uma demanda crescente por bens e serviços, por parte da sociedade, a partir da maior produção.

---

<sup>14</sup> É Adam Smith quem primeiramente apresenta e trata dos benefícios decorrentes da especialização na produção. Para Smith, decorrem essencialmente três proveitos da especialização: i) a especialização aprimora a habilidade do trabalhador, incorrendo na melhora qualitativa e quantitativa do produto; ii) a especialização possibilita a economia de tempo na produção; iii) por fim, a especialização permite o desenvolvimento e aprimoramento de máquinas empregadas na produção. SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 1981. p. 68 et seq.

<sup>15</sup> Não se pode deixar de ressaltar, contudo, a existência de conexão entre a maior previsibilidade da produção e a especialização na produção com a tecnologia: é a partir do desenvolvimento tecnológico, externalizado a partir das máquinas criadas em meio à Revolução Industrial, que se viabilizou tanto a previsibilidade quanto a especialização, na medida em que, em última análise, constitui a tecnologia como grande impulsor da produção em série e com aumentos quantitativos e qualitativos.

Esta demanda crescente por bens e serviços decorre, inicialmente, do processo de majoração da população urbana iniciada na época das corporações de ofício – constituindo, de certa forma, um dos motivos que ensejaram o desenvolvimento e o aprimoramento tecnológico, alicerce para uma produção eficiente em termos quantitativos e qualitativos. Contudo, posteriormente se nota uma inversão de tais posições: a partir do desenvolvimento tecnológico, surgem novos produtos destinados à satisfação das demandas e interesses sociais, produtos estes que (i) podem constituir uma evolução de um produto anteriormente estabelecido relacionado a uma dada demanda – e, portanto, destinado a substituir o produto anterior e suprir a mesma demanda; ou que, (ii) devido a seu ineditismo, criam ou dão ensejo ao surgimento de uma nova demanda social.<sup>16</sup>

Com efeito, destaca-se que – e aqui reside um ponto extremamente importante – este movimento de expansão das demandas não se limita às localidades nas quais a produção se desenvolve: ainda que o início de tal movimento seja impulsionado pelas necessidades sociais locais, ou mesmo regionais, não se pode deixar de notar que estas mesmas demandas também existem ou são verificadas em outros lugares – distantes ou não das localidades onde primeiramente se manifestou a expansão da demanda. Noutros termos: muito embora a demanda social de uma dada localidade constitua o fator que ensejou o desenvolvimento tecnológico e a consequente oferta de bens e serviços relacionados à satisfação dos interesses e necessidades daquela mesma localidade, não raro, esta mesma demanda se apresenta, ou mesmo pode ser induzida, em outros lugares, podendo ser igualmente atendida pelos mesmos bens e serviços resultantes da produção em que primeiramente se verificou o desenvolvimento tecnológico.

Esta demanda expandida para além da localidade da produção não constitui um “fenômeno”, por assim dizer, ocorrido somente na Revolução Industrial: com as devidas alterações de um período para o outro, é possível que este “fenômeno” tenha ocorrido na época das corporações de ofício – por exemplo: a técnica para tingir tecidos desenvolvida por uma corporação de ofício localizada numa cidade em Portugal poderia muito bem suprir as

---

<sup>16</sup> Neste sentido, os exemplos trazidos por Eric Hobsbawm: i) a invenção do motor a vapor em 1698, por Thomas Newcomen, posteriormente aprimorada por James Watt em 1765, que inaugura a substituição da tração animal pela tração mecânica, invenção esta que será empregada em praticamente todas as cadeias de produção – do setor de têxteis até os alimentícios, entre tantos outros mais – e, posteriormente, nos próprios produtos destinados à satisfação das demandas – constituindo o exemplo por excelência o automóvel, com as devidas evoluções –; ii) a técnica inventada por Abraham Darby em 1709, que utilizava o carvão como forma de baratear a produção do ferro, que, após aprimoramento por Harry Bessemer em 1856, passou a utilizar o carvão e o ferro conjuntamente, obtendo o aço, o qual, em razão de sua durabilidade e maleabilidade, passa, tal como no exemplo anterior, a ser utilizado pela produção e contido nos produtos. HOBBSAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 79.

necessidades de tingimento de tecidos de uma cidade ou mesmo de toda uma região na Espanha.

Entretanto, a grande mudança consiste no fato de que, a partir do desenvolvimento tecnológico ocasionado na Revolução Industrial, passou a ser possível não só o atendimento das demandas sociais por bens e serviços da localidade onde ocorre a produção, mas também das necessidades sociais verificadas em outros lugares: o incremento quantitativo e qualitativo da produção – as principais consequências decorrentes do desenvolvimento tecnológico – possibilitou a geração de bens e serviços numa quantidade superior à necessária ao atendimento das demandas locais. Será a partir deste “excedente” na produção, assim, que se viabilizará o atendimento das demandas de outras localidades que não aquela onde a produção se desenvolve.

Percebe-se, desta forma, ainda que inicialmente, que a oferta destes bens e serviços “excedentes” em outras localidades que não a da produção dependerá, como já mencionado, de um sistema de comércio que, a exemplo do que ocorreu a partir do desenvolvimento tecnológico inserido na produção, mostre-se capaz e eficiente na distribuição dos bens e serviços a tais localidades.

Com efeito, se o “excedente” da produção constitui o estímulo inicial das transformações no sistema de comércio, a partir da Revolução Industrial nota-se a ocorrência de outros dois impulsos responsáveis por novas alterações no sistema de comércio. O primeiro deles relaciona-se com o supramencionado aspecto da previsibilidade da produção, a partir da qual se gera uma correspondente previsibilidade da oferta.

Neste sentido, a transformação no sistema de comércio ocorre na medida em que, a partir da previsibilidade da oferta, estabiliza-se, de certa forma, a previsibilidade da demanda: em havendo um relativo grau de certeza de que o bem ou serviço relacionado à satisfação de uma necessidade será produzido e estará disponível, a sociedade em que esta necessidade se manifesta passa a direcionar os recursos inerentes a tal necessidade exclusivamente para adquirir aquele bem ou serviço ofertado pela produção de outra localidade; será em razão desta previsibilidade da produção e da demanda, assim, que se terá a estabilização, ou a sedimentação, e o incremento nas relações de oferta e aquisição de bens e serviços – que, por sua vez, constituem os principais elementos num sistema de comércio.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> HOBBSBAWM, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 165.

Assim, pode-se mesmo dizer que a previsibilidade da produção origina a previsibilidade da oferta, a qual, por sua vez, estimula – podendo-se dizer, de certo modo, que também origina – a previsibilidade da demanda, aspectos estes responsáveis pela fundação e pela expansão das relações comerciais – que, de antemão, passa a constituir o principal efeito das transformações no sistema de comércio.

Com efeito, o segundo impulso de transformações sobre o sistema de comércio constitui talvez o mais importante, uma vez que seu conteúdo também envolve transformações relacionadas à produção. Essencialmente, tal impulso é caracterizado a partir do momento em que existe uma disputa entre dois centros produtivos para, através dos resultados de suas produções, suprir e atender as necessidades e interesses de uma terceira localidade. Deve-se ressaltar que, em última razão, trata-se de uma disputa que encontra sua raiz, tal como o próprio surgimento da Revolução Industrial, no desenvolvimento tecnológico: pode-se ter uma situação em que dois centros produtivos distintos viabilizem o desenvolvimento de tecnologias empregadas na produção de bens ou serviços, distintos ou não, que se prestem ao atendimento de uma mesma necessidade ou interesse. Neste caso, a disputa pelo atendimento desta necessidade ou interesse ocorreria a partir do momento em que as produções, assim como as respectivas ofertas, destes centros se mostrassem capazes de atender e alcançar as necessidades ou interesses de uma dada localidade.

Contudo, existe outro modo, de configuração mais complexa, pelo qual também se verifica esta disputa. De início, a situação é relativamente similar àquela verificada quando se descreveu a conformação do sistema de comércio na Revolução Industrial: a partir do desenvolvimento de uma dada tecnologia, um centro produtivo viabiliza-se como provedor de bens e serviços relacionados à satisfação de necessidades de uma sociedade ou localidade distinta daquela onde se realiza a produção.

Entretanto, a configuração da disputa tem seu início a partir do momento em que um terceiro local, centro produtivo ou não, constata ser economicamente relevante o suprimento, por meio de bens e serviços, das necessidades daquela outra localidade, com o que busca se habilitar ou capacitar – em termos tecnológicos, basicamente – a fim de que também possa produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades daquela sociedade – e mesmo suas próprias. Por fim, a disputa se verificaria efetivamente a partir do momento em que o terceiro local conseguisse estabelecer um centro produtivo apto fornecer os bens e

serviços necessários à satisfação das necessidades manifestadas pela sociedade da segunda localidade.<sup>18</sup>

Desta forma, verifica-se que, a partir dos dois impulsos acima descritos, torna-se necessário o estabelecimento e o desenvolvimento de um sistema de comércio que atue numa realidade em que existem uma pluralidade de centros produtores de bens e serviços e múltiplas localidades com necessidades por tais bens e serviços. Com efeito, o estabelecimento de tal sistema de comércio a partir desta realidade torna-se uma tarefa extremamente complexa: a instituição de um sistema que possibilite a oferta de bens e serviços destinados à satisfação de necessidades com o maior nível de eficiência possível – como já visto, o objetivo primordial a ser buscado quando da consolidação de um sistema de comércio –, numa realidade marcada pela diversidade de centros produtivos e de centros consumidores ou de demanda, não mais depende simplesmente da determinação de localidades onde há a oferta e onde há a demanda.

Nota-se, assim, que a instituição de um sistema de comércio a partir da realidade apontada acima implicaria na assunção de tarefas ou funções outras por parte do sistema de comércio que, relacionando-se direta ou indiretamente com as relações comerciais, prestam-se ao atendimento de situações que emergiram em razão da diversificação e multiplicação dos centros produtivos e dos centros consumidores. Dentre estas tarefas ou funções, poderiam ser incluídas, por exemplo, aquelas relacionadas à resolução de disputas entre centros produtores e consumidores – opostamente e entre si –, assim como tarefas ou funções relacionadas ao estabelecimento de padrões para o desenvolvimento das relações comerciais, haja vista que ao aparecimento de novas demandas seguiu-se o surgimento e a diversificação dos produtos que se prestam aos seus atendimentos e satisfações.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Dois momentos históricos permitem a visualização da configuração deste tipo de disputa, ainda que sob perspectivas e com motivações diferentes. O primeiro deles se dá no séc. XIX, com o estabelecimento do bloqueio continental por Napoleão Bonaparte, através do qual se determinou, basicamente, o fechamento dos portos controlados, direta ou indiretamente, pelo império francês ao comércio dos produtos industrializados ingleses – trata-se, portanto, de uma capacitação ou habilitação relativamente distinta da exposta acima, porém que buscava objetivos similares: o atendimento das necessidades europeias por produtos industriais franceses, ao invés de ingleses. Já o segundo exemplo se dá no séc. XX, com a Coréia do Sul: logo após a Guerra da Coréia, este país, até então eminentemente agrário e com níveis de desenvolvimento tecnológico inferiores ao de muitos países – incluído o Brasil –, passou a efetuar maciços investimentos em educação e, posteriormente, em tecnologia, o que levou este país a terminar o séc. XX como um dos principais polos desenvolvedores de tecnologia no mundo e, portanto, como um dos principais países produtores de bens tecnológicos do globo.

<sup>19</sup> O raciocínio exposto também pode ser entendido da seguinte forma: se o objetivo do sistema de comércio é possibilitar a maior eficiência possível no que tange à relação entre oferta e demanda por bens e serviços, a partir da realidade decorrente dos impulsos transformadores do sistema de comércio, tal objetivo será alcançado mediante as tarefas e funções que passam a ser reclamadas pelas novas situações decorrentes da diversificação dos centros produtores e dos centros consumidores de bens e serviços.

A partir da exposição do plano de fundo realizada anteriormente, se buscou apresentar, em termos hipotéticos e singelos, o panorama do arranjo econômico que sucedeu à Revolução Industrial, no qual se afirmou o capitalismo como sistema de produção hegemônico – ressaltando-se que, embora o capitalismo tivesse sofrido modificações graduais em sua estrutura, este fato não o desnaturou –, atentando-se em demonstrar que os movimentos de oferta e de demanda desempenham, assim como sofrem, influências sobre o desenvolvimento tecnológico – o que equivale a dizer, portanto, que a produção e o comércio, ademais de relacionarem-se entre si, também influenciam e são influenciados pelas transformações tecnológicas.

Com efeito, o motivo pelo qual se realizou tal exposição dá-se na medida em que ela introduz e fundamenta os elementos essenciais de uma das temáticas a serem abordadas no presente trabalho: o sistema multilateral de comércio. Especificamente, o plano de fundo exposto assume a função de dispor aquela que constitui uma das principais noções do sistema internacional de comércio (antecessor do sistema multilateral), qual seja a existência de fluxos de comércio – ou seja, de ofertas, de um lado, e de demandas, de outro – entre as mais variadas localidades ou países, a partir da qual procura evidenciar a necessidade de se disciplinar os modos sobre os quais serão operados os fluxos de comércio, a fim de se instalar a maior eficiência possível sobre os mesmos. Cumpre ressaltar, por fim, que a perspectiva histórico-econômica – ainda que efetuada sobre um suporte parcialmente hipotético ou abstrato – adotada na estruturação deste plano de fundo justifica-se na medida em que ela permite uma melhor compreensão e contextualização dos conteúdos e dos sentidos das normas disciplinadoras do sistema multilateral de comércio que serão expostas adiante.

Neste sentido, nota-se que as normas que regem o sistema internacional de comércio dividem-se, basicamente, em três grupos, os quais, a seu turno, estão associados a três períodos históricos. Assim, o primeiro grupo de normas relativas ao comércio internacional é aquele que se desenvolve no período em que primeiramente se estabeleceu e consolidou o liberalismo econômico, compreendido entre a Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial, no qual se verifica, essencialmente, dois tipos de normas: as primeiras, de origem consuetudinária, destinadas a disciplinar, essencialmente, temas relacionados à proteção do investidor estrangeiro – tangenciando aspectos relativos ao interesse público, como a expropriação; já as segundas, de caráter convencional, eram materializadas através dos variados “tratados de amizade, comércio e navegação”, celebrados pelos Estados – cujas manifestações passaram a intensificar-se em período posterior à independência das colônias

americanas.<sup>20</sup> É importante ressaltar, contudo, que estas normas, consuetudinárias e convencionais, impunham escassas obrigações relativas ao comércio internacional *per se* aos Estados, estando, assim, a atuação dos mesmos restringida, talvez por decorrência do *laissez-faire* então imperante, à instituição de um marco jurídico direcionado à proteção do investidor privado – seja ele nacional ou estrangeiro – e à imposição de tarifas alfandegárias para a proteção da produção e da demanda nacional.<sup>21</sup>

O período que se segue, compreendido entre a Primeira e até o término da Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se pelo abandono da posição absenteísta do Estado, com o consequente exercício de novas funções no âmbito econômico ou produtivo. Trata-se do período do nacionalismo econômico, em que o Estado passa a intervir diretamente na seara econômica, visando efetivamente à proteção dos mercados e da produção nacional – por meio não só do aumento das tarifas alfandegárias, mas também de outras medidas, como a imposição de restrições à quantidade de importações de um produto –, incorrendo, portanto, numa participação mais ativa do Estado na competição pelos mercados internacionais.<sup>22</sup>

Neste sentido, a partir do objetivo do Estado em aumentar a competitividade e a inserção das produções nacionais nos mercados internacionais – a anteriormente mencionada busca pela demanda –, verifica-se o surgimento de conflitos interestatais de fundo econômico, originando aquilo que posteriormente se chamaria de guerras comerciais: tais enfrentamentos ocorriam na medida em que as disputas pelos mercados eram decorrentes muito mais dos “auxílios públicos” à produção nacional – em última razão, da própria atuação estatal –, através, por exemplo, da desvalorização artificial dos câmbios entre as moedas e da permissão legal a estabelecimentos de cartéis de empresas, que da eficiência produtiva propriamente dita.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> NEGRO, Sandra C. Nacimiento y evolución del sistema GATT/OMC. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias**. Buenos Aires: Eudeba, 2010. p. 70.

<sup>21</sup> “Trade cannot prosper without legal security of property rights and mechanisms to enforce contracts. One lesson from international trade relations between states throughout history is that traders will seek to ensure that such mechanisms are applied.” HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 20.

<sup>22</sup> NEGRO, op. cit., p. 73.

<sup>23</sup> “Internal legal, economic and political factors may also affect trade flows. Nations may manage their trade policy to direct flows toward nations with similar systems. [...] Moreover, states with limited government should be particularly conducive to developing trading relations, since these systems have open politics and judicial systems.” MORROW, James D.; SIVERSON, Randolph M.; TABARES, Tressa E. The political determinants of international trade: the major powers, 1907-90. **The American Political Science Review**, Washington, v. 92, n. 3, p. 650, 1998.

Em decorrência deste cenário, observa-se um aumento substancial de normas convencionais relativas ao comércio internacional, materializadas por acordos bilaterais entre os Estados, por meio dos quais os países celebrantes se outorgavam vantagens e benefícios reciprocamente: era entendimento corrente que, a partir de tais medidas, se garantiria a almejada proteção às produções e aos mercados nacionais, o principal objetivo – político e econômico – de então.<sup>24</sup> Não é difícil concluir, desta forma, que o disciplinamento do comércio internacional por meio destes acordos bilaterais levava a situações que, a despeito de serem favoráveis ao plano econômico interno – como a desvalorização competitiva do câmbio e a implementação de barreiras alfandegárias –, acabavam por obstruir e diminuir o regular fluxo de comércio entre os países.

O último grupo de normas relativas ao disciplinamento do sistema internacional de comércio é aquele que teve início após a Segunda Guerra Mundial e cuja duração se estende até os dias de hoje. Entretanto, destaca-se que a construção destas normas não foi “instantânea”, por assim dizer: ao contrário, o estabelecimento de tais normas dependeu de uma maturação política e econômica por parte dos Estados, que teve início no final da década de quarenta e foi alcançada somente em meados da década de noventa do séc. XX. Portanto, deve-se ter em mente que não constituirão as normas em si o aspecto que determina sua associação ao período com o qual se relacionam, mas sim o estímulo – ou mesmo meta, objetivo – que ensejou a criação e o desenvolvimento de tais normas: a liberalização do comércio internacional – como forma de se alcançar a maior eficiência nos fluxos comerciais.

Com efeito, deve-se mencionar que a liberalização do comércio internacional não constituía, após a Segunda Guerra Mundial, um tema inédito: ao contrário, os primórdios de sua teorização têm origem paralela à Revolução Industrial – e, portanto, ao primeiro grupo de normas relativas ao comércio internacional –, sendo os principais responsáveis pelo seu desenvolvimento os economistas Adam Smith e David Ricardo.

Essencialmente, a contribuição de Adam Smith, decorrente de sua já mencionada noção da especialização na produção, é de que o comércio entre nações pode ser mutuamente benéfico para duas nações se cada uma tiver uma vantagem absoluta de custos

---

<sup>24</sup> Não se pode deixar de ressaltar, neste sentido, que as duas grandes guerras desempenharam um papel importante na constituição de tais acordos bilaterais: em tempos de conflitos bélicos, as relações de comércio ficam relegadas a um segundo plano – não existe lógica em se relacionar economicamente com o país inimigo. Igualmente relevante o “crash” da Bolsa de Nova Iorque em 1929, evento que originou a grande depressão norte-americana e que deu ensejo a uma série de medidas de cunho protecionista por parte dos Estados Unidos, as quais tiveram repercussão praticamente perante todo o globo.

em produtos diferentes, na medida em que isto geraria um incremento no tamanho dos mercados e dos benefícios em questão.<sup>25</sup> Já David Ricardo, a partir da conclusão de Smith, desenvolveu o conceito de vantagem comparativa, através da qual constatou que o comércio seria vantajoso para duas nações na medida em que cada uma destas nações se especializaria num produto em que elas se mostrassem relativamente mais eficientes a produzir que as demais nações.<sup>26</sup> A partir destas conclusões, tornou-se possível inferir que:

Isto tornou os ganhos potenciais advindos do comércio muito mais genericamente aplicáveis: toda nação era vista como tendo algo que poderia produzir de modo relativamente eficiente, comparando-se com outros produtos, como resultado de seus atributos naturais, e os ganhos potenciais advindos do comércio estariam, assim, disponíveis para todos os países.<sup>27</sup>

Superado o período do nacionalismo econômico, em meio à percepção, emanada principalmente dos Estados Unidos, de que a negação das premissas do livre comércio só trouxera consequências negativas ao ambiente internacional, inclusive na seara econômica, verifica-se o ressurgimento e o fortalecimento da liberalização do comércio internacional enquanto um instrumento de geração e multiplicação de benefícios e de riquezas. A partir de então, tornou-se noção dominante no pós-guerra que o sistema econômico internacional deveria ser reconstruído de forma que se desfizessem ou se removessem as causas econômicas – originadas em meio ao nacionalismo econômico – que, supunha-se, contribuíram para o estabelecimento dos cenários em que se desenrolaram as duas grandes guerras. Neste sentido:

Um importante elemento nesta visão era o estabelecimento de uma economia mundial estável que proviesse a todas as nações comerciantes acesso não discriminado aos mercados, matérias-primas e oportunidades de investimento. Havia uma percepção forte no sentido de existir uma

---

<sup>25</sup> JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 15.

<sup>26</sup> Ibid., p. 22.

<sup>27</sup> No original: “*This made the potential gains from trade much more generally applicable: every nation was seen as having something it could produce relatively efficiently, by comparison to other products, as a result of its particular endowments, and the potential gains from trade were thus available to everyone.*” SHEPPARD, Erick. Constructing free trade: from Manchester boosterism to global management. **Transactions of the Institute of British Geographers**, London, v. 30, n. 2, p. 154, 2005.

correlação positiva entre o comércio e a paz, e, tão importante quanto, entre a não-discriminação e as boas relações exteriores.<sup>28</sup>

Com efeito, será principalmente a partir de razões econômicas que a necessidade de se estabelecer um sistema internacional de comércio será identificada. Neste sentido, a partir das conclusões de Smith e de Ricardo mencionadas acima, constata-se a existência de uma oportunidade de se reduzir os custos da produção a partir da especialização do trabalho e das vantagens comparativas de cada localidade ou Estado: em se tratando de uma realidade, como é a atual, em que todos os recursos são escassos, tem-se que a produção e o consumo de algo implicará, necessariamente, na impossibilidade de se produzir ou de se consumir outra coisa.

A fim de visualizar melhor esta oportunidade de se reduzir os custos de produção, pode ser dado o seguinte exemplo: o país “X” produz com maior eficiência – em razão da especialização e da vantagem comparativa – um primeiro bem e também se mostra capaz de produzir um segundo bem, porém não com a mesma eficiência. Por outro lado, o país “Y” produz, sem eficiência, o mesmo primeiro bem, porém produz com eficiência o segundo bem. Em sendo a demanda pelo primeiro e pelo segundo bem existente em ambos os países, nota-se uma possibilidade dos mesmos economizarem os recursos utilizados na produção em que são ineficientes. Mais: a partir do comércio dos bens em que são eficientes ao produzir, tais países poderiam consumir tanto o primeiro quanto o segundo bem em condições potencialmente melhores – e com maior grau de satisfação de suas respectivas demandas – que aquelas caso os mesmos somente consumissem o que produzissem. Assim, a mencionada oportunidade de reduzir custos é materializada em função da oportunidade de um país se especializar na produção de um bem que esteja relacionado à sua vantagem comparativa:

---

<sup>28</sup> No original: “An important element in this vision was the establishment of a stable world economy that would provide all trading nations with nondiscriminatory access to markets, supplies and investment opportunities. There was a strong perception that there was a positive correlation between trade and peace, and, as important, between nondiscrimination and good foreign relations.” HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 25. Apesar de a relação entre comércio e paz constituir um dos principais pressupostos para a sedimentação da doutrina da liberalização do comércio internacional, sua verificação não poderá ser efetuada, no presente trabalho, sem prejuízo de outros temas igualmente relevantes a serem expostos. Contudo, a aceitação desta premissa, para os fins do presente trabalho, deriva de um raciocínio relativamente simples: em existindo relações de comércio entre uma pluralidade de países, existe uma tendência a diminuir, a relevar, a mitigar divergências políticas eventualmente existentes, enquanto estes países obtiverem benefícios e riquezas a partir de tais relações. Cf. SHEPPARD, Erick. *Constructing free trade: from Manchester boosterism to global management*. **Transactions of the Institute of British Geographers**, London, v. 30, n. 2, p. 161, 2005 e RUSSET, Bruce M. **Grasping the democratic peace: principles for a post-cold war world**. Princeton: Princeton University Press, 1993. p. 28.

A liberalização do comércio auxilia os países a realizar uma utilização mais eficiente de seus recursos (capacidades de produção). A liberalização do comércio possui dois efeitos essenciais. Primeiramente, ela proporciona a realocação de recursos em direção às atividades nas quais o país tem vantagens competitivas. Em segundo lugar, a liberalização do comércio expande as oportunidades de consumo dos países, na medida em que uma produção mais eficiente gera maiores ganhos e melhores oportunidades para adquirir bens e serviços de outros países.<sup>29</sup>

Será, assim, em função desta oportunidade de se reduzir custos e de potencializar os níveis de satisfação de suas demandas – incorrendo, desta forma, na geração de riquezas e de benefícios – que se extrai, essencialmente, o fundamento econômico para a liberalização do comércio internacional.

Contudo, a despeito das mencionadas vantagens inerentes ao livre comércio, verifica-se que sua implementação não constitui uma tarefa simples. Isto, pois, no plano interno de cada país há grupos – políticos, econômicos, sociais – com distintas preferências acerca das medidas relacionadas ao livre comércio a serem eventualmente adotadas, e é neste ponto que a liberalização do comércio encontra, talvez, seu maior desafio: como compatibilizar os distintos interesses e preferências destes grupos internos, de um lado, com o interesse dos países em maximizar riquezas e bem-estar gerados em função do livre comércio, de outro?<sup>30</sup> Observa-se, portanto, que a liberalização do comércio internacional constitui muito mais que uma tarefa relacionada à política e às relações exteriores de cada um dos países, mas também apresenta implicações e demanda atuações de políticas internas a cada país – através de políticas econômicas<sup>31</sup>; políticas sociais; a política *per se*<sup>32</sup>, relacionada à escolha dos governantes dos países.

<sup>29</sup> No original: “Trade liberalization helps nations to realize a more efficient utilization of their resources (production capacities). Trade liberalization has two essential effects. First, it brings about a reallocation of resources towards those activities in which the country has comparative advantage. Secondly, trade liberalization expands the consumption opportunities of countries, as more efficient production generates greater income and increased opportunities to buy goods and services from other countries.” HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 38.

<sup>30</sup> Dentro deste plano, há um questionamento específico tão relevante quanto o acima proposto: a partir dos distintos interesses dos diversos grupos políticos, econômicos e sociais, poderia se questionar como e de que forma seriam distribuídas as riquezas e o bem-estar originados da liberalização do comércio.

<sup>31</sup> A abertura do mercado nacional aos produtos estrangeiros pode gerar desequilíbrios perante a estrutura econômica nacional, razão porque emerge a necessidade de implementação de políticas econômicas direcionadas a tal situação: portanto, a abertura de um país ao comércio internacional deve ser formulada a partir do contexto em que se encontram as condições econômicas prevalentes de cada país. KITSON, Michael; MICHIE, Jonathan. *Conflict, cooperation and change: the political economy of trade and trade policy*. **Review of International Political Economy**, London, v. 2, n. 4, p. 649, 1995.

<sup>32</sup> “One noneconomic goal greatly affecting national trade policies is the preservation of political or economic power. At least in a democratic nation, national leaders will be observably influenced in their trade-policy decisions by the desire to get elected or reelected.” JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 24.

Tendo por base o substrato econômico da liberalização do comércio internacional anteriormente desenvolvido, assim como identificados os obstáculos à sua implementação – ainda que parcialmente, eis que a cada desenrolar de situação pode-se gerar ou ensejar novos obstáculos –, iniciaram-se as negociações para um acordo sobre uma nova ordem econômica internacional. O primeiro plano destas negociações teve como resultado a adoção do Sistema de Bretton Woods em 1944, com a consequente criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional de Reconstrução e Fomento (Banco Mundial) e o estabelecimento de diretrizes para uma ordem monetária e financeira internacional.

Ao FMI atribuiu-se a tarefa de promover a expansão do crescimento harmonioso do comércio internacional e contribuir para a instauração e manutenção do nível de emprego e renda e desenvolvimento dos recursos produtivos de todos Estados membros, visando à prosperidade interna e internacional dos mesmos. Em específico, esta tarefa é realizada a partir da coordenação e do funcionamento do sistema monetário internacional: deve o FMI disciplinar e monitorar as taxas de câmbios entre as moedas e as balanças de pagamentos, de forma a evitar desequilíbrios que possam vir a prejudicar o comércio internacional e os fluxos internacionais de capitais.<sup>33</sup>

Já ao Banco Mundial reservou-se, primeiramente, a função de fomentar e financiar a reconstrução da Europa no pós-guerra e, a partir dos processos de descolonização na África e na Ásia, viu sua área de atuação alterada para o estímulo e custeio de projetos de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos. Posteriormente, atribui-se também ao Banco Mundial a função de regulamentar aspectos relacionados aos investimentos estrangeiros<sup>34</sup>, a partir da criação de um guia contendo as melhores práticas em investimento estrangeiro: por meio desta função, indiscutivelmente mais relacionada à liberalização do comércio, buscava-se implementar uma liberalização nos fluxos internacionais de investimento – o que, sob a lógica do livre comércio, constitui um aspecto extremamente relevante, na medida em que

---

<sup>33</sup> FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 55. Complementa a Autora: “Claramente se observa que os membros fundadores do FMI tinham clara recordação do *crash* econômico de 1929 e da magnitude dos efeitos perversos por ele causados. Assim o FMI deseja criar e tonar-se o gestor e controlador de um sistema multilateral de transações correntes entre os Estados membros contribuindo para a eliminação das restrições de câmbio que poderiam travar o comércio internacional.”

<sup>34</sup> Ibid., p. 65. Esta função de regulamentar o investimento estrangeiro implicou na criação, em 1965, do Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos, destinado a fornecer suporte institucional para a instauração de processos arbitrais ou de conciliação referentes a investimentos internacionais. Posteriormente, também no âmbito do Banco Mundial, surgiu a Agência Internacional Multilateral de Garantia, organização responsável por institucionalizar um sistema multilateral de garantia destinado a cobrir riscos não comerciais incidentes sobre investimentos internacionais.

possibilita maior acesso, pelo capital, às localidades onde a produção se desenvolve mais eficientemente.

O segundo plano das negociações para o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional teve como resultado a assinatura, por 23 países (encabeçados pelos Estados Unidos) da Carta de Havana em 1948, através da qual se criava a Organização Internacional do Comércio (OIC), organismo sobre o qual se centralizaria a função de implementar a liberalização do comércio internacional. Em período brevemente anterior, entretanto, também houve a assinatura do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), tratado criado em 1947 com caráter provisório, cujo objetivo era, progressivamente, alcançar a liberalização do comércio internacional através, primordialmente, da redução das tarifas alfandegárias.

Com efeito, diante da não ratificação da Carta de Havana – em razão da decisiva influência dos Estados Unidos, que, por razões de política interna (e de forma claramente contraditória), sequer procedeu à submissão de tal instrumento a seu parlamento, prática esta posteriormente adotada por quase todos os demais signatários – e da consequente não instalação da Organização Internacional do Comércio, verifica-se que o GATT, criado como instrumento de transição até a emergência da OIC, ocupou o vazio deixado pela Carta de Havana, tendo seu caráter provisório sido convertido para “indefinidamente provisório” – diante da impossibilidade do mesmo ser considerado definitivo ou estável.<sup>35</sup>

A implementação da liberalização do comércio internacional a partir do GATT, como já visto, deveria ser alcançada primordialmente a partir da equalização e progressiva redução das tarifas alfandegárias por parte dos países signatários de tal acordo. Neste sentido, dispunha o GATT que a equalização e a redução das tarifas alfandegárias seriam alcançadas a partir da realização de rodadas de negociação periódicas, nas quais seriam discutidas tarifas alfandegárias para cada produto ou para classes de produtos. Deve-se ressaltar, contudo, que, embora a temática das tarifas alfandegárias constituísse a essência do GATT, nota-se a

---

<sup>35</sup> Verifica-se, portanto, um estado de “permanente renovação da transitoriedade do GATT”: diante da não criação da OIC, a implementação do GATT demandou a criação de estruturas paralelas, para as quais seriam delegadas as atividades inerentes ao funcionamento do GATT. A principal destas estruturas era a figura do diretor-geral do GATT, responsável por organizar as rodadas de negociação das tarifas alfandegárias a serem implementadas pelos Estados signatários de tal acordo. NEGRO, Sandra C. Nacimiento y evolución del sistema GATT/OMC. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC** – disciplinas y solución de controversias. Buenos Aires: Eudeba, 2010. p. 75.

instituição de rodadas de negociação que resultaram na aprovação de temas distintos daqueles das tarifas.<sup>36</sup>

O estabelecimento de rodadas de negociação relacionadas a temas outros que não tarifas alfandegárias permite evidenciar o entendimento, adotado progressivamente ao longo das rodadas de negociação do GATT, de que a liberalização do comércio internacional constitui um empreendimento cuja realização depende de aspectos e circunstâncias outros que, ademais de não estarem relacionados às tarifas alfandegárias, dificilmente seriam alcançados somente a partir da atuação do GATT. Pode-se mesmo dizer, assim, que se constatou – com um atraso de quase meio século, diga-se de passagem – que a implementação da liberalização do comércio internacional necessitaria de uma estrutura similar àquela prevista para a OIC.

Esta constatação foi evidenciada a partir da Rodada Uruguai, última das rodadas de negociação desenvolvida sob a égide do modelo GATT acima exposto, iniciada em 1986 e que, finalizada em 1993, resultou na assinatura do Tratado de Marraqueche, instrumento responsável pela criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Tal tratado tem seu conteúdo disposto da seguinte forma: (i) o Acordo pelo qual se estabelece a Organização Mundial do Comércio; (ii) o anexo 1A – Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio; (iii) o anexo 1B – Acordo Geral sobre Comércio de Serviços; (iv) o anexo 1C – Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio; (v) o anexo 2 – Entendimento relativo às Normas e Procedimentos que regem a Solução de Controvérsias; (vi) o anexo 3 – Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais; (vii) o anexo 4 – Acordos Comerciais Plurilaterais. A criação destas normas deu-se no seguinte contexto:

Viram-se premidos os negociadores das regras da OMC pela lógica da globalização [...] pela necessidade de um conjunto harmônico de regras que pudessem nortear as condutas dos agentes internacionais no comércio global. Neste sentido uma escala de valores passou a integrar as negociações, objetivando uma Codificação das regras sobre comércio já existentes, bem

---

<sup>36</sup> No caso, resultaram destes acordos a aprovação de um novo Código Antidumping, na aprovação do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio, do Acordo sobre Licenças de Importação, do Acordo sobre Valoração em Aduana, do Acordo sobre Subsídios do Estado a Empresas, do Acordo sobre Compras Governamentais, do Acordo sobre Aeronaves Civis, do Acordo sobre Produtos Lácteos e do Acordo sobre Carne Bovina. WTO. **The GATT years:** from Havana to Marrakesh. Disponível em: <[http://www.wto.org/English/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact4\\_e.htm](http://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2012.

como a criação de novas regras sobre temas prementes não contemplados pelo GATT como serviços, agricultura, propriedade intelectual.<sup>37</sup>

Neste sentido, a primeira distinção com relação ao modelo anteriormente estabelecido é que, a partir do Tratado de Marraqueche, criou-se um organismo dotado de personalidade jurídica – portanto, um sujeito de direito internacional público – ao qual foram atribuídas as funções de fiscalizar o cumprimento e o funcionamento dos acordos perante os países membros, de atuar como foro de negociações entre os países membros sobre os assuntos dos acordos e suas relações com a liberalização do comércio e de mediar e efetivar a solução de controvérsias comerciais entre os países membros, enquanto no modelo anterior as regras tinham sua efetividade dependente de acordos firmados entre os Estados membros. A firmação do Tratado de Marraqueche, assim, representa o abandono ao sistema contratualista típico do GATT e o ingresso num sistema institucional, capitaneado pela própria OMC.

Há, porém, uma segunda, e muito mais significativa, distinção entre o sistema estabelecido pelo Tratado de Marraqueche e o sistema anterior do GATT: trata-se da regra do *single undertaking*, ou regra do compromisso único, através do qual se dispunha que todos os acordos e instrumentos previstos no Tratado de Marraqueche, assim como quaisquer decisões tomadas no âmbito da OMC, eram vinculantes a todos os seus signatários, na medida em que um acordo ou uma decisão só teriam vigência em havendo concordância expressa para com os mesmos por todos os países membros, e aspirantes a membros, da OMC. Em suma: estabeleceu-se a ideia de que deveria sempre haver um texto completo elaborado ao qual todos aqueles que eram membros da OMC, bem como aqueles que nela desejassem ingressar, deveriam aderir e aceitar.<sup>38</sup> Em termos práticos, a regra do compromisso único implicava na impossibilidade de os países membros da OMC fazerem quaisquer reservas aos termos do Tratado de Marraqueche, prática esta adotada com relativa frequência quando do sistema GATT e que tinha como principal consequência a perda de efetividade dos acordos e das decisões tomadas.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 69.

<sup>38</sup> JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 47.

<sup>39</sup> Retomando o raciocínio exposto em páginas anteriores, a partir destas duas distinções, pode-se dizer que o Tratado de Marraqueche e a OMC representam a aquisição, o alcance de uma maturidade política e econômica por parte dos Estados, eis que, em última análise, os mecanismos de tal tratado, assim como o próprio funcionamento da OMC, representam, equivalem a uma “renúncia”, por assim dizer, da soberania estatal em prol da efetivação dos acordos constantes do Tratado de Marraqueche, tendo por objetivo primordial a implementação do livre comércio em nível internacional.

## 1.2 O sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais: esboço para uma necessária integração

Nota-se, portanto, que a liberalização do comércio internacional terá como fonte normativa primordial o Tratado de Marraqueche e todos os acordos multilaterais que estão relacionados ou contidos no mesmo – como os acordos internacionais firmados entre a OMC e outras organizações, os protocolos de adesão de novos membros, os princípios gerais do direito e o costume: portanto, todas as análises jurídicas relacionadas à OMC devem, necessariamente, ter seu ponto de partida em tais normas – e, enquanto fonte normativa secundária, porém não menos importante, as decisões adotadas em meio aos entendimentos para solução de controvérsias. Pode-se dizer, assim, que a maioria das disputas no âmbito da OMC serão solucionadas primariamente, se não totalmente, com referência aos textos dos acordos firmados e aos relatórios de painéis anteriores – com um sentido, portanto, de que sistema normativo da OMC seja em grande parte autossuficiente.<sup>40</sup>

Não se pode perder de vista, contudo, que todas as normas supramencionadas, assim como a própria atuação da OMC – seja através da intermediação das negociações travadas por seus países membros, seja através da resolução das controvérsias relativas ao comércio internacional – constituem engrenagens, por assim dizer, de um mecanismo cujo funcionamento possui um único objetivo: a liberalização do comércio.<sup>41</sup> Neste sentido, desde o início das negociações da Rodada Uruguai verificou-se a necessidade de se estabelecer preceitos e parâmetros a fim de que o desenvolvimento das negociações, assim como os acordos que destas resultassem, fosse norteado, assim como permeado, pela busca e pelo alcance da liberalização do comércio internacional.

Por outro lado, tomando-se por base a perspectiva institucionalista da OMC, tem-se que:

A função principal da OMC é desempenhar o papel de um fórum para cooperação internacional em políticas de comércio – a criação de códigos de conduta para os governos [dos países] membros. Estes códigos emergem do

<sup>40</sup> O que não significa o isolamento ou impermeabilidade do sistema normativo da OMC a normas oriundas de outras fontes – como, por exemplo, do próprio direito internacional público ou mesmo dos costumes e práticas internacionais. PALMER, David; MAVROIDS, Petros C. *The WTO legal system: sources of law*. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 92, n. 3, p. 407, 1998.

<sup>41</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 44.

intercâmbio de compromissos de políticas comerciais firmados periodicamente. A OMC pode ser vista como um mercado, no sentido de que os países se apresentam a fim de trocar compromissos de acessos a mercados em bases recíprocas. [...] Um resultado das trocas neste mercado é o desenvolvimento de códigos de conduta [comerciais].<sup>42</sup>

Com efeito, seja sob o ponto de vista dos contextos e das negociações prévias à firmação do Tratado de Marraqueche, seja a partir da perspectiva de lócus formador de códigos e padrões de condutas comerciais, verifica-se que a emergência e a atuação da OMC demandam o estabelecimento de princípios<sup>43</sup>, de forma a conferir unicidade de significado, assim como unicidade de sentido, ao conjunto normativo fundado a partir do Tratado de Marraqueche e, em última análise, à própria liberalização do comércio internacional – em todas as vertentes abrangidas por aquele tratado – e pela própria atuação da OMC – seja em meio à negociação de acordos, seja em meio à solução de controvérsias. Assim,

[...] os acordos da OMC como um todo podem ser vistos como um instrumento constitutivo criador de uma organização internacional. Tal fato teria duas consequências para a abordagem correta para a interpretação das provisões da OMC. Pela primeira, se validaria as referências aos princípios que se relacionam aos objetos e propósitos dos acordos da OMC. Pela segunda, se justificaria uma função maior dos princípios na interpretação, na

---

<sup>42</sup> No original: “*The main function of the WTO is as a forum for international cooperation on trade-related policies – the creation of codes of conduct for member governments. These codes emerge from exchange of trade policy commitments in periodic negotiations. The WTO can be seen as a market in the sense that countries come together to exchange market access commitments on a reciprocal basis. [...] One result of the market exchange is the development of codes of conduct.*” HOEKMAN, Bernard. *The WTO: functions and basic principles*. In: \_\_\_\_\_.; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002. p. 41.

<sup>43</sup> Tipicamente, princípios constituem preceitos de normas gerais, básicas ou hipotéticas que incorporam propósitos ou valores regulamentares essenciais e disponibilizam um amplo guia para o desenvolvimento de regras legais, as quais se direcionam a comportamentos específicos e são utilizadas para solucionar problemas singulares. Dito de outra forma: princípios são as fundações intelectuais de uma ordem jurídica, ao passo que regras são precisamente as leis que implementam os princípios e são explícitas no corpo legal. Complementa-se as distinções entre regras e princípios a partir do fato de que as regras operam a partir de um sistema binário, ou seja, satisfeitas as condições para aplicação de uma regra, a mesma deve ser aplicada a fim de solucionar a questão; quanto aos princípios, esta característica é ausente: um princípio não pode levar a uma determinada solução, pois deve ser aplicado em conjunto com outros princípios, levando-se em consideração o cenário em que se encontra a questão. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 24 et seq. e DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 76 et seq.

medida em que isto poderia auxiliar o alcance dos objetivos do mecanismo de solução de controvérsias da OMC.<sup>44</sup>

Percebe-se, assim, uma dupla função desempenhada pelos princípios, no contexto da OMC: (i) assentar os propósitos para a atuação daquela organização e (ii) indicar, em casos de divergências e disputas entre os países membros, os caminhos mais adequados àqueles propósitos. Mais: diante da impossibilidade de se prever, à época de sua constituição, todas as situações possivelmente decorrentes da interpretação e da aplicação das normas da OMC, constata-se mesmo ser necessário<sup>45</sup> que a construção da estrutura normativa da OMC se desse a partir de princípios, de forma que se tivesse uma maior flexibilidade quanto às possibilidades a serem eventualmente implementadas diante de um fato concreto.<sup>46</sup> É a partir desta perspectiva, assim, que se passa a expor quais são os princípios, e seus respectivos conteúdos, vetores da OMC.

Como primeiro – e talvez principal – dos princípios da OMC tem-se o chamado princípio da não-discriminação. Tal princípio é instrumentalizado a partir da cláusula do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida, as quais se encontram integradas aos principais acordos da OMC, relacionados ao comércio de bens, serviços e propriedade intelectual, a despeito das diferenças e particularidades próprias de cada uma destas áreas.<sup>47</sup> Pela cláusula do tratamento nacional, tem-se que os mesmos tratamentos dispensados aos produtos nacionais também devem ser aplicados sobre os produtos estrangeiros: ou seja, sobre os bens estrangeiros não podem incidir quaisquer taxas, cobranças ou regulamentos que levem à diferenciação dos mesmos perante os produtos nacionais. Já pela cláusula da nação mais favorecida estabelece-se a extensão automática e incondicional,

<sup>44</sup> No original: “[...] *the WTO agreements as a whole could be seen as a constituent instrument creating an international organization. This would have two consequences for the correct approach to interpreting WTO provisions. First, it would validate references to principles that relate to the objects and purposes of the WTO agreements. Second, it would justify a greater role for principles in interpretation to the extent that this may help achieve the objectives of WTO dispute settlement.*” MITCHELL, Andrew D. The legal basis for using principles in WTO disputes. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 10, n. 4, p. 819, 2007. *Mutatis mutandis*, é o que diz Fiorati: “Assim, os princípios regem não somente o Acordo de Marraqueche, mas toda a continuidade do processo de liberalização comercial, feito através de Reuniões, Entendimentos [para controvérsias] e Novas Rodadas.” FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 82.

<sup>45</sup> MITCHELL, op. cit., p. 798.

<sup>46</sup> Em ambos os pontos de vista dos contextos e das negociações prévias à firmação do Tratado de Marraqueche e da perspectiva de lócus formador de códigos e padrões de condutas comerciais, verifica-se aplicável a apurada síntese de Hoekman e Kostecki: “*The WTO establishes a framework for trade. It does not define or specify outcomes*”. HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 29.

<sup>47</sup> HOEKMAN, Bernard. The WTO: functions and basic principles. In: \_\_\_\_\_; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002. p. 42.

para todos os membros da OMC, dos tratamentos benéficos ou vantajosos concedidos por um país membro a outro: assim, um produto feito em um país membro não pode receber tratamento distinto daquele recebido por um produto similar feito em outro país.<sup>48</sup>

Como segundo princípio tem-se o da reciprocidade: através do mesmo, objetiva-se limitar o âmbito do *free-riding* que pode emergir a partir da cláusula da nação mais favorecida, assim como obter “pagamento” pela liberalização do comércio sob a forma de melhores acessos para mercados estrangeiros. Este princípio encontra sua justificação em argumentos de economia política: de um lado, os custos de liberalização do comércio geralmente se concentram em setores econômicos específicos, muitas vezes bem organizados e contrários à diminuição da proteção aos mercados internos; por outro lado, os benefícios do livre comércio manifestam-se e expandem-se para uma coletividade muito maior que a anterior, a qual, contudo, geralmente não se organiza politicamente em prol de seus interesses – e, portanto, em prol dos benefícios gerados a partir do livre comércio. Em tal espectro, a reciprocidade desempenha o papel de impulsionar os setores econômicos exportadores de tal país a apoiarem politicamente a liberalização do comércio internacional neste país, na medida em que existe o compromisso recíproco, por parte dos demais países membros da OMC, de também abrirem suas fronteiras ao livre comércio.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> De acordo com Fiorati, “[...] este é o princípio mais importante do comércio multilateral porque toda vantagem, privilégio ou imunidade que afete direitos aduaneiros, impostos, ou quaisquer outras taxas que são concedidos a uma parte contratante, devem ser estendidos imediata e incondicionalmente a qualquer outra parte contratante [...] [a cláusula de nação mais favorecida possui] uma importante função de política externa na medida em que, ao ampliar os benefícios concedidos a um parceiro comercial a todos os outros parceiros, despolitiza as medidas comerciais e promove relações internacionais pacíficas, bem como não incentiva medidas unilaterais em matéria de comércio internacional.” FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: Ed. UNESP-FHDSS, 2006. p. 79. É importante ressaltar, contudo, que existe uma exceção a tal princípio: trata-se da permissão do tratamento diferencial de produtos entre os países que se encontram dentro de uma mesma organização internacional de integração econômica.

<sup>49</sup> Hoekman esclarece, dizendo que “[...] *obtaining a reduction in foreign import barriers as a quid pro quo for a reduction in domestic trade restrictions gives specific export-oriented domestic interests that will gain from liberalization an incentive to support it in domestic political markets. A related point is that for a nation to negotiate, it is necessary that the gain from doing so be greater than the gain available from unilateral liberalization. Reciprocal concessions ensure that such gains will materialize. More generally, reciprocity in trade negotiations can help to offset the externalities that are imposed by countries on each other as they implement trade policies. In effect, by insisting on reciprocity countries may be able to ensure that their terms of trade are not affected detrimentally.*” HOEKMAN, Bernard. *The WTO: functions and basic principles*. In: \_\_\_\_\_; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002. p. 43. De forma mais pragmática, tem-se Jackson: “*There are times when politics rules and leads to sub-optimal economic outcomes, and there are times when a legal imperative clashes with political reality. But to be successful, the system has to satisfy broad economic objectives of supporting growth and reducing transactions cost, have enough of a legal character to give credibility to its rules, and enjoy political acquiescence if not enthusiasm from the major sponsors.*” JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 72.

O terceiro princípio está relacionado à executividade dos acordos firmados no âmbito da OMC: de nada adianta existirem compromissos e acordos firmados se os conteúdos dos mesmos não podem ser exigidos das partes que o firmaram. Se os princípios anteriores desempenham um importante papel na abertura dos mercados internos ao comércio internacional, verifica-se a existência de outras normas no Tratado de Marraqueche que desempenham um papel auxiliar a este fim, como, por exemplo, as listas de concessões, através das quais os membros da OMC se comprometem a equalizar as tarifas alfandegárias incidentes sobre produtos ou classes de produtos.<sup>50</sup> É a partir deste momento que entra em cena o princípio da executividade dos acordos: em estando estabelecidos os compromissos para equalização das tarifas alfandegárias, é importante que não haja nenhum outro recurso não-tarifário – v.g., restrições quantitativas à importação ou exportação de um produto ou subsídios aos produtores – que tenha por efeito anular ou prejudicar as equalizações tarifárias. Nota-se, portanto, que este princípio constitui uma resposta à constatação – evidenciada como uma das falhas do sistema GATT – de que a liberalização do comércio internacional não seria implementada somente em função de tarifas alfandegárias, mas também em função de outros aspectos atinentes aos fluxos comerciais: trata-se, desta forma, de um princípio que objetiva – a partir da expansão das atuações pela liberalização do comércio para além de aspectos meramente tarifários – aumentar o nível de efetividade e de eficácia da liberalização do comércio internacional.

Constitui a transparência o quarto princípio da OMC, a qual é instrumentalizada pelo dever de publicidade de atos e pelo dever geral de notificação de atos nacionais relativos ao comércio. A justificativa para este princípio é encontrada num argumento relativamente simples: somente a partir do acesso às taxas alfandegárias praticadas e aos conteúdos das demais políticas relacionadas ao comércio adotadas por cada país membro da OMC é que se verificará o cumprimento ou não dos acordos firmados, assim como a eventual necessidade de se acionar ou não a atuação da OMC frente a um caso concreto. Neste sentido, sob a perspectiva do sistema de solução de controvérsias, a transparência desenvolve um papel primordial na medida em que permite a efetiva verificação das políticas eventualmente objetos de discussões e de disputas. Sob a perspectiva própria dos fluxos de comércio – portanto, num contexto mais amplo, porém não menos relevante –, a

---

<sup>50</sup> A equalização das tarifas alfandegárias, como visto, constitui um objetivo buscado desde o GATT e mantido com o advento da OMC. É importante ressaltar que estas listas implicam na impossibilidade de um país elevar as tarifas alfandegárias acima do acordado sem estabelecer ou negociar uma compensação a tal elevação, compensação esta que, por força da cláusula da nação mais favorecida, será estendida a todos os membros da OMC.

transparência auxilia a redução de incertezas relacionadas a políticas comerciais eventualmente adotadas pelos países membros – incertezas estas frequentemente associadas a baixas taxas de investimento e de crescimento econômico.<sup>51</sup>

Por fim, como quinto e último tem-se o princípio das salvaguardas. Trata-se de um princípio que atua como uma espécie de contrapeso às previsões anteriores, assumindo a função de dosar e balancear a implantação do livre comércio: na medida em que a concepção de um sistema de comércio internacional fixo ou rígido implicaria em uma baixa taxa de adesão ao mesmo por parte dos países<sup>52</sup>, verificou-se imprescindível – sob pena de a OMC ser mesmo “natimorta” – o estabelecimento de parâmetros e condições para uma atenuação das ações que instrumentalizam a liberalização do comércio. Neste sentido, identificam-se três classes de salvaguardas dentro do sistema da OMC: (i) aquelas relacionadas à permissão de medidas relativas ao comércio que objetivam o alcance de fins não-econômicos; (ii) aquelas relacionadas à garantia de uma competição justa entre as ofertas nacionais e internacionais; (iii) aquelas relacionadas à intervenção no comércio por razões econômicas.<sup>53</sup> Na primeira classe, estão inclusas providências que permitem políticas destinadas à proteção da saúde pública ou da segurança nacional, assim como à proteção de setores econômicos que sofrem graves prejuízos em razão da competição internacional.<sup>54</sup> Pela segunda classe, estão previstas as medidas que preveem o direito de impor sobretaxas a importações em cuja origem foram identificadas as práticas de subsídios ou de antidumping, a fim de que a competição entre estes produtos e os produtos nacionais se dê em termos de igualdade – ressaltando-se, contudo, que a imposição de tais sobretaxas deve obedecer os critérios e trâmites impostos pela OMC. Na terceira classe, encontra-se a permissão para a adoção de medidas quando a balança de pagamentos de um país passa, em razão de um grande aporte de produtos

<sup>51</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 35. Os Autores ressaltam ainda que, sob a perspectiva institucional da OMC, a transparência assegura àquela organização a “propriedade” da função de trabalhar pela liberalização do comércio: noutros termos, a transparência confere à OMC a legitimidade para desenvolver suas funções.

<sup>52</sup> NEGRO, Sandra C. Nacimiento y evolución del sistema GATT/OMC. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias**. Buenos Aires: Eudeba, 2010. p. 92.

<sup>53</sup> HOEKMAN, Bernard. The WTO: functions and basic principles. In: \_\_\_\_\_.; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002. p. 45.

<sup>54</sup> Ibid. “[no caso de graves prejuízos à indústria nacional] *The underlying idea is generally that governments should have the right to step in when competition becomes so vigorous as to injure domestic competitors. Although not explicitly mentioned in the relevant WTO agreement, the underlying rationale for intervention is that such competition [internacional] causes political and social problems associated with the need for the industry to adjust to changed circumstances.*”

estrangeiros em seu território, por sérias dificuldades ou quando um país deseja incentivar ou apoiar o surgimento de uma nova indústria ou setor econômico.

A partir da exposição dos princípios da OMC, percebe-se que o sistema normativo do comércio internacional teve sua construção baseada e tem a sua atuação voltada para a adoção, para a instituição de práticas colaborativas por parte dos países membros. De um lado, a escolha por esta opção ou abordagem colaborativa encontra duas justificativas. A primeira, situada em meio ao próprio surgimento da OMC, dá-se com base no fato de que, de modo geral, toda tentativa de imposição, por um país, de modelos ou práticas a outros países restou fatalmente infrutífera, ocasionando quebras de relações – comerciais e políticas, essencialmente –, quando, não raro, ensejando a emergência de conflitos armados.<sup>55</sup> Se, como já mencionado, a existência de fluxos comerciais pode ser considerada um elemento que estimula o surgimento e a manutenção de relações entre os países – sendo mesmo associada à manutenção da paz –, seria uma discrepância o estabelecimento de um sistema multilateral de comércio regido por normas impositivas e fixas: como se depreende da própria terminologia utilizada em sua designação, o livre comércio necessita de uma estrutura flexível e permissiva – o que não significa dizer vazia de qualquer regramento – para que possa se estabelecer.<sup>56</sup>

Por outro lado, a abordagem colaborativa encontra sua mais evidente justificativa num aspecto já mencionado: na medida em que o funcionamento do sistema do comércio internacional é atrelado às políticas adotadas pelos diversos Estados, não há como se conceber um sistema multilateral de comércio cujo funcionamento esteja dissociado das políticas nacionais dos países que o compõem. Tal fato se torna mais nítido quando se verifica os próprios conteúdos dos princípios que regem a OMC: pelo princípio da não-discriminação, os países não devem adotar medidas que diferenciem ou privilegiem os produtos nacionais dos produtos estrangeiros; pelo princípio da reciprocidade, os países devem criar as condições internas necessárias para a abertura de seus mercados ao comércio internacional; pelo

<sup>55</sup> RUSSET, Bruce M. **Grasping the democratic peace: principles for a post-cold war world**. Princeton: Princeton University Press, 1993. p. 76.

<sup>56</sup> De outro modo: se as vantagens e benefícios decorrentes do livre comércio constituem um incentivo para os países aderirem ao sistema internacional de comércio, a adesão a um eventual sistema internacional de comércio instituído de modo impositivo e rígido constituiria um *trade-off* que fatalmente nulificaria os incentivos para os países aderirem a tal sistema – vitimando, portanto, a própria liberalização do comércio. Diante dos altos custos – financeiros, políticos e sociais – que decorrem de práticas impositivas e fixas, a última, ou talvez única, alternativa é a colaboração: “*But nevertheless, regardless of the difficulty of explaining the actions of governments, the establishment of a functioning multilateral trade system in the 50 years after the Second World War represents one of the finest achievements of intergovernmental cooperation.*” BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 47.

princípio da executividade dos acordos, os países se comprometem a não utilizar medidas não-tarifárias restritivas de fluxos comerciais, assim como se comprometem a seguir as normas que regem a OMC e que por esta forem emanadas; pelo princípio da transparência, os países devem exteriorizar suas ações relativas ao comércio; e, pelo princípio das salvaguardas, é conferido aos países a inexigibilidade das normas da OMC, desde que atendidos alguns requisitos e que os mesmos encontrem-se em certas circunstâncias.

Ou seja, embora a liberalização do comércio constitua um objetivo que foi traçado e cujo planejamento é, em grande parte, realizado no plano internacional – especificamente, centralizado sob uma organização internacional, a OMC –, a mesma não pode estar apartada das condutas e das políticas internas postas em prática por cada um dos países.

Evidencia-se, assim, a relação entre as políticas nacionais e a liberalização do comércio, na medida em que a implementação da última depende, fundamentalmente, dos conteúdos e dos sentidos da primeira. Assim, muito mais que uma relação de dependência da última à primeira, demonstra-se que a potencialidade de efeitos da primeira perante a segunda é muito maior que aparenta: a adoção de práticas colaborativas e de condutas pró-livre comércio no plano internacional só poderá ocorrer na medida em que as instituições – políticas, econômicas, sociais e, por que não, jurídicas – internas de cada um dos países membros da OMC forneçam a estrutura para tanto.

Percebe-se, a partir deste ponto, que, para a liberalização do comércio internacional, a verificação das instituições – e mesmo dos contextos – nacionais passa a ser tão relevante quanto o estabelecimento de regulamentos para o sistema multilateral de comércio. Em última análise, constata-se ser válido o argumento exposto no item anterior: pouco adiantaria se estabelecer o mais bem-acabado sistema normativo para o comércio internacional se as estruturas nacionais não estiverem aptas a dialogar, a trabalhar com o mesmo.

Esta consciência da necessidade de se contextualizar, de se integrar as políticas nacionais e a liberalização do comércio foi de certa forma introduzida a partir das negociações que levaram à firmação do Tratado de Marraqueche e do próprio surgimento da OMC: como já mencionado, notou-se que a liberalização do comércio internacional constitui um empreendimento cuja realização depende de aspectos e circunstâncias outros que, ademais de não estarem relacionados às tarifas alfandegárias, dificilmente seriam alcançados a partir do GATT. No caso, a percepção então corrente era de que, a partir da OMC estariam

estabelecidas as condições necessárias à compatibilização das normas que regem o sistema multilateral de comércio com as políticas nacionais: não se pode esquecer que, com a emergência da OMC, procurou-se corrigir, a partir da instituição da regra do *single undertaking* e dos princípios que regem o sistema multilateral de comércio, as “falhas” do GATT, as quais eram, naquele momento, tidas como os empecilhos à liberalização do comércio internacional.

Com efeito, a despeito das inovações trazidas pelo Tratado de Marraqueche – assim como dos efeitos positivos que decorreram do mesmo sobre o comércio internacional –, verifica-se que esta tendência de maior integração das políticas nacionais à liberalização do comércio não só se manteve como também se intensificou: se a normatização do sistema multilateral de comércio a partir da OMC permitiu o incremento no número de países que aderiram ao livre comércio, ela também possibilitou a constatação de que o livre comércio depende não só da estrutura que é a ele proporcionada em nível internacional, mas também das condicionantes internas relativas a cada um dos países – nas quais, ademais das já mencionadas vantagens comparativas, pode-se incluir também as políticas nacionais implementadas por cada país.<sup>57</sup> Neste sentido, a exposição deste cenário a partir da ótica institucionalista da OMC:

O aprofundamento da integração tornou-se mais evidente na agenda da OMC na medida em que a liberalização de instrumentos tradicionais de políticas de comércio aumentaram a visibilidade das diferenças nos regimes regulatórios nacionais. A procura por uma integração ainda mais profunda em nível multilateral parte da aplicação coordenada de políticas nacionais e desemboca na harmonização de regimes regulatórios. Tal harmonização algumas vezes é reputada necessária para assegurar o “comércio justo” ou

---

<sup>57</sup> “At some level of abstraction, nearly any economic policy undertaken by the state can be seen as exerting an influence on trade. Any policy that affects relative costs, or demand, or labor markets can shift the international trading environment, favoring some firms at the expense of others. [...] Sometimes their aim [das políticas] is explicitly to enhance the competitive performance of nationally based firms; sometimes, competitive advantage is wholly tangential to the state's policy aims. Whenever these policies are in force, however, firms contemplating either a trading relationship or a foreign investment need to investigate the commercial impact of these trading rules.” Ainda que o trecho em questão tenha sido tratado sob a perspectiva das empresas (*firms*), verifica-se sua aplicabilidade, *mutatis mutandis*, aos países em que estas estão localizadas, na medida em que os efeitos dos fluxos comerciais serão sentidos, em última análise, perante os mesmos. SPAR, Debora L. National policies and domestic politics. In: RUGMAN, Alan M.; BREWER, Thomas L. (Org.). **The Oxford handbook of international business**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 209.

uma igualdade de oportunidades competitivas para empresas estrangeiras e domésticas.<sup>58</sup>

Assim, se o surgimento da OMC repercutiu, como já mencionado, na integração das políticas domésticas relativas ao comércio com a liberalização do comércio internacional, constata-se que a intensificação de tal integração terá sua origem a partir do momento em que se percebe que políticas nacionais outras, embora não específicas ou relativas ao comércio, também desempenham influências sobre os fluxos internacionais de comércio. Noutros termos: a intensificação de que se fala corresponde ao tratamento, sob a perspectiva da liberalização do comércio internacional – e, portanto, sob a perspectiva do Tratado de Marraqueche e da OMC –, de regulamentos nacionais que, embora não relativos ao comércio, e sobretudo ao comércio internacional, terminam por afetar os fluxos comerciais.<sup>59</sup>

Neste sentido, é extremamente relevante mencionar que o entendimento acerca da necessidade de se integrar as políticas domésticas à liberalização do comércio – assim como a sua respectiva intensificação – foi paulatinamente identificado, verificado e exposto a partir de algumas controvérsias que foram apresentadas perante o sistema internacional de comércio. Essencialmente, trata-se dos casos “atum-golfinho I”, “atum-golfinho II” e “camarão-tartaruga”, cuja apresentação se passa a fazer a seguir.

O caso “atum-golfinho I” decorre de uma controvérsia iniciada pelo México contra os Estados Unidos e cujo painel foi instalado ainda sob a égide do GATT, em 1991.<sup>60</sup> Tal controvérsia teve por objeto central uma legislação norte-americana destinada à proteção da população mamífera marinha (*US Marine Mammal Protection Act* – MMPA), a qual dispunha, essencialmente, sobre a proibição da importação e comercialização de peixes que

<sup>58</sup> No original: “Deep integration became more prominent on the WTO agenda because the liberalization of traditional trade policy instruments increased the visibility of differences in national regulatory regimes. Calls for deeper integration at the multilateral level range from coordinated application of national policies to the harmonization of regulatory regimes. Such harmonization is sometimes held to be necessary to ensure ‘fair trade’ or an equality of competitive opportunities for foreign and domestic firms.” HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 413.

<sup>59</sup> No jargão do comércio internacional, utiliza-se a expressão “‘behind the border’ regulation in the WTO” para designar esta situação – a nosso ver, uma designação que, embora em outro idioma, transmite com exatidão o conteúdo de tal situação e os sentidos das discussões dela decorrentes. BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 125 e HOEKMAN; KOSTECKI, op. cit., p. 414.

<sup>60</sup> Os documentos componentes deste painel estão disponíveis em versões eletrônicas no site da OMC: Mexico etc versus US: ‘tuna-dolphin’. 1991. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis04\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2012.

tivessem sido pescados através de técnicas das quais resultariam a morte ou sérios ferimentos a mamíferos marinhos.

Basicamente, os argumentos pelos quais o México fundamentou sua objeção a tal legislação são os seguintes: (i) a proibição à importação de peixes que tenham sido pescados por meio de certa tecnologia de pesca comercial; (ii) a proibição à importação de peixes de países intermediários que não tenham proibido a importação de peixes de países que não utilizaram tal tecnologia; (iii) a possível extensão de tais proibições para todos os produtos derivados de peixes pescados sem a mencionada tecnologia; (iv) a aplicação de rotulagem (diferenciação) ao atum produzido no México e vendido nos Estados Unidos.<sup>61</sup>

O relatório do painel, embora não adotado pelas partes – uma faculdade prevista pelo GATT –, considerou não ser aplicável à proibição de importações de peixes a cláusula do tratamento nacional (Artigo III do GATT 1947) na medida em que em tal aplicação geraria uma restrição quantitativa (Artigo XI do GATT 1947) e que a cláusula do tratamento nacional somente seria aplicável a medidas impostas ao produto em si: no caso, foi considerado pelo painel que a regulação norte-americana incidia somente à venda de atum e seus derivados e não sobre o produto atum propriamente dito.<sup>62</sup> Desta forma, o painel entendeu que a legislação norte-americana, ademais de não estar abrangida pela cláusula do tratamento nacional, constituía uma forma de restrição quantitativa – a qual também não poderia assumir a forma de uma salvaguarda, na medida em que as medidas previstas pela legislação extrapolavam a jurisdição e o território norte-americano, um dos requisitos essenciais para impor salvaguardas<sup>63</sup> –, e, portanto, uma violação ao GATT.

Trata-se do caso “atum-golfinho II” o segundo caso que se utiliza para demonstrar as relações entre políticas domésticas e liberalização do comércio sob a perspectiva do então sistema internacional de comércio. Este caso tem por base, essencialmente, os mesmos fatos e objetos referentes à legislação norte-americana destinada à proteção da população mamífera marinha, com a diferença de que, neste caso, foram a União

---

<sup>61</sup> Nota-se, assim, que a objeção do México a tal legislação foi direcionada muito mais ao aspecto ambiental – contra a proteção destinada aos mamíferos marinhos – que decorreu da mesma que ao aspecto regulador da pesca e da produção de derivados de peixe – notadamente, o atum.

<sup>62</sup> Ainda de acordo com o painel, mesmo que a cláusula do tratamento nacional fosse aplicável à situação posta, a medida em questão – a legislação norte-americana – não seria justificável sob a perspectiva do princípio da não discriminação, fundante de tal cláusula: se o tratamento nacional implica, necessariamente, na comparação entre os tratamentos dados aos produtos, concluiu-se que a legislação questionada, por não afetar o “produto” atum em si, não seria enquadrada neste aspecto.

<sup>63</sup> Foi entendimento deste painel que a aplicação de salvaguardas não pode ter quaisquer efeitos extraterritoriais.

Europeia e a Holanda os responsáveis por acionar o sistema de solução de controvérsias.<sup>64</sup> De modo geral, a decisão deste painel coaduna-se com a decisão de seu predecessor, estabelecendo, ainda que não explicitamente, a relação entre política doméstica e livre comércio a partir do tratamento menos favorável dispensado aos produtos – os peixes e seus derivados – que não fossem produzidos de acordo com o regulamento norte-americano, indicando, por fim, a violação do GATT por tal legislação.

Tal como seu precedente, o argumento utilizado na decisão deste caso levou em conta o aspecto da extraterritorialidade da legislação, tendo, contudo, alcançado uma conclusão distinta a respeito de tal aspecto: no caso, deliberou-se no sentido de que as políticas instituídas internamente a respeito de produtos nacionais e seus recipientes poderiam estar contidas no rol das políticas enquadradas como salvaguardas. Entretanto, a despeito desta distinção, a decisão final do painel foi no sentido de que as medidas contidas na legislação norte-americana não seriam direcionadas primordialmente à conservação de recursos naturais não renováveis, tampouco à proteção da saúde da vida humana, animal ou vegetal (Artigo XX, “b” e “g” do GATT 1947), não podendo, assim, tal legislação ser enquadrada como uma espécie de salvaguarda<sup>65</sup>, constituindo a mesma uma violação ao GATT. Não se pode deixar de ressaltar, contudo, que a distinção mencionada anteriormente tem sua importância na medida em que elas implicaram na ilicitude da legislação norte-americana a partir do momento em que as políticas por ela instituídas levariam ao enfraquecimento do então sistema internacional de comércio – fortalecendo, assim, o entendimento então prevalente de que este tipo de medida era injustificável *per se*.<sup>66</sup>

Por fim, tem-se no caso “camarão-tartaruga” como o último, e talvez mais relevante, caso pelo qual se busca expor a necessidade de se compatibilizar as políticas domésticas ao livre comércio. Trata-se de um caso que foi iniciado por Índia, Malásia,

---

<sup>64</sup> Os documentos componentes deste painel estão disponíveis em versões eletrônicas no site da OMC: EU etc versus US: ‘son of dolphin-tuna’. 1994. Disponível em:

<[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis05\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis05_e.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2012.

<sup>65</sup> A justificação pela qual não se enquadrava a legislação como uma espécie de salvaguarda constitui um dos principais diferenciais de tal caso: ao mesmo tempo em que o painel investigava as especificidades e requisitos inerentes às salvaguardas, ele se baseou nos objetivos e princípios básicos do GATT para fundamentar suas conclusões. Neste sentido, o painel demonstrou que as salvaguardas não poderiam ser interpretadas como uma permissão para que os países membros estabeleçam políticas como um meio para forçar demais países a mudar suas próprias políticas internas: se assim fosse, os direitos de (livre) acesso aos mercados dos países membros seriam demasiadamente enfraquecidos.

<sup>66</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 16.

Paquistão e Tailândia contra os Estados Unidos <sup>67</sup> e que, à diferença dos outros anteriores, já foi processado sob a égide da OMC. <sup>68</sup> O objeto desta controvérsia foi uma legislação norte-americana (Section 609 “a” and “b” of Public Law 101-102, 16 United States Code § 1537) que dispunha (i) o estabelecimento de negociações, por parte do governo norte-americano, com países onde operassem empresas ligadas à pesca comercial, cujas atividades pudessem afetar adversamente espécies de tartarugas marinhas, visando à proteção de tais espécies, assim como (ii) o estabelecimento de proibições à importação de camarão cuja pesca fosse efetuada através de tecnologias que se mostrassem prejudiciais a tais espécies de tartarugas marinhas. <sup>69</sup> Analogamente aos casos anteriores, o argumento exposto contra esta legislação perante o painel era no sentido de que, a partir da mesma, seriam criadas restrições quantitativas que não seriam passíveis de serem classificadas como salvaguardas (Artigos XI, 1, XIII, 1 e XX do GATT 1994) e que resultariam na perda de competitividade de tais países.

A análise inicial do caso pelo painel não indicou se a legislação norte-americana constituiria ou não uma violação à cláusula do tratamento nacional, mas confirmou que a mesma criou efetivamente restrições quantitativas. Isto posto, o painel debruçou-se à verificação de que se as restrições quantitativas geradas poderiam ou não ser enquadradas como salvaguardas: distintamente dos casos anteriores, o painel pôs-se diretamente a averiguar os objetivos e propósitos dos acordos da OMC para, a partir de então, localizar eventuais suportes para a identificação do que viria a ser “discriminação injustificável”. <sup>70</sup>

Neste sentido, a primeira distinção deste caso com relação aos anteriores dá-se na temática da extraterritorialidade: o relatório do painel dispõe expressamente que suas conclusões não seriam baseadas em uma aplicação extra ou supra jurisdicional da legislação norte-americana, transmitindo, assim, seu entendimento de que muitas políticas governamentais podem ter efeitos externos à jurisdição de tais governos, fato este que seria

<sup>67</sup> Os documentos componentes deste painel estão disponíveis em versões eletrônicas no site da OMC: India etc versus US: ‘shrimp-turtle’. 1998. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis08\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2012.

<sup>68</sup> Deve-se ressaltar que, por decorrência do princípio da executividade dos acordos, os relatórios dos painéis e do órgão de apelação só não serão adotados pelo órgão de solução de controvérsias caso haja concordância absoluta de todos os países membros da OMC, inclusive dos envolvidos na disputa em questão – ou seja, não há mais a faculdade das partes adotarem ou não o relatório, tal como no GATT.

<sup>69</sup> Tal proibição só cessaria a partir da certificação de que a nação em que a pesca fosse realizada tivesse um regulamento comparável ao dos Estados Unidos, ou a partir da certificação de que nos locais em que se realizaria a pesca não existissem populações de tartarugas marinhas.

<sup>70</sup> Fez-se o alerta, no relatório, de que legislações similares àquela objeto do painel poderiam afetar a segurança e a previsibilidade do sistema internacional de comércio como um todo: se tais legislações se justificassem corretamente, os acessos aos mercados de bens poderiam sujeitar-se a um crescente número de exigências sobre produtos similares decorrentes de políticas domésticas, fato este que poderia rapidamente levar ao fim da OMC e do sistema internacional de comércio por ela constituído.

irrelevante para decisão a ser tomada pelo painel. Por outro lado, o painel considerou constituir uma não desprezável ameaça ao sistema multilateral de comércio o fato de que uma lei nacional, buscando justificativa no princípio das salvaguardas, opera de forma a afetar as políticas de outros países – ou seja, se o efeito da legislação não se repercute na proteção dos aspectos tutelados pelas salvaguardas, mas sim perante as políticas de outros países. É, portanto, com base nestes raciocínios que o painel entendeu que as proibições decorrentes da legislação norte-americana constituíam uma forma de restrições quantitativas que, por sua vez, não poderiam ser consideradas como uma forma de salvaguardas.

O procedimento continuou mediante a interposição de recurso, por parte dos Estados Unidos, ao órgão de apelação da OMC. Nesta fase, questionou-se única e tão-somente – inclusive devido às próprias restrições referentes ao objeto das apelações no órgão de solução de controvérsias – se a mencionada legislação norte-americana era, de fato, uma discriminação injustificável – e, portanto, se não poderia ser classificada como uma salvaguarda, nos termos do artigo XX do GATT 1994. Em seu relatório, o órgão de apelação refuta, de antemão, a abordagem realizada pelo painel: considerou-se que a averiguação dos objetivos e desígnios da OMC não seria capaz de fornecer uma hermenêutica passível de ser utilizada na apreciação de medidas abrangidas ou justificadas em função de salvaguardas; ao contrário: o entendimento do órgão de apelação foi no sentido de que, na medida em que as salvaguardas implicam na diminuição e restrição dos fluxos de comércio, a sua interpretação deve ser realizada de modo exceptivo, de forma a evitar e prevenir abusos ou desvios de finalidade das mesmas por parte dos países membros da OMC.

Dando seguimento a seu relatório, o órgão de apelação, expondo sua compreensão acerca dos conteúdos do princípio das salvaguardas, entendeu que a legislação norte-americana então discutida revestia uma política geradora de uma injustificável e arbitrária discriminação entre países nos quais se manifestavam condições similares (políticas de proteção às tartarugas marinhas) às norte-americanas. Com relação à extraterritorialidade – do objeto tutelado pela legislação norte-americana –, o órgão de apelação apontou ser de amplo conhecimento o fato de que as tartarugas marinhas em risco ocupavam, em grande parte, mares sob a jurisdição dos Estados Unidos, assim como o fato de que a grande maioria dos demais países do mundo onde se verificava populações de tartarugas marinhas também estabeleceram medidas e políticas destinadas à sua proteção. Não se pode deixar de mencionar, ainda, a relevante manifestação do órgão de apelação no sentido de considerar que o condicionamento, aos países exportadores, do acesso a mercados por meio do cumprimento

de políticas dispostas unilateralmente pelos países importadores poderia constituir, até certo ponto, um aspecto em comum com as políticas que hipoteticamente se encontrariam de acordo com as exceções permitidas pelas salvaguardas.

Quanto ao caráter injustificável da discriminação, nota-se a ênfase dada pelo relatório do órgão de apelação no sentido de que não seria aceitável para um membro da OMC requerer – ou, como na questão apreciada, praticamente impor – que outros países membros da OMC adotem políticas idênticas às suas – implicando, portanto, adoção de objetivos iguais ou similares, assim como seus respectivos métodos para alcance –, sem levar em conta as distintas características dos demais países. Anota o relatório, ainda, que a discriminação torna-se ainda mais insustentável a partir do momento em que os Estados Unidos falharam em sua iniciativa de congregar os demais países membros da OMC a estabelecer e participar, indistintamente, de negociações de medidas e políticas, bilaterais ou multilaterais, visando à proteção das tartarugas marinhas.<sup>71</sup>

Assim, embora com argumentos relativamente distintos, a conclusão do órgão de apelação foi similar àquela do painel: a legislação norte-americana não poderia ser justificada ou enquadrada como uma salvaguarda na medida em que a política por esta instrumentalizada discriminava os países exportadores de camarão injustificadamente, assim como impedia, de maneira arbitrária, a importação de camarão de países em que havia políticas de proteção às tartarugas marinhas aplicadas – como já mencionado, à legislação não se seguia a proteção de um dos valores tutelados pelo princípio das salvaguardas.

Com efeito, o aspecto mais relevante do relatório do órgão de apelação – e aqui se tem o principal motivo da importância deste caso para o presente trabalho – foi o de que, ao mesmo tempo em que este dispôs, em abstrato, que é possível que uma política justificada pelo princípio das salvaguardas possa restringir, em função do modo como se dá a produção de um bem, os fluxos comerciais de um país, ele também rejeitou a conclusão do painel da inadmissibilidade *per se* de alguns tipos de medidas (políticas) unilaterais relativas aos

---

<sup>71</sup> Posteriormente, o relatório do órgão de apelação conjuga estes dois aspectos – a falha das negociações e a legislação discutida no painel – na consequente implementação e execução da política norte-americana, expondo a rigidez e a inflexibilidade quanto à certificação dos métodos e das tecnologias utilizadas na pesca de camarão, sem sequer se preocupar – novamente – com as características e distinções próprias de cada um dos países exportadores de camarão, não estabelecendo sequer um procedimento específico – no sentido de *due process* – para a atribuição de tal certificação.

movimentos de oferta e de demanda que se apresentam sobre e pelos países membros da OMC.<sup>72</sup>

Nota-se, a partir dos três casos apresentados, a ocorrência de transformações acerca dos modos de como se dá a compatibilização e a integração das políticas domésticas à liberalização do comércio. Entretanto, antes mesmo de se expor as transformações ocorridas, é possível perceber um fato que, além de ser comum a estas, acaba por exteriorizar a própria necessidade de compatibilização das políticas domésticas ao livre comércio. Como já visto, identificou-se que as políticas nacionais desempenham influências diretas sobre os fluxos comerciais, mediante tarifas alfandegárias, restrições a exportações e importações, dentre outros – e tal aspecto constitui, inclusive, uma dos próprios objetivos das funções exercidas pela OMC: funcionar como um fórum para cooperação de políticas de comércio<sup>73</sup> –; entretanto, a partir dos casos apresentados, percebe-se que as políticas nacionais também podem influenciar os fluxos comerciais a partir do momento em que elas interferem na forma pela qual se desenvolve a produção de um bem ou de um serviço a ser ofertado no mercado internacional – ou, em síntese, na medida em que elas influenciam os métodos e processos produtivos.

Verificando os casos trazidos ao presente trabalho, percebe-se que o cerne das controvérsias apresentadas constitui, *mutatis mutandis*, um reflexo de como as políticas nacionais podem influenciar os processos produtivos e, por consequência, também os fluxos comerciais. Essencialmente, o que se discutiu nos casos abordados foi se, sob a perspectiva das normas que orientam o sistema multilateral de comércio, seria possível condicionar – por meio da implementação de políticas nacionais – o acesso a mercados a partir do modo como se dá a produção de um bem: em ambos os casos “atum-golfinho I e II” e no caso “camarão-tartaruga”, a controvérsia residia na licitude ou ilicitude, perante o ordenamento jurídico do comércio internacional, da exigência de que o atum e o camarão que fosse exportado aos

---

<sup>72</sup> Noutros termos: estabeleceu-se o entendimento de que os países poderiam se valer de uma política unilateral como instrumento regulador dos fluxos comerciais que se manifestam sobre eles próprios. CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 20.

<sup>73</sup> HOEKMAN, Bernard. The WTO: functions and basic principles. In: \_\_\_\_\_.; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002. p. 41.

Estados Unidos tivesse sido pescado sem a predação de golfinhos e tartarugas marinhas, respectivamente.<sup>74</sup>

A partir das descrições dos casos, percebe-se que as transformações sobre a compatibilização entre as políticas nacionais e a liberalização do comércio podem ser interpretadas no sentido de, senão uma expansão, ao menos um aprofundamento, do campo de ação das primeiras sobre as segundas: ambos os casos “atum-golfinho I e II” foram interpretados estrita e rigidamente no sentido de não ser possível que políticas domésticas disciplinem o modo como se dá a produção de bens importados; será, contudo, no caso “camarão-tartaruga” que se terá a guinada que representa a mudança do entendimento anterior: embora não se pronuncie sobre a eventual violação do princípio da não-discriminação, bem como não considere se a controvérsia em questão se enquadra em tal situação, a decisão final confirmou que, em princípio, é possível que a influência exercida pelas políticas domésticas sobre o modo como se dá a produção seja justificável perante as normas do sistema multilateral de comércio.

O motivo para esta mudança de concepção foi introduzido, ainda que não totalmente, pela política internacional:

Entretanto, com os problemas ambientais ocupando o centro da atenção política no início dos anos 1990, a distinção entre medidas comerciais direcionadas a produtos e aos processos produtivos enfrentou uma crítica crescente. O GATT e, alguns anos depois, a OMC eram frequentemente acusados de impedir políticas nacionais que preservassem o meio ambiente ou sustentassem outros bens públicos de alta qualidade, e a ilegalidade das medidas comerciais baseadas na produção constituía um importante aspecto das supostas deficiências [da proteção do meio ambiente e outros bens públicos].<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Sob pena de não se atender aos fins objetivados no presente trabalho, utiliza-se um raciocínio meramente exemplificativo e elucidativo para o argumento proposto. Não se pretende, com o mesmo, afastar a importância de outros aspectos que intervieram sobre estes casos e que desempenham papel não menos relevante na compreensão dos mesmos. A título de exemplo: poderia ser aventada a hipótese de que as legislações norte-americanas impugnadas teriam muito menos uma finalidade ambiental – a proteção dos golfinhos e das tartarugas – e muito mais finalidades econômicas – privilegiar o produtor norte-americano de atum e de camarão e, sob uma perspectiva mais aprofundada, forçar os produtores de outros países a adquirirem as tecnologias de pesca norte-americanas.

<sup>75</sup> No original: “However, with environmental problems moving to the centre of attention in politics in the early 1990s, the distinction between trade measures aiming at products and those aiming at production processes faced increasing criticism. The GATT and, a few years later, the WTO were often accused of preventing national policies which preserved the environment or supplied other public goods of high quality,<sup>51</sup> and the illegality of production-based trade measures was one important aspect of the alleged shortcomings.” CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 23.

Deve-se ressaltar, contudo, que tanto o impulso – acima mencionado – originado no ambiente político internacional quanto os próprios casos analisados – em especial o caso “camarão-tartaruga” – não se mostraram suficientes a direcionar o sentido sobre o qual se deve estabelecer a compatibilização das políticas nacionais à liberalização do comércio internacional, particularmente, para os fins do presente trabalho, no que tange à atuação das primeiras sobre os processos produtivos.

Embora a questão ambiental tenha constituído um importante indutor para a compatibilização das políticas nacionais – assim como do disciplinamento dos processos produtivos – ao livre comércio, não é difícil perceber uma inconsistência nesta indução, na medida em que, embora fosse uma constante na agenda política internacional, a questão ambiental terminava sempre mitigada em função de aspectos outros que se revelaram, política e economicamente, mais relevantes.<sup>76</sup>

No que tange à casuística na OMC, verifica-se que os relatórios referentes às controvérsias apresentadas – sobretudo os relatórios do caso “camarão-tartaruga” – não indicaram uma interpretação completa, detalhada acerca de quais medidas ou aspectos poderiam eventualmente justificar – também no sentido de constituir um “conectivo” – e enquadrar as políticas nacionais perante os princípios da OMC<sup>77</sup> – salvaguardas e não-discriminação, essencialmente –, assim como não houve, posteriormente a estes casos, nenhuma outra controvérsia que versasse sobre políticas domésticas, processos produtivos e comércio internacional – incorrendo, por fim, no vazio interpretativo de tais aspectos.

Como se nota na fala de Conrad, a ausência desta interpretação mais apurada, mais decantada decorre também das próprias negociações e acontecimentos que margeiam e permeiam o sistema multilateral de comércio:

[...] entretanto, o foco do debate [sobre políticas, processos produtivos e livre comércio] mudou. Com a crescente importância das barreiras não-tarifárias ao comércio, e a conclusão de uma série de outros acordos multilaterais relativos ao comércio de bens na Rodada Uruguai [...] questões relacionadas à

<sup>76</sup> JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 235. De maneira prática: da mesma forma em que na década de 1990 realizou-se a RIO 92 – Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também se pôde notar a ausência de adesão ao Protocolo de Quioto – um dos principais acordos internacionais em matéria ambiental firmados na década de 1990 e que tem por objetivo a redução da emissão dos gases do efeito estufa – por parte dos Estados Unidos, o mais importante agente político e econômico no plano internacional – assim como o maior emissor de gases do efeito estufa.

<sup>77</sup> BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 148.

rotulagem de produtos ou a requerimentos relacionados à rastreabilidade dos produtos, com potencial de serem incluídas no escopo de outros acordos da OMC atraíram consideráveis atenções [em detrimento do debate anterior].<sup>78</sup>

Assim, forma-se uma situação aparentemente incongruente: se, de um lado, estabeleceu-se, perante o sistema multilateral de comércio, o entendimento de que seria possível a implementação de políticas que regulamentassem os fluxos comerciais em função dos processos produtivos, este mesmo sistema multilateral de comércio, pelos motivos acima apontados – e mesmo por outros que não se tenha abordado no presente trabalho –, não providenciou a disciplina de tal possibilidade.

Entretanto, ainda que não se disponha dos requisitos e das disciplinas determinantes da instrumentalização das políticas nacionais que regulam os fluxos comerciais a partir dos processos produtivos, não se pode afastar, de plano, a utilidade e a importância que esta instrumentalização – ou, como foi empregado anteriormente, a compatibilização e integração entre políticas domésticas, processos produtivos e liberalização do comércio – possa desempenhar. Ao contrário: até o presente momento, procurou-se estruturar este trabalho com o intuito de demonstrar, de evidenciar os motivos e justificativas que embasaram e fundamentaram as iniciativas e condutas implementadas. Foi assim que se estabeleceu o percurso iniciado com a fundamentação do comércio internacional e sua necessária normatização, seguido pelo estabelecimento e descrição do tripé FMI-BIRD-GATT base do comércio internacional, as fundações e as transformações do sistema GATT até o Tratado de Marraqueche e a OMC, até o presente momento, em que se procura exteriorizar a relevância que um aspecto – no caso, a conformação dos processos produtivos a partir das políticas nacionais – pode exercer perante o comércio internacional.

---

<sup>78</sup> No original: “[...] however, the focus of the debate has shifted. With the increasing importance of non-tariff barriers to trade, and the conclusion of several other multilateral agreements on trade in goods in the Uruguay Round [...] questions relating to product labeling or to requirements regarding traceability of products, potentially falling into the scope of other WTO Agreements, attracted considerable attention.” CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 24. De acordo com a Autora, a emergência destas novas discussões no âmbito da OMC termina por atrair alguns aspectos do debate acerca da integração entre políticas nacionais, processos produtivos e comércio internacional: exemplo de tal aspecto dá-se com o tratamento das medidas de rotulagem de produtos a partir do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, o que contribuiu para o esvaziamento do debate anterior. Contudo, ainda que, de certa forma, o mencionado acordo possa envolver elementos de políticas nacionais e sua relação com os processos produtivos, percebe-se que o mesmo não esgota todas as modalidades de políticas aplicáveis em todas as cadeias produtivas: ou seja, o debate mais amplo é fracionado, o que não implicou, porém, no desenvolvimento de debates e de entendimentos sobre todas as frações resultantes.

Com efeito, a existência de um *gap* normativo no que tange ao último “trajeto” percorrido pelo presente trabalho não implica na impossibilidade de que o mesmo possa receber ou ser objeto de qualquer tratamento: a despeito de inexistir um entendimento ou normatização por parte da OMC, assim como inexistirem quaisquer outras fontes internacionais que forneçam uma interpretação passível de ser aplicada sobre a integração e a compatibilização entre políticas nacionais, processos produtivos e liberalização do comércio, isto não significa, em absoluto, que a mencionada integração e compatibilização não possa desempenhar qualquer papel ou função, tampouco que não seja relevante, frente a situações concretas no comércio internacional.

No que tange à delimitação de tal papel ou função, contudo, um primeiro passo já foi dado: como se nota no próprio relatório do caso “camarão-tartaruga”, foi considerado que uma política doméstica poderia disciplinar, em função dos processos produtivos, os fluxos comerciais que se manifestam sobre os países membros da OMC, deixando em aberto, contudo, quais seriam os requisitos e finalidades que tal política deveria seguir. Entretanto, a despeito destes requisitos, pôde-se notar que, no que tange ao relatório deste caso, e de certa forma também nos relatórios dos casos “atum-golfinho I e II”, que houve uma tentativa de justificar as legislações norte-americanas em função de salvaguardas para proteção do meio ambiente – em específico, para o caso “camarão-tartaruga”, tendo como fundamento o Artigo XX, “c” e “g” do GATT 1994, que preveem, em essência, a possibilidade de salvaguardas para a manutenção e perpetuação da vida animal e a conservação de recursos naturais.

Ainda que, nos casos apresentados, não se tenha considerado que as legislações norte-americanas pudessem ser justificadas em função de salvaguardas, não se pode afastar o fato de que, no caso “camarão-tartaruga”, foi mencionado que as (hipotéticas) políticas nacionais que restringissem os fluxos comerciais em função dos processos produtivos e que também eventualmente fossem justificáveis em função de salvaguardas – tal como era pretendido pela legislação norte-americana – guardariam um aspecto em comum com a legislação norte-americana então impugnada. Neste sentido, seria de fundamental importância para a determinação de uma função da integração entre políticas nacionais, processos produtivos e liberalização do comércio delimitar o aspecto em comum de que tratou o relatório do caso “camarão-tartaruga”. Em outros termos: um possível sentido para a, já tantas vezes mencionada, integração e compatibilização poderia ser encontrado a partir da evidenciação do vínculo entre a política norte-americana e a política hipoteticamente justificável sob o princípio das salvaguardas.

Tal vínculo ou elemento comum pode ser encontrado a partir da análise de Gstöhl:

Enquanto os parâmetros para produtos objetivam **externalidades** negativas que possam ser causadas no país importador pelo uso ou consumo de um bem, a imposição de padrões [por meio das políticas nacionais] para os métodos relacionados aos processos produtivos dos produtos importados pode afetar condições de trabalho, poluição e outros problemas e **externalidades** nos países exportadores e podem, deste modo, colidir com jurisdições estrangeiras.<sup>79</sup>

Assim, pode-se inferir, a partir do trecho supracitado, que o elemento responsável pela conexão, pela vinculação entre a política norte-americana impugnada no caso “camarão-tartaruga” e a política hipoteticamente justificável sob o princípio das salvaguardas mencionada no relatório de tal caso seria dado pela externalidade, ou mais propriamente, pela geração de externalidades. Neste sentido, a fim de que se possa expor quais as possíveis influências ou consequências de a geração de externalidades constituir o elemento comum entre a política norte-americana e a política “hipotética” exposta no relatório, torna-se necessário expor o que vem a ser uma externalidade.

Deve-se dizer, em primeiro lugar, que o conceito de externalidade é um conceito econômico formulado e delimitado por Ronald Coase em um trabalho intitulado *The problem of the social cost*.<sup>80</sup> Essencialmente, em tal artigo Coase contrapõe-se à teoria de Arthur Pigou, a qual pregava, basicamente, a intervenção estatal para que se internalizassem, por meio de tributos ou instrumentos análogos, os custos sociais – para tanto, Pigou utiliza o exemplo de que as companhias de estradas-de-ferro inglesas não poderiam ser

<sup>79</sup> No original: “Whereas product standards aim at avoiding negative **externalities** that might be caused at home by the use or consumption of a good, the imposition of processes and production methods standards on imported products may concern the working conditions, pollution or other problems and **externalities** in the exporting countries and might thus collide with foreign jurisdictions.” grifo nosso. GSTÖHL, Sieglinde. Blurring regime boundaries: uneven legalization of non-trade concerns in the WTO. **Journal of International Trade Law and Policy**, Bingley, v. 9, n. 3, p. 281, 2010. Ressalta-se que a abordagem do Autor é contextualizada em função da casuística da OMC, sobretudo em função do caso “camarão-tartaruga”: “These processes and production methods – enshrined in national conservation measures or stemming from trade-related provisions in multilateral (environmental) agreements – challenge the rules of the trade regime that have been centred on non-discrimination between ‘like products’. Both the tuna-dolphin II case under the old GATT and the shrimp/turtle case under the WTO found that products such as tuna or shrimp remained ‘like products’ because the method of catching them did not change their nature, but they affirmed the possibility of crafting environmental processes and production methods standards that meet the requirements of Art. XX GATT.”

<sup>80</sup> COASE, Ronald H. The problem of the social cost. In: \_\_\_\_\_. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

responsabilizadas por incêndios em lavouras que margeiam as ferrovias, eventualmente originados em função de fagulhas dos trens: os custos sociais seriam, assim, aqueles que decorrem para indenizar os prejuízos dos incêndios. Ou seja, para Pigou, era o Estado, e por via reversa a população, que deveria arcar com tais indenizações.

Para Coase, contudo, a internalização, tal como proposta por Pigou, não poderia ser implementada sem antes se verificar outros modos mais eficientes para a atribuição de responsabilidades: se se procedesse tal como Pigou propôs, poderiam ser causados efeitos não eficientes perante a sociedade.<sup>81</sup> Assim, Coase entende que a geração de tal custo social se deve não só às atividades das companhias de estradas-de-ferro, mas também aos fazendeiros que estendem suas plantações até a beira dos trilhos das estradas-de-ferro; num raciocínio a *contrario sensu*: não havendo plantações ou estradas-de-ferro, não haveria quaisquer custos sociais.<sup>82</sup> A conclusão que se pode depreender do raciocínio de Coase é, assim, que a melhor forma de se reduzir os custos sociais – as externalidades, portanto – seria alterar os comportamentos do agente para o qual tal alteração se mostrasse menos custosa.<sup>83</sup>

Transmitindo-se a conclusão depreendida – e, de certa forma, seus pressupostos – para o plano jurídico, a externalidade corresponderia à percepção por terceiros (correspondente à internalização dos custos pelo Estado) dos efeitos não mensuráveis ou dificilmente mensuráveis que são gerados a partir de uma relação ou conjunto de relações jurídicas. O exemplo mais singelo que se costuma utilizar para evidenciar uma situação em que é gerada uma externalidade é a poluição: na medida em que os efeitos dos poluentes que decorrem de uma dada atividade produtiva não se restringem aos agentes que desenvolvem tal atividade produtiva e que consomem seus resultados, tem-se a geração de uma externalidade a partir do momento em que terceiras pessoas são afetadas pela ação dos poluentes lançado no ambiente em que todos – tanto os terceiros quanto as partes de mencionada relação – se localizam.

Assim, nota-se que a verificação e a aplicação do conceito de externalidade no caso “camarão-tartaruga” ocorre a partir do momento em que o relatório de mencionado caso

---

<sup>81</sup> Sinteticamente, tais resultados seriam exteriorizados da seguinte forma: as companhias de estradas-de-ferro inglesas, diante do receio em ter que pagar um sem-número de indenizações, diminuiriam as capacidades de suas operações de forma a ter um maior controle das situações que eventualmente gerassem incêndios – gerando, portanto, problemas no transporte de bens e de passageiros e diminuindo, por fim, o bem-estar social. Por outro lado, o Estado e a população estariam assumindo o risco de uma atividade que não se comprometeram a desenvolver. COASE, Ronald H. The problem of the social cost. In: \_\_\_\_\_. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

<sup>82</sup> Ibid., p. 145.

<sup>83</sup> Ibid., p. 147.

traz à tona a existência de diversos acordos internacionais voltados à criação e instituição de medidas de proteção a espécies ameaçadas de extinção, dentre as quais se constatou haver um acordo (Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas) que considerava as tartarugas marinhas como uma espécie ameaçada de extinção e que previa medidas específicas para a proteção das mesmas. Neste sentido, pode-se entender que a externalidade negativa gerada – e que, portanto, constituiria o ponto em comum da política americana com a política hipotética mencionada no relatório – seria a potencial extinção das tartarugas marinhas em seu ambiente natural.<sup>84</sup>

Será a partir deste panorama que se possibilitará a inserção de outras temáticas na integração entre políticas nacionais, processos produtivos e comércio internacional: a partir da identificação ou da geração de uma externalidade negativa é que se poderá limitar ou restringir os fluxos de comércio em função dos processos produtivos empregados. E, por fim, será em razão da externalidade negativa gerada que se instituirá uma legislação (política) direcionada à sua reparação ou correção.

Neste sentido, a partir de Conrad, identificam-se três fundamentos básicos que alicerçam a instituição de legislações ou de regulações (políticas) destinadas à correção de externalidades: (i) a salvaguarda da competitividade dos mercados, (ii) as falhas de mercado e (iii) a realização de objetivos distributivos ou sociais.<sup>85</sup> A respeito destes fundamentos, diz a Autora:

No caso, ambas a primeira e a segunda categoria [fundamentos] preocupam-se se o mercado falha em razão da ausência de concorrência perfeita em sentido amplo. Externalidades podem ser consideradas um caso de falha de mercado, assim como um caso de imperfeição de mercado, se a ausência de externalidades é vista como uma característica de mercados perfeitos. Ambas a segunda e terceira categoria [fundamentos] preocupam-se, por exemplo, se o mercado falha e se os impactos da falha são mais severos para uma parte da população que outra. A categorização [fundamentação], assim, deve ser entendida, grosso modo, como uma aproximação para ilustrar a

---

<sup>84</sup> GSTÖHL, Sieglinde. Blurring regime boundaries: uneven legalization of non-trade concerns in the WTO. **Journal of International Trade Law and Policy**, Bingley, v. 9, n. 3, p. 282, 2010. Diz ainda o Autor: “*For the first time, a WTO ruling recognized that governments have a right to take measures to conserve exhaustible resources even abroad and that trade restrictions based on PPMs could be used for the purpose of environmental protection. Moreover, this ruling promotes the resolution of global and transboundary environmental problems by requiring members to enter into serious, across-the-board negotiations blurring regime boundaries with other states prior to the institution of unilateral trade restrictions.*”

<sup>85</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 87.

inter-relação da regulação [política] e mercados como ferramentas diferentes e inter-relacionadas que buscam o aprimoramento do bem-estar.<sup>86</sup>

Desta forma, a partir do momento em que se nota a expansão da quantidade de elementos sobre os quais podem incidir uma externalidade negativa, nota-se, correlatamente, a potencial expansão de aplicação de políticas destinadas a disciplinar os processos produtivos que possam vir a encontrar justificativa – e mesmo fundamento – perante os princípios que regem o comércio internacional. Assim, verificam-se como exemplos de bases sobre as quais podem incidir externalidades negativas questões relacionadas à saúde, padrões de condições de trabalho, políticas de proteção e defesa do meio ambiente, regulamentos relacionados ao investimento estrangeiro: a aplicação de políticas nacionais sobre tais elementos seria justificável, sob a perspectiva do sistema multilateral do comércio, em se demonstrando a geração ou a manifestação de externalidades negativas em função destes elementos.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> No original: “For instance, both the first and the second category are concerned if markets fail because of the absence of perfect competition in a broader sense. Externalities can be considered a case of market failure as well as a case of market imperfection, if the absence of externalities is seen as a characteristic of perfect markets. Both the second and the third category are concerned, for example, if markets fail, and if the impacts of failure are more severe for one part of the population than for another. The categorization should therefore be understood as a rough approximation illustrating the interrelation of regulation and markets as different and interrelated tools serving the objective of improving welfare.” CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 92.

<sup>87</sup> GSTÖHL, Sieglinde. Blurring regime boundaries: uneven legalization of non-trade concerns in the WTO. **Journal of International Trade Law and Policy**, Bingley, v. 9, n. 3, p. 283, 2010.

## CAPÍTULO 2 POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: FUNDAMENTOS, RELAÇÃO COM O COMÉRCIO INTERNACIONAL E REGRAMENTOS NACIONAIS

*Disse-o já, e repito: o Direito Econômico – e nele se insere o antitruste, repito ainda – presta-se a defender o capitalismo dos capitalistas.*<sup>1</sup>

Eros Roberto Grau

### 2.1 Dos fundamentos da política de concorrência aos pressupostos de sua integração com o comércio internacional

Embora não se tenha mencionado explicitamente no capítulo anterior, não é difícil notar que a geração de externalidades negativas constitui um aspecto que, *per se*, ensejaria a instituição de políticas por parte dos Estados. Como mencionado, percebeu-se que a geração e os efeitos das externalidades não estão restritos aos limites territoriais de cada Estado, razão da necessidade de seu enfrentamento tanto sob o plano interno quanto sob o plano externo aos Estados.

Até o presente momento realizou-se uma contextualização “de fora para dentro”, por assim dizer, do tratamento das externalidades: objetivou-se demonstrar que as externalidades – sua geração e manifestação – constituem uma temática cuja abordagem deve ocorrer também sob a perspectiva da sociedade e do direito internacional. Em específico, pretendeu-se demonstrar que o sistema multilateral de comércio, ademais de ser influenciável pela manifestação de externalidades, pode oferecer instrumentos passíveis de serem utilizados na correção das mesmas.<sup>2</sup>

Esta perspectiva é importante na medida em que permite o estabelecimento da noção de que, a partir da exteriorização de parâmetros para a integração entre as políticas

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 8.

<sup>2</sup> Neste sentido, retorna-se à premissa anteriormente estabelecida, no sentido de que, na medida em que geram riqueza e benefícios, há uma tendência para que as relações de comércio sejam estruturadas e se prolonguem no tempo. Assim, a inserção das externalidades sob esta perspectiva teria implicações não só perante os produtos – e, portanto, seus processos de constituição – que fundamentam e que abastecem tais relações, mas também perante as próprias relações de comércio, na medida em que a correção das externalidades pode ser induzida ou efetivada não só a partir do próprio processo produtivo, mas também a partir do estabelecimento ou imposição de elementos corretores nas relações comerciais responsáveis pelos fluxos dos produtos.

nacionais e o sistema multilateral de comércio, os fluxos comerciais internacionais não poderiam ser fundados ou estabelecidos sob um contexto de geração de externalidades negativas, na medida em que tal fato implicaria, primordialmente, na diminuição dos efeitos positivos que decorreriam da liberalização do comércio – estaria se mitigando, em suma, o *trade-off* positivo advindo do livre comércio.

Contudo, a despeito das diversas bases sobre as quais podem ser geradas externalidades negativas, ressalta-se uma que guarda estreita relação com o sistema multilateral de comércio e com as políticas nacionais: trata-se da base em que se desenrolam as disputas entre as ofertas de produtos destinados ao suprimento das necessidades manifestadas pela sociedade – portanto, da base em que ocorrem as relações de concorrência entre os agentes produtivos, com fins de satisfazer as demandas sociais.

Neste sentido, nota-se que diversos aspectos relacionados à competição entre agentes econômicos já encontram tratamento dispensado pelo atual sistema multilateral de comércio, o que pode ser verificado em função dos conteúdos dos acordos que compõem o Tratado de Marraqueche, assim como das próprias atividades desenvolvidas pela OMC em meio a temas como políticas de comércio, subsídios, acessos de estrangeiros a mercados nacionais, dentre outros.<sup>3</sup>

Estes tratamentos relacionados à concorrência podem ser sintetizados em função de três acordos da OMC: o Acordo Relativo a Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS – *Trade Related Investment Measures*), em que se verifica a possibilidade de solicitar, aos países membros, medidas referentes à disciplina da concorrência que sejam aplicadas sobre aspectos relacionados a investimentos estrangeiros; o Acordo Relativo aos Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), que faculta aos governos nacionais a adoção de medidas para controlar práticas anticompetitivas decorrentes do exercício de direitos de propriedade intelectual, das quais resultem efeitos adversos sobre o comércio internacional e que impeçam ou dificultem a transferência e a disseminação da tecnologia; os Acordos Gerais Relativos ao Comércio de Serviços (GATS – *General Agreements on Trade in Services*), o qual, embora reconheça que determinadas práticas

---

<sup>3</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 426. Não se pode esquecer do aspecto mais básico que relaciona o sistema multilateral de comércio à concorrência: a partir da liberalização do comércio internacional, verifica-se que a importação e a exportação passam a constituir, respectivamente, uma fonte de concorrência e novos mercados aos produtores nacionais. JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 17.

empresariais podem restringir a concorrência no comércio de serviços, não impõe obrigações relativas ao escopo e à efetividade do direito da concorrência naquele setor.<sup>4</sup>

Assim, percebe-se que a temática da concorrência não é tratada de modo exaustivo pelo sistema multilateral de comércio. Mais: a partir da verificação do tratamento dispensado à concorrência pelo sistema multilateral de comércio, é possível constatar que os focos do Tratado de Marraqueche e da atuação da OMC dirigem-se, essencialmente, ao exame da necessidade ou não de haver regras específicas relativas a legislações nacionais de concorrência, assim como regras específicas relativas à efetividade de tais legislações – tratamento este que compreende um aspecto do conjunto disciplinador da concorrência, porém não a sua totalidade.<sup>5</sup> Será a partir deste contexto, assim, que se pode constatar que:

Talvez a mais lógica extensão das regras de comércio (além da ligação entre regras de comércio e regras financeiras internacionais) está em direção à concorrência. A liberalização do comércio remove muitas condições necessárias ao uso do poder de monopólio dentro dos países, mas o mercado internacional pode precisar ser monitorado para [evitar] comportamentos colusivos e a exploração de consumidores.<sup>6</sup>

Com efeito, se de um lado o sistema multilateral de comércio dispõe de uma regulamentação parcial acerca da concorrência, e, de outro, a concorrência constitui um tema que é afim tanto às políticas nacionais quanto ao sistema multilateral de comércio, não é difícil concluir que sua disciplina – ou, retomando a expressão retro mencionada, a totalidade de sua disciplina – estará intensamente vinculada às atuações nacionais. Isto não significa, contudo, que a dimensão internacional da disciplina da concorrência não possa, ou mesmo deva, ser estendida ou ampliada – como já foi adiantado pela citação anteriormente efetuada. Paralelamente a tal fato, deve-se ter em mente que esta forte vinculação da disciplina da concorrência à atuação nacional não afasta, em absoluto, a possibilidade de geração de efeitos

---

<sup>4</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 428.

<sup>5</sup> Ressalte-se a diferença entre leis de concorrência e política de concorrência: a primeira está contida na segunda, que, a seu turno, engloba o conjunto de medidas e instrumentos utilizados pelos governos que ditam as condições de concorrência que imperam em seus respectivos mercados. HOEKMAN, Bernard M. Competition policy and the global trading system. **The World Economy**, Oxford, v. 9, n. 20, p. 385, 1997.

<sup>6</sup> No original: “*Perhaps the most logical extension of trade rules (besides linking trade with international financial rules) is in the direction of competition. Trade liberalization removes many conditions necessary for the use of monopoly power within countries, but the international market may need to be monitored for collusive behavior and exploitation of consumers.*” BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 146.

da disciplina nacional da concorrência sobre o plano internacional – inclusive sobre o plano do comércio internacional.

Desta forma, o estabelecimento de uma regulamentação para a concorrência tende a adquirir contornos extremamente complexos, eis que a concorrência constitui uma temática afim tanto ao sistema multilateral de comércio quanto às atuações (políticas) nacionais. Esta complexidade é justificada essencialmente a partir da própria liberalização do comércio, a qual implica na ocorrência, ainda que em termos hipotéticos, da competição entre os agentes produtivos simultaneamente nos níveis ou planos nacionais e internacionais.

Esta inferência é extremamente relevante na medida em que ela externa, a uma só vez, a possibilidade de expansão da dimensão internacional da disciplina da concorrência, bem como a potencial ampliação dos efeitos que sua disciplina nacional pode apresentar sobre o plano do comércio internacional. Mais: verifica-se o aumento da importância de tal inferência na medida em que ela exterioriza a necessidade, demonstrada no capítulo anterior, de integrar o sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais, uma vez que as disputas concorrenciais ocorrem – ou ao menos têm o potencial para ocorrer – simultaneamente no plano do comércio internacional e no plano doméstico.

A partir deste cenário, faz-se mister verificar, em ambos os níveis nacional e internacional, quais são as externalidades negativas relativas à concorrência. Se o sistema multilateral de comércio somente disciplina alguns aspectos relativos à concorrência (a “não-totalidade”), a identificação das externalidades negativas associadas à concorrência, em nível internacional, possibilitaria evidenciar quais seriam os aspectos concorrenciais que não são objeto de quaisquer disciplinas, o que, basicamente, constituiria a primeira etapa para complementar a disciplina da concorrência no plano internacional. Ressalte-se, por fim, que esta verificação apresenta consequências que vão além da própria integração entre o sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais.<sup>7</sup>

Neste sentido, como já foi relativamente adiantado no capítulo anterior, a salvaguarda da competitividade dos mercados, a correção das falhas de mercado e a realização de objetivos distributivos ou sociais constituem, essencialmente, os fundamentos

---

<sup>7</sup> A consequência natural desta verificação evidencia-se da seguinte forma: se as externalidades negativas constituem o elemento responsável por realizar a integração entre o sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais, a identificação e verificação de externalidades negativas relativas à concorrência possibilitaria o estabelecimento dos pressupostos pelos quais se daria a compatibilização das políticas nacionais de concorrência e a disciplina da concorrência no plano internacional. Assim, a partir da identificação destas externalidades, passaria a ser possível identificar os limites para as restrições dos fluxos internacionais de comércio eventualmente fundamentadas em função das políticas nacionais de concorrência.

para o estabelecimento de políticas nacionais. Vistos sob uma ótica reversa, é possível concluir que estes fundamentos correspondem, em última análise, à gênese das externalidades negativas que devem ser corrigidas pelas políticas nacionais: se as políticas nacionais constituem o instrumento dos quais os Estados se valem para a correção das externalidades, tem-se que todos os elementos fundantes de uma política nacional serão necessariamente conexos ao menos a uma externalidade negativa.

Assim, passa-se a realizar a exposição dos fundamentos supramencionados visando à averiguação das externalidades negativas que se referem à concorrência. Deve-se ressaltar que, embora estes fundamentos relacionem-se a políticas nacionais, não se pode afastar peremptoriamente a utilidade dos mesmos para a identificação das externalidades relacionadas à concorrência no plano internacional, uma vez que, em função da liberalização do comércio internacional, as disputas concorrenciais passam a ocorrer simultaneamente nos níveis nacional e internacional, implicando na manifestação das externalidades em ambos os níveis <sup>8</sup> – permitindo, portanto, a identificação das externalidades em nível internacional a partir das “externalidades nacionais”.

Tem-se, assim, como o primeiro dos fundamentos para as políticas nacionais a salvaguarda da competitividade dos mercados. Este fundamento refere-se, primordialmente, às deficiências apresentadas nas realidades dos mercados, cuja identificação decorre das discrepâncias verificadas entre o funcionamento dos mercados em nível teórico e a forma como efetivamente os mesmos operam. <sup>9</sup> No caso, o propósito deste fundamento consiste na adoção de medidas visando à aproximação das condições efetivas de operação dos mercados para as condições preconizadas nos modelos teóricos de funcionamento dos mercados.

Será em meio a este contexto de modelos teóricos de funcionamento de mercados que emerge o modelo da concorrência perfeita como o mais abrangente perante os

---

<sup>8</sup> Embora constitua um adiantamento do raciocínio que se pretende expor, a síntese de tal situação é verificada por Fiorati da seguinte forma: “Se as empresas são globais e o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global.” FIORATI, Jete Jane. Fundamentos jus-econômicos para uma disciplina da concorrência na OMC – Organização Mundial do Comércio. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 14, p. 155, 2005.

<sup>9</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 86.

distintos sistemas econômico-produtivos do globo.<sup>10</sup> Neste sentido, destaque-se que a construção do modelo de concorrência perfeita é fortemente vinculada ao conceito de “ótimo de Pareto”, por meio do qual se estabelece a noção de que a eficiência de uma atividade ou de uma relação deve ser medida de forma que a melhoria das condições e elementos destas atividades ou relações não ocasione prejuízos para outras atividades ou elementos destas relações, bem como para terceiros alheios a ambas. Assim, a transposição do conceito de “ótimo de Pareto” para o modo de funcionamento dos mercados pode ser traduzida como o funcionamento eficiente dos mercados.

Assim, um mercado em concorrência perfeita distingue-se pela manifestação de um equilíbrio, em função de um dado preço, entre o que é produzido e o que é consumido. Este equilíbrio pode ser demonstrado da seguinte forma: inicialmente, tem-se que a oferta de bens e serviços num dado mercado reflete ou contém os custos marginais que a produção dos mesmos demanda dos agentes econômicos ofertantes. Assim, tais agentes só produzirão uma quantidade  $X$  de bens ou serviços se o preço dos mesmos no mercado for superior aos custos de sua produção – os custos marginais –: se o preço não chegar a este nível, quaisquer agentes econômicos não seriam incentivados a produzir mercadoria alguma.

Isto faz com que a oferta em mercados competitivos, em que há uma pluralidade de agentes produtivos, seja marcada pelo aumento dos custos marginais em razão da quantidade de bens e serviços produzida – ou seja, os agentes econômicos experimentam ganhos decrescentes em função da expansão de sua produção –, ao passo que a demanda por produtos nestes mercados será caracterizada por uma menor quantidade de necessidades manifestadas a partir do aumento dos preços de bens e serviços neste mesmo mercado.<sup>11</sup> Assim, percebe-se que o equilíbrio exato deste mercado seria alcançado a partir do momento em que, a determinado preço, a quantidade de produtos ofertados constitua a exata quantidade

---

<sup>10</sup> Não se pode deixar de ressaltar, contudo, a existência de diversos modelos teóricos que se propõem a determinar e a explicar as funções e os modos pelos quais os mercados devem funcionar. Inclusive, salienta-se a existência de modelos teóricos mais complexos e aprofundados que o modelo da concorrência perfeita, cujos surgimentos decorreram dos próprios avanços obtidos no campo das ciências econômicas e por meio dos quais se possibilitou a descrição pormenorizada do funcionamento dos mercados em função de índices econométricos – v.g., a teoria de eficiência de Kaldor-Hicks. Com efeito, a opção pelo modelo de concorrência perfeita justifica-se, no presente trabalho, uma vez que sua compreensão não pressupõe a utilização de instrumentos econométricos, bem como que seu conteúdo permite evidenciar as externalidades negativas relativas à salvaguarda de competitividade dos mercados – correspondendo, assim, ao objetivo traçado.

<sup>11</sup> Neste sentido, quanto mais baixo for este preço, menor será o incentivo para os agentes econômicos produzirem, incorrendo numa oferta incapaz de satisfazer a demanda; por outro lado, quanto maior for este preço, haverá maior incentivo para a produção, gerando uma oferta superior à demanda, incorrendo em excedentes – e mesmo desperdícios – de produção ou na impossibilidade de todos os consumidores satisfazerem suas demandas.

de produtos demandados: em um mercado em concorrência perfeita, há só um preço que possibilita este equilíbrio.<sup>12</sup>

Será exatamente a partir deste momento que se qualifica a concorrência perfeita como modelo teórico para o funcionamento de mercados: o alcance e a manifestação deste equilíbrio exteriorizam-se pela eficiência do mercado em satisfazer todas as necessidades sociais que no mesmo se apresentam. Neste sentido, é importante destacar que os mercados em concorrência perfeita particularizam-se pela instalação de todo um conjunto de elementos que implicam na caracterização e na exteriorização da eficiência inerente a tais mercados. Resumidamente, trata-se: (i) da completa e perfeita informação dos consumidores e dos agentes econômicos; (ii) da homogeneidade ou da ausência de diferenciação dos produtos ofertados; (iii) da ausência de poder de mercado e da manifestação de qualquer influência por parte dos consumidores ou dos agentes econômicos; (iv) do livre ingresso e saída dos agentes econômicos nos mercados; (v) e da ausência de custos de transação.<sup>13</sup>

Com efeito, deve-se ter em mente que o mercado em concorrência perfeita constitui uma instituição inalcançável, uma vez que os pressupostos sobre os quais sua teorização se apoia dificilmente se materializam na dinâmica dos mercados.<sup>14</sup> É a partir do reconhecimento da imperfeição dos mercados – decorrente do caráter inalcançável da concorrência perfeita – que a teoria econômica passa a propor instrumentos para, senão substituir os elementos relativos à eficiência inerente à concorrência perfeita, ao menos mitigar os aspectos causadores da imperfeição e da ineficiência dos mercados: é em meio a estas circunstâncias que se identificam as externalidades negativas relativas à salvaguarda de competitividade dos mercados, devendo as políticas nacionais estabelecidas sob tal

---

<sup>12</sup> Complementando a nota anterior: o alcance do preço de equilíbrio proporciona o incentivo à produção sem excedentes do agente econômico, ao mesmo tempo em que constitui o preço que todos os consumidores podem, e estão dispostos a, dispendar para adquirir os produtos inerentes às suas necessidades. HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 28.

<sup>13</sup> Ibid., p. 7. Não será possível efetuar o aprofundamento dos elementos caracterizadores da eficiência sem prejuízo dos demais temas a serem tratados no presente trabalho. Assim, seu tratamento será efetuado *pari passu* às externalidades negativas, em acordo com o objetivo estabelecido para este segmento do trabalho.

<sup>14</sup> Tome-se o exemplo do atendimento de todas as necessidades dos consumidores: para que isto se verificasse na realidade, seria necessário que todos os consumidores de um dado mercado dispusessem de um poder de compra mínimo que possibilitasse a aquisição de todos os produtos relativos às suas necessidades. Entretanto, é fácil verificar que, mesmo nos países ditos desenvolvidos, esta condição não se efetiva, pelas mais diversas razões – geração e distribuição de renda, taxas de emprego, tributação, para citar os mais singelos.

fundamento atuarem de forma a prevenir e conter as práticas que obstaculizam a eficiência decorrente da concorrência perfeita.<sup>15</sup>

Isto posto, passa-se ao fundamento da correção das falhas de mercado: trata-se de um fundamento que se correlaciona substancialmente com o fundamento da salvaguarda da competitividade dos mercados, uma vez que ambos direcionam-se, embora sob perspectivas distintas, aos mercados. No caso, as falhas de mercados constituem situações pelas quais a alocação eficiente de recursos disponíveis em dado mercado é obstada em função das características e dos elementos do próprio mercado<sup>16</sup> – independente, inclusive, de tal mercado funcionar ou não em concorrência perfeita.

Neste sentido, entende-se por eficiência alocativa de recursos a capacidade de os agentes econômicos dispenderem o mínimo possível – de insumos, trabalhadores, máquinas, entre outros recursos produtivos – na confecção de seus produtos ofertados nos mercados. Constata-se, assim, que a eficiência relativa à correção das falhas de mercado é medida, é evidenciada em função da produção, da oferta e, por fim, dos agentes produtivos.<sup>17</sup>

Identifica-se a primeira das causas das falhas de mercado em meio a uma situação em que os preços dos produtos são fixados de maneira autônoma em relação ao mercado, sendo tal desvinculação evidenciada essencialmente quando os produtos ofertados no mercado não forem excludentes, tampouco rivais – noutros termos: o consumo destes produtos não implica em seu esgotamento ou sua reposição perante o mercado. Esta situação é comumente verificada em meio a monopólios naturais – circunstância econômica na qual os custos fixos de instalação da produção são consideravelmente altos, ao passo que os custos médios de produção decaem com a expansão da própria produção e de sua oferta.<sup>18</sup> Em específico, a falha de mercado decorrente de monopólios naturais evidencia-se na medida em que, nos mesmos, há uma tendência de somente um agente econômico reunir os requisitos e

<sup>15</sup> Em específico, tais externalidades negativas atuam sobre os elementos que caracterizam ou exteriorizam a eficiência nos mercados em concorrência perfeita, ou seja, à medida que (i) se verifica a assimetria de informações entre os agentes econômicos e os consumidores, (ii) há diferenciação entre os produtos ofertados no mercado, (iii) os agentes econômico possuem e manifestam poder de mercado perante seus pares e os consumidores, (iv) existem barreiras à entrada e à saída de agentes econômicos nos mercados e (v) há, em distintos níveis, custos de transação nos mercados, se terá, direta e indiretamente, a manifestação de externalidades negativas relativas à salvaguarda da competitividade dos mercados. CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 88 e HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 48.

<sup>16</sup> CONRAD, op. cit., p. 88 e HOVENKAMP, op. cit., p. 74.

<sup>17</sup> Ressalte-se que a eficiência à qual se alude neste fundamento não necessariamente é correlata à eficiência manifestada na concorrência perfeita, que é dada em função da capacidade dos mercados de equilibrar os níveis de oferta e de demanda.

<sup>18</sup> CONRAD, op. cit., p. 89.

recursos inerentes à produção: assim, será em razão das características do produto, bem como diante da ausência de outros produtores, que este agente econômico poderá ofertar seu produto ao preço que melhor lhe convier.<sup>19</sup>

Já a segunda das causas geradoras de falhas de mercado assenta-se, em parte, em alguns aspectos tratados na análise do primeiro fundamento das políticas nacionais. Conforme exposto, sob distintas perspectivas a eficiência constitui o fulcro para a correção das falhas de mercado e para a salvaguarda da competitividade do mercado. Entretanto, a despeito destas distinções, não se pode afastar o reconhecimento de pontos em comum entre a eficiência na alocação de recursos e a eficiência inerente à concorrência perfeita, pois, embora a primeira se refira à produção e à oferta e a segunda se refira ao equilíbrio entre oferta e demanda, ambas se localizam e se articulam, em última análise, no contexto dos mercados.<sup>20</sup>

Estes pontos em comum são identificados em função dos elementos que caracterizam e exteriorizam a eficiência do mercado em concorrência perfeita<sup>21</sup>, devendo-se atentar, porém, que o “fator comum” será evidenciado a partir da afinidade de tais elementos com a produção ou a oferta – eis que se trata da eficiência alocativa. Neste sentido, verifica-se que, excetuados os elementos explicitamente sem afinidade com a produção e a oferta – essencialmente, os elementos que se referem aos consumidores e à demanda –, todos os demais elementos caracterizadores da eficiência de mercado encontram-se próximos à eficiência alocativa, uma vez que desempenham, ainda que potencialmente, influências sobre os níveis da produção e da oferta disponibilizadas nos mercados.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> “*Like any monopolist, the natural monopolist will seek out its profit-maximizing price at the intersection of its marginal cost and marginal revenue curves.*” HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice.** Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 33.

<sup>20</sup> De outra forma: se, de um lado, a eficiência alocativa manifesta-se na produção e na oferta e, de outro, a eficiência decorrente da concorrência perfeita manifesta-se pelo equilíbrio entre oferta e demanda, estabelece-se o relacionamento entre ambas na medida em que à segunda passa a interessar o alcance – e sobretudo a forma como se dá este alcance – da primeira. A eficiência da produção e da oferta constitui uma relevante etapa à consecução da eficiência do mercado, apesar de não ser suficiente, *per se*, ao alcance desta.

<sup>21</sup> Relembrando: trata-se (i) da completa e perfeita informação dos consumidores e dos agentes econômicos; (ii) da homogeneidade ou da ausência de diferenciação dos produtos ofertados; (iii) da ausência de poder de mercado e da manifestação de qualquer influência por parte dos consumidores ou dos agentes econômicos; (iv) do livre ingresso e saída dos agentes econômicos nos mercados; (v) e da ausência de custos de transação.

<sup>22</sup> Esta influência é percebida na própria atuação dos agentes econômicos: “*As a general rule, firms set prices and the issue is what determines their freedom so to do. In part this depends on the degree of perfection of the market, and both of them [a perfeição do mercado e a liberdade de fixar preços] depend on the organization of the market and the capacity to disseminate information among market participants. It also depends on the speed with which market participants are able to react to different offers, either as consumers or suppliers of resources.*” METCALFE, John S.; RAMLONGAN, Ronnie. Competition and the regulation of economic development. In: COOK, Paul; FABELLA, Raul; LEE, Casey (Org.). **Competitive advantage and competition policy in developing countries.** Northampton: Edward Elgar Publishing, 2007. p. 23.

Assim, não se pode negar que as duas eficiências acima expostas podem ter componentes e elementos coincidentes ou que se interseccionam, refletindo, por fim, na própria coincidência ou intersecção de elementos dos fundamentos da correção das falhas de mercado e da salvaguarda da competitividade do mercado. Isto é importante uma vez que possibilita a identificação – *mutatis mutandis* e no que tange à segunda causa das falhas de mercado – das externalidades da mesma forma como se procedeu no primeiro fundamento: emergirão as externalidades negativas à medida que os elementos caracterizadores e exteriorizadores da eficiência alocativa têm sua manifestação obstaculizada.<sup>23</sup> Desta forma, devem as políticas nacionais fundadas com base na correção de falhas de mercados atuarem de forma a prevenir e conter as práticas que incorrem na emergência e na propagação de tais obstáculos, a fim de corrigir as externalidades dos mesmos decorrentes.

Já a correção das falhas de mercado decorrentes da primeira causa efetiva-se por meio de atuações sobre os dois principais elementos caracterizadores dos monopólios naturais: os produtos não serem excludentes ou rivais e a não existir uma pluralidade de agentes produtivos. Individualmente ou em conjunto, as características dos monopólios naturais fazem com que os agentes econômicos nos mesmos insertos dediquem suas atenções exclusivamente aos ganhos, relegando a outros planos aspectos inerentes à produção e à oferta – e, portanto, à eficiência alocativa. É exatamente neste ponto que se identificam as externalidades negativas referentes à primeira causa das falhas de mercado, assim como o foco de atuação das políticas nacionais: regulando a produção e a oferta de bens e serviços no contexto dos monopólios naturais, seria possível superar as condições que ocasionaram a falha do mercado ou corrigir a forma como se dá a alocação de recursos nos mesmos.<sup>24</sup>

Por fim, obedecendo ao critério estabelecido, tem-se como derradeiro fundamento das políticas nacionais a realização de objetivos distributivos ou sociais. Como é possível depreender de sua própria nomenclatura, trata-se de um fundamento que, a despeito de seus predecessores, está relativamente desvinculado de argumentos econômicos. Esta

---

<sup>23</sup> Nestes termos, a eficiência alocativa seria obstaculizada quando (i) não há completa e perfeita informação por parte dos agentes econômicos; (ii) os produtos ofertados nos mercados são diferenciáveis em função de qualidade, preços e outros aspectos; (iii) os agentes econômicos ostentam e manifestam distintos níveis de poder econômico; (iv) há barreiras à entrada ou saída dos agentes econômicos nos mercados; (v) quando há distintos níveis de custos transação apresentados aos agentes econômicos.

<sup>24</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law**: interfacing trade and social goals. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 90. É importante ressaltar que, as políticas regulatórias não se prestam exclusivamente à correção dos monopólios naturais. Entretanto, quando assim o fizerem, é possível que estas adotem propósitos e objetivos análogos aos estabelecidos no tratamento da segunda causa das falhas de mercado, uma vez que ambas as causas se remetem, em última análise, à eficiência alocativa. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

relativa desvinculação ampara-se no fato de que nem sempre o raciocínio econômico irá corresponder às preferências e necessidades sociais.<sup>25</sup>

Em específico, verifica-se esta “não correspondência” na medida em que a eficiência alocativa e a eficiência decorrente da concorrência perfeita – e sobretudo suas características e efeitos – podem estar em desacordo com as normas morais e éticas ou a noção de equidade manifestadas pelas sociedades. Por esta razão, a identificação desta “não correspondência” só poderá ocorrer na arena política em que as sociedades concentram suas decisões e estabelecem suas normas: os efeitos da eficiência alocativa ou da eficiência dos mercados somente poderão ser considerados “indesejados” por uma sociedade quando esta consigna os parâmetros morais, éticos e de equidade que a regem de modo conflitante com os efeitos retromencionados.<sup>26</sup>

Particularmente em função da configuração deste caráter “indesejável” que será possível estabelecer e adotar medidas contra os próprios efeitos indesejáveis que decorrem dos mercados – e das eficiências que no mesmo atuam. Isto pois, na medida em que a arena política elege quais serão os parâmetros morais, éticos e de equidade a serem adotados na sociedade, seriam exteriorizados, por consequência, os interesses sociais contrastantes com os mencionados efeitos indesejáveis dos mercados.<sup>27</sup>

Neste sentido, verifica-se que constitui a regulação um dos principais instrumentos responsáveis por submeter ou coagir os mercados a satisfazer os interesses sociais inicialmente negligenciados.<sup>28</sup> Percebe-se, portanto, que o fundamento da realização de objetivos distributivos ou sociais constitui um contraponto aos fundamentos anteriores: sua função está, direta e indiretamente, relacionada às consequências negativas que advêm de seus

<sup>25</sup> Ainda que relativa à distribuição de renda, a seguinte conclusão revela-se válida a esta noção: “*While the distribution of income produced by a completely free market is a hypothetical possibility, observing this distribution is impossible from a practical standpoint.*” KELLY, Nathan J. Political choice, public policy, and distributional outcomes. **American Journal of Political Science**, Bloomington, v. 49, n. 4, p. 870, 2005.

<sup>26</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 120. Relevante, neste sentido, a lição de Grau: “O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males.” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29.

<sup>27</sup> Ressalte-se que, estes efeitos indesejáveis não implicam na negação completa da eficiência alocativa e da eficiência decorrente da concorrência perfeita como mecanismos de funcionamento dos mercados – tampouco na própria negação dos mercados. Mais propriamente, estes efeitos indesejáveis constituem os aspectos que não seriam contemplados pelos mercados caso se adotasse estritamente as mencionadas eficiências. Neste contexto, os interesses públicos assumem a função de conectar os mercados aos aspectos pelos mesmos não contemplados, satisfazendo, assim, as preferências e necessidades sociais em sua totalidade.

<sup>28</sup> Complementa-se, assim, a finalidade da regulação ou das políticas nacionais regulatórias – parcialmente exposta no fundamento anterior –: a observância e o atendimento de interesses sociais ou públicos. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53.

predecessores.<sup>29</sup> Desta forma, é possível concluir que as externalidades a que se referem este fundamento estão associadas às próprias medidas (políticas nacionais) adotadas para corrigir ou mitigar as externalidades associadas aos fundamentos anteriores: a função do mesmo, por fim, é distribuir e socializar os benefícios advindos da institucionalização dos mercados almejada pelos fundamentos anteriores – a qual, por si só, é incapaz de fazê-lo plenamente.

Expostos os fundamentos para as políticas nacionais, bem como as externalidades negativas às quais estas se direcionam, é necessário verificar quais destas guardam relação com a concorrência e como as mesmas podem ser efetivamente corrigidas. Assim, e regressando à própria concepção de concorrência, verifica-se que a mesma consiste, em essência, na submissão dos agentes produtivos a disputarem entre si visando à satisfação das necessidades manifestadas pelos consumidores. Sob outro ponto de vista, pode-se entender a concorrência como o confronto entre as ofertas com vistas ao atendimento das demandas apresentadas na sociedade.

A importância destas distintas percepções da concorrência se dá na medida em que ambas demonstram, ainda que de maneira indireta, um fator essencial à identificação das externalidades negativas relativas à concorrência: compreende o mercado – ou os mercados – o lócus em que ocorrem os confrontos entre as ofertas ou as disputas entre os agentes econômicos em prol da satisfação das necessidades sociais. Por consequência, é no mercado onde todas as externalidades negativas associadas à concorrência são evidenciadas. Desta forma, somente as externalidades negativas que estiverem circunscritas à oferta e à produção de bens poderão ser relacionadas ou associadas à concorrência, uma vez que estes dois elementos constituem, conforme assinalado em sua concepção, a essência da concorrência.

Com efeito, embora as externalidades negativas relativas à concorrência possam se projetar sobre outros aspectos do mercado, sua origem estará identificada somente em função dos elementos que compõem a concorrência. Este destaque é importante na medida em que a efetiva correção das externalidades negativas relativas à concorrência deverá ser necessariamente direcionada aos elementos sobre os quais as mesmas surgiram – assim, sobre as estruturas de oferta e de produção desfrutadas pelos agentes econômicos nos mercados.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Portanto, mesmo o funcionamento ideal dos mercados, tal como proposto pelas teorias econômicas, pode apresentar resultados socialmente indesejáveis.

<sup>30</sup> Justifica-se esta ressalva com base no fato de que a concorrência não é o único fenômeno que se manifesta nos mercados – v.g., os movimentos de demanda constituem não desprezáveis eventos que também ocorrem nos mercados.

Até o presente momento, pôde-se perceber que o tratamento das externalidades negativas relativas à concorrência teve como pressuposto, ainda que implicitamente, o funcionamento dos mercados em seu nível local – cujo entendimento pode ser estendido para um funcionamento dos mercados numa dada nacionalidade. Contudo, à medida que os mercados passam a funcionar simultaneamente nos níveis nacional e internacional, emerge a seguinte indagação: seria possível a geração de externalidades negativas relativas à concorrência em nível internacional?

Para que se possa responder a esta indagação, é necessário verificar se existem estruturas internacionais de oferta e de produção, uma vez que as externalidades negativas relativas à concorrência localizam-se sobre estes dois elementos. Neste sentido, pode-se facilmente afirmar a existência de uma estrutura internacional de oferta: trata-se do atual sistema multilateral de comércio, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho.

No que tange a uma estrutura internacional de produção, a resposta já não é tão fácil de identificar. Isto porque, embora os fluxos de comércio (oferta) possam ser internacionais, a produção de bens e serviços, em sentido estrito, nunca o será: enquanto a origem do agente produtivo – quase sempre identificada por sua nacionalidade – pode ser distinta daquela onde o mesmo estabelece sua atividade, o produto e a própria atividade produtiva estarão sempre atrelados ao local em que se manifestam seus resultados finais.<sup>31</sup>

Entretanto, estritamente no que concerne à produção, a identificação de externalidades negativas em nível internacional relaciona-se com o mencionado fato de que as externalidades podem se projetar sobre outros aspectos do mercado, embora sua origem se dê somente sobre a oferta ou sobre a produção. Assim, à medida que os mercados funcionam simultaneamente nos níveis nacional e internacional, abre-se margem para que uma externalidade negativa gerada no nível nacional seja projetada no nível internacional.<sup>32</sup> Neste sentido, esta projeção internacional da externalidade negativa pode vir a constituir uma causa de geração de externalidades negativas numa localidade distinta daquela onde se encontra a produção (responsável por tal projeção).<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Embora soe tautológico, é impossível existir uma produção internacional, uma vez que a mesma sempre terá, em última análise, uma nacionalidade – comum àquela em que estão suas estruturas. SYKES, Alan O. Externalities in open economy antitrust and their implications for international competition policy. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 23, n. 1, p. 90, 2000.

<sup>32</sup> Desta forma, a inexistência de uma estrutura internacional de produção não implica na inexistência de externalidades em nível internacional. Lembre-se que o sistema multilateral de comércio constitui uma estrutura internacional de oferta, possibilitando, ainda hipoteticamente, a geração de externalidades neste nível.

<sup>33</sup> Vale dizer: a externalidade negativa que se manifesta na produção de uma localidade pode vir a gerar uma externalidade negativa relativa à concorrência em outra localidade. SYKES, op. cit., p. 91.

Portanto, o caráter internacionalizante das externalidades negativas fundamenta-se com base na disseminação das consequências de uma externalidade gerada numa localidade para outra localidade, ocasionando, por fim, externalidades nesta segunda localidade. Mais: à medida que a produção e a oferta constituem fatos que são normalmente contínuos – a produção de algo é sempre voltada para sua oferta no mercado –, constata-se que este mesmo raciocínio de geração de externalidades negativas também pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, à estrutura internacional da oferta, ao lado das externalidades decorrentes do sistema multilateral de comércio.<sup>34</sup>

Assim, a partir do tratamento das externalidades em nível nacional e internacional, verifica-se o estabelecimento do trinômio “externalidades negativas – oferta e produção – concorrência”: em função deste trinômio, constata-se que somente os fundamentos da salvaguarda da competitividade dos mercados e da correção das falhas de mercado mostram-se passíveis de serem utilizáveis na correção ou mitigação das externalidades negativas relacionadas à concorrência – mesmo em nível internacional, embora com algumas distinções. Isto decorre do fato de que estes fundamentos, cada qual sob sua perspectiva, têm o foco de suas atuações direcionado aos mercados: ora, em constituindo a concorrência um fenômeno que se manifesta primordialmente nos mercados (em nível nacional e internacional), não se pode conceber que a correção das externalidades negativas relacionadas à mesma seja efetuada em outros planos.

Com base neste trinômio, as externalidades negativas relativas à concorrência seriam identificadas a partir do momento em que as externalidades às quais os dois fundamentos supracitados<sup>35</sup> se direcionam tiverem como base a produção ou a oferta de bens e serviços nos mercados. Estabelece-se, então, o alicerce para as políticas de concorrência: a ausência de níveis mínimos de competição e as falhas de mercado (os fundamentos) constituem os efeitos das externalidades que irão incidir sobre as ofertas e sobre a produção (a

<sup>34</sup> PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Legal, economic and political objectives of national and international competition policies: constitutional functions of WTO – “linking principles” for trade and competition. **New England Law Review**, Boston, n. 34, p. 151, 1999.

<sup>35</sup> Retomando: as externalidades negativas objeto do fundamento da salvaguarda da competitividade dos mercados são caracterizadas quando (i) se verifica a assimetria de informações entre os agentes econômicos e os consumidores; (ii) há diferenciação entre os produtos ofertados no mercado; (iii) os agentes econômicos possuem e manifestam poder de mercado perante seus pares e os consumidores; (iv) existem barreiras à entrada e à saída de agentes econômicos nos mercados; e (v) há, em distintos níveis, custos de transação nos mercados. Já as que são objeto do fundamento da correção das falhas de mercado caracterizam-se quando (i) não há completa e perfeita informação por parte dos agentes econômicos; (ii) os produtos ofertados nos mercados são diferenciáveis em função de qualidade, preços e outros aspectos; (iii) os agentes econômicos ostentam e manifestam distintos níveis de poder econômicos; (iv) há barreiras à entrada ou saída dos agentes econômicos nos mercados; (v) quando há distintos níveis de custos transação apresentados aos agentes econômicos; e (vi) quando os produtos ofertados no mercado não são excludentes ou rivais.

concorrência) que se manifestam nos mercados e que, por fim, deverão ser corrigidas através da atuação específica (as políticas). Ademais, retomando-se o fato de que a eficiência do mercado em equilibrar oferta e demanda e a eficiência alocativa constituem o substrato dos fundamentos em que se baseiam as políticas de concorrência, é possível concluir que estas também podem se prestar à instituição de tais eficiências junto ao mercado.<sup>36</sup>

Com efeito, nota-se que a tarefa de evidenciar as externalidades negativas relativas à concorrência foi realizada tendo por base eminentemente a teoria econômica<sup>37</sup>, fato este que vem repercutido também na construção do alicerce que confere sustentação às políticas nacionais de concorrência. Neste sentido, em razão desta forte vinculação à teoria econômica, passa-se a expor como se dá a atuação em concreto das políticas de concorrência, não só como forma de complementar o alicerce supramencionado, mas também para verificar o modo pelo qual as externalidades negativas relativas à concorrência podem se manifestar e como se dá a instrumentalização de suas respectivas correções.

Em meio a este contexto, destaque-se que esta forte vinculação à teoria econômica teve como consequência uma configuração consideravelmente abstrata das externalidades negativas relativas à concorrência – as quais seriam geradas quando, em linhas gerais, fossem obstaculizadas as características das eficiências alocativa e de mercado. Será precisamente em razão deste caráter abstrato que se opta por expor a atuação, a implementação da política de concorrência a partir de sua face jurídica: uma vez que é o complemento natural da face econômica da concorrência e de sua política, a face jurídica desempenha a função de assegurar – de maneira coordenada com a face econômica – a eficácia da correção das externalidades negativas relativas à concorrência.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Opta-se por afastar a incidência do fundamento da realização de objetivos distributivos e sociais na medida em que não constitui objetivo do presente trabalho tratar das externalidades negativas originadas em função da aproximação do funcionamento dos mercados a uma dada teoria econômica – o que, de certa forma, poderia envolver aspectos relativos à concorrência. Isto não significa, por óbvio, o afastamento da premissa anteriormente firmada de que nem sempre a teoria econômica – representada pela eficiência do mercado e pela eficiência alocativa – corresponde a eventuais interesses sociais, tampouco que a política de concorrência constitua instrumento exclusivo para a replicação da teoria econômica sobre o funcionamento dos mercados. A opção se justifica, assim, como uma forma de demonstrar o substrato econômico da concorrência, essencial para a compreensão de sua face jurídica, a ser tratada. RATHBONE, Anne; ROWLEY, Charles. Political economy of antitrust. In: NEUMANN, Manfred; WEIGAND, Jürgen (Org.). **The international handbook of competition**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004. p. 180.

<sup>37</sup> Não se esqueça de que a teoria econômica pressupõe que os interesses sociais seriam alcançados pela eficiência alocativa e de mercado. HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 75.

<sup>38</sup> Pode-se dizer, por fim, que em razão de constituir a face jurídica a responsável por garantir a eficácia da correção das externalidades, a mesma também proporciona a verificação de como as externalidades negativas relativas à concorrência se manifestam perante os mercados.

Como já mencionado, a face jurídica da política de concorrência constitui o complemento de sua face econômica – indicando, portanto, que ambas as faces se relacionam e se justificam. Entretanto, à medida que a concorrência constitui a submissão dos agentes produtivos a disputarem entre si visando à satisfação das necessidades manifestadas pelos consumidores, constata-se ser essencial que o mercado – local onde ocorrem estas disputas — tenha padrões mínimos para tais disputas, assim como forneça uma estrutura adequada a suportá-las. Identifica-se, assim, a essência da função da face jurídica da política de concorrência: o estabelecimento de padrões mínimos e de uma estrutura adequada para as disputas entre os agentes econômicos.

Desta forma, a coordenação entre a face econômica e a face jurídica da concorrência assume a função de nortear os padrões mínimos e a estrutura para as disputas entre os agentes econômicos. Em específico, as externalidades negativas relativas à concorrência, assim como seus respectivos instrumentos de correção, informam e indicam os sentidos que os padrões mínimos e a estrutura de disputas devem assumir. Noutros termos: a face econômica da política de concorrência determina os valores que permeiam e que regem a face jurídica – e, por consequência, as normas prescritas pela mesma.<sup>39</sup>

Percebe-se, a partir destes aspectos, que a face jurídica da política de concorrência tem como seu pressuposto a depuração de todos os raciocínios e argumentos acerca das externalidades negativas e de suas correções, por meio da qual, posteriormente, estipula a atuação da política sobre a realidade dos mercados – especificamente, sobre os elementos dos mercados que se referem à produção ou à oferta de bens e serviços nos mercados.

Neste sentido, a mais relevante particularidade que decorre desta depuração constitui a identificação do foco da face jurídica da política de concorrência. Este ponto de convergência se evidencia na medida em que se identifica a essência da face jurídica: ora, se o

---

<sup>39</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy**: the law of competition and its practice. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 72. O próprio Hovenkamp reconhece, contudo, que os ditames econômicos não constituem a única fonte de valores para a política de concorrência – tal como comentado na nota 37. Com efeito, entende-se que o principal atributo da face econômica da concorrência constitui o instrumental que esta exerce e fornece para identificar e corrigir as externalidades negativas: ainda que a teoria econômica não contemple os interesses sociais, a identificação das externalidades negativas permanece relevante, pois permite direcionar, de acordo com os interesses sociais, o modo como se dá as disputas entre os agentes econômicos e a estrutura onde ocorrem estas disputas. Tal aspecto se evidencia com clareza na face jurídica: a face jurídica da concorrência sempre irá se deter aos aspectos correspondentes às externalidades negativas (emanados da face econômica), embora seus valores não sejam correspondentes aos valores emanados da face econômica. Neste sentido, veja-se: SCHERER, Frederic M. Antitrust: ideology or economics? In: \_\_\_\_\_. **Competition policy, domestic and international**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 31.

estabelecimento de padrões mínimos e de uma estrutura adequada têm como objeto as disputas entre os agentes econômicos, não é difícil concluir que será sobre os agentes econômicos, em *ultima ratio*, que a face jurídica da política de concorrência irá dirigir suas atenções.

Note-se, contudo, que o direcionamento aos agentes econômicos representa, em outro plano, a realização do conjunto abstrato disposto pela face econômica da política de concorrência. De um lado, isto é demonstrado pelo fato de os agentes econômicos serem os detentores da função produzir e ofertar bens e serviços no mercado: ora, se as externalidades negativas relativas à concorrência encontram sua origem na produção e na oferta, nada mais natural que os ocupantes destas atividades também estejam vinculados às externalidades.

De outro lado, a partir do aprofundamento desta realização – que também pode ser entendida como concretização – do conjunto abstrato, torna-se possível constatar que será primordialmente em função das práticas manifestadas pelos agentes econômicos que se geram as externalidades negativas relativas à concorrência <sup>40</sup>, uma vez que é por meio da atividade desenvolvida pelos agentes econômicos – e todas as ações e instrumentos acessórios da mesma – que se institui a produção e a oferta no mercado. Em derradeira análise, a configuração dos pressupostos da teoria econômica sobre a realidade implica na constatação de que serão as práticas, as atividades dos agentes econômicos os aspectos responsáveis por obstaculizar a manifestação da eficiência alocativa e da eficiência de mercado, que decorre do equilíbrio entre oferta e demanda. <sup>41</sup>

A definição dos agentes econômicos e, sobretudo, de suas práticas e atividades como ponto de convergência da política de concorrência instaura as bases para o estabelecimento da atuação da política de concorrência, cuja operacionalização é efetuada substancialmente em função de sua face jurídica. É extremamente relevante destacar, neste

---

<sup>40</sup> Isto não obsta, contudo, que a geração das externalidades, em sua essência, não possa receber contribuição, ou mesmo grande influência, do próprio ambiente ou da estrutura econômica em que se desenvolve a atividade produtiva – v.g., o caso dos monopólios naturais. Em tal caso, a atuação estatal deve direcionar-se não só ao agente econômico, mas também ao ambiente ou à estrutura em que o mesmo desenvolve sua atividade produtiva. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 62.

<sup>41</sup> Assim – e sintetizando a caracterização das externalidades negativas relativas à concorrência – é em função das práticas ou das atividades dos agentes econômicos que decorrem (i) a assimetria de informações entre os agentes econômicos e os consumidores; (ii) a diferenciação entre os produtos ofertados no mercado; (iii) a manifestação de poder de mercado perante os demais agentes econômicos e os consumidores; (iv) as barreiras à entrada e à saída de agentes econômicos nos mercados; (v) os distintos níveis de custos de transação apresentados aos agentes econômicos nos mercados; (vi) a diferenciação dos produtos ofertados no mercado em função de qualidade, preços e outros aspectos; e (vii) observando-se a nota 41, o caráter não excludente ou rival dos produtos ofertados no mercado.

sentido, que a face jurídica da política de concorrência, no desempenho de sua função de estabelecer padrões mínimos e uma estrutura adequada para as disputas entre os agentes econômicos – os pilares da concorrência –, passa a ter como propósito disciplinar, regulamentar os comportamentos – e aqui se incluem as práticas e as atividades – dos agentes econômicos.<sup>42</sup>

Desta forma, percebe-se que o trinômio “externalidades negativas – oferta e produção – concorrência”, estabelecido anteriormente sob a perspectiva da face econômica da política de concorrência, pode ser “traduzido”, por assim dizer, para a face jurídica como “comportamentos dos agentes econômicos – mercados – concorrência”. A seu turno, esta “tradução”, muito mais que mera apreensão da face econômica pela face jurídica, demonstra as bases para a atuação da política de concorrência: a tutela da concorrência deve objetivar, deve alcançar os comportamentos que os agentes econômicos manifestam nos mercados.<sup>43</sup>

Com efeito, explicitar que os comportamentos dos agentes econômicos constituem o objeto concreto sobre o qual a política de concorrência se debruça constitui uma parte da própria atuação de tal política, porém não o seu todo. Valendo-se ainda da coordenação entre a face econômica e face jurídica da política de concorrência, a plenitude da atuação concreta da política de concorrência seria verificada quando expostos de que modo os comportamentos dos agentes econômicos (a face jurídica) ensejariam a geração de externalidades negativas (a face econômica).

Neste sentido, necessário mencionar que será particularmente em função deste ponto de coordenação entre a face econômica e a face jurídica que se viabiliza a institucionalização da política de concorrência, uma vez que os pressupostos emanados da face econômica – as noções de externalidade negativa, de eficiência alocativa e de eficiência de mercado – só terão efetividade jurídica mediante esta apreensão. Ou seja, a prestação e atuação do Estado – elementos primordiais para a qualificação de uma política<sup>44</sup> –

<sup>42</sup> Sob um contexto mais amplo, pode-se dizer que se trata de uma forma de controle jurídico – através da disciplina e da regulamentação – dos fenômenos econômicos. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 2, p. 68, 1992.

<sup>43</sup> Ressalte-se que esta “tradução” não pode ser entendida como sendo a concorrência – e sua política – um fim em si própria, desconexa de outros aspectos da realidade, mas como sim sendo um dos instrumentos pelos quais se busca a correção dos efeitos nocivos que podem decorrer das relações que ocorrem nos mercados, conforme foi demonstrado no tratamento de sua face econômica.

<sup>44</sup> Acerca da noção jurídica de política, leia-se: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006 e COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

relacionada à concorrência só poderia ser exigida e implementada a partir da supramencionada apreensão de conteúdo.<sup>45</sup>

Portanto, muito mais que revelar a atuação concreta da política de concorrência, expor e examinar os comportamentos dos agentes econômicos que geram as externalidades negativas passa a corresponder, em *ultima ratio*, à própria caracterização de tal política – dado o papel que a face jurídica desempenha para a política de concorrência.

Assim, e extraíndo o aspecto elementar da coordenação entre a face econômica e a face jurídica, percebe-se que serão objeto de análise da política de concorrência os comportamentos dos agentes econômicos que tiverem por efeito a limitação ou a restrição da oferta e da produção de bens e serviços no mercado.<sup>46</sup> Desta forma, a partir deste aspecto elementar, constata-se que da apreensão da face econômica pela face jurídica resultarão normas, comandos que não terão por objetivo sancionar os comportamentos dos agentes econômicos em si, mas sim os efeitos que advêm da manifestação de tais comportamentos.

Neste sentido, à medida que a sanção emanada das normas concorrenciais direciona-se aos efeitos dos comportamentos dos agentes econômicos, constata-se ser inviável estipular *numerus clausus* para os comportamentos que ensejam ou não a aplicação de sanção. Em decorrência deste modo de estruturação da norma concorrencial, é possível constatar que a atuação da política de concorrência tende a assumir uma postura muito mais reativa que proativa: somente depois de manifestado o comportamento é que se verificará a necessidade ou não de sua sanção.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Neste sentido, a fundamental conclusão de Grau: “O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 60. A seu turno, esta conclusão é importante na medida em que informa a própria atuação do Estado – que se estabelece sempre conforme o direito: “O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, *intervindo* na ordem social. [...] [Atualmente, o Estado] já não *intervém* na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* – atua não apenas como *terceiro-árbitro*, mas também como *terceiro-ordenador*.” Ibid., p. 32. (grifo do autor).

<sup>46</sup> “*Competition is injured when a firm or group of firms is able to reduce output in some market, and output can be measured by either quantity or innovation. A restraint on output, such as a cartel, forces prices up because the same number of customers must chase fewer goods. A restraint on innovation forces customers to accept an inferior good, service, or method of distribution when an unrestrained market might produce something better.*” HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 146.

<sup>47</sup> “*For example, antitrust never decides when firms should merge or create internal distribution systems; but it may pass judgment on the legality of such decisions once private firms have made them on their own.*” HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 32.

Ademais de esta postura reativa da política de concorrência constituir uma consequência da estrutura normativa ditada pela face jurídica, deve-se ressaltar que tal postura também consiste na manifestação de uma necessidade da própria função da política de concorrência. Sinteticamente: como estabelecer parâmetros mínimos e uma estrutura adequada para as disputas entre os agentes econômicos – a função da política de concorrência – sem que se leve em conta as figuras dos próprios agentes econômicos e os comportamentos que os mesmos exteriorizam nos mercados? Complementando: como estabelecer tais parâmetros sem que se leve em conta as características dos próprios mercados, receptores da produção e da oferta disponibilizados pelos agentes econômicos?

Reafirma-se, assim, a inviabilidade de se discriminar quais os comportamentos dos agentes econômicos devem ou não ser sancionados pela política concorrencial <sup>48</sup>, ao mesmo tempo em que se ampliam as justificativas para a postura reativa da política de concorrência. Isto, pois, por meio dos questionamentos anteriores, percebe-se que não bastam simplesmente os efeitos dos comportamentos dos agentes econômicos para determinar a sanção concorrencial: retomando os questionamentos efetuados, percebe-se que a sanção concorrencial não pode prescindir dos atributos dos agentes econômicos cujos comportamentos, e seus respectivos efeitos, são objetos de análise.

Da mesma forma, os mercados mostram-se igualmente imprescindíveis para a sanção concorrencial uma vez que fornecem os critérios para a aferição dos atributos que os agentes econômicos ostentam, bem como dos efeitos de seus comportamentos manifestados. Isto ocorre uma vez que o exame dos atributos dos agentes econômicos, assim como dos efeitos de seus comportamentos deve ser feito a partir dos mercados em que os mesmos estão estabelecidos. Em específico, verifica-se que as características dos agentes econômicos só poderão ser determinadas quando comparadas às características de demais agentes presentes nos mesmos mercados, assim como os efeitos dos comportamentos dos agentes econômicos só poderão ser medidos em função das repercussões de tais comportamentos em dado mercado.

Portanto, pode-se depreender que a inclusão dos mercados como elemento de análise da política de concorrência não implica no afastamento ou negação de sua função e de

---

<sup>48</sup> Reafirma-se, também, a própria coordenação entre a face econômica e a face jurídica da política de concorrência, eis que a geração de externalidades negativas não pode ser atribuída a fatos ou atos predeterminados.

seu objeto <sup>49</sup>, mas, ao contrário, consiste no resultado da convergência entre a estrutura normativa fornecida pela face jurídica e o seu substrato fornecido pela face econômica: se todos os aspectos fornecidos por estas faces estão contidos ou são definidos em função dos mercados, pode-se mesmo concluir que a análise dos mercados constitui uma verdadeira condição para a instituição e aplicação da política de concorrência. <sup>50</sup>

Desta forma, a despeito da importância que a coordenação entre a face econômica e a face jurídica desempenha para a política de concorrência, a mesma não se verifica suficiente para a atuação em concreto desta política. Isto porque tal atuação demanda a delimitação de um fragmento da realidade, sobre o qual, posteriormente, serão aplicados os pressupostos econômicos e a estrutura normativa componentes da política de concorrência. Esta realidade, a seu turno, será coincidente aos mercados, eis que correspondem aos locais em que os agentes econômicos desempenham suas atividades e manifestam seus comportamentos. Ou seja, em síntese, será a dinâmica dos mercados que irá determinar ou proporcionar a atuação da política de concorrência, assim como será sobre a mesma que tal política desempenha sua função e busca alcançar seu objetivo.

Com efeito, é importante ressaltar que esta exposição acerca dos fundamentos da política de concorrência foi feita tendo como base uma aplicação nacional de tal política. Em termos bem simples, justifica-se esta exposição a partir do próprio surgimento da disciplina e da política de concorrência, eis que a mesma emerge como ferramenta para tratar primordialmente de situações nacionais. <sup>51</sup>

Ademais de corroborar o mencionado fato de que a disciplina da concorrência e de sua política é fortemente calcada em nível nacional, este aspecto evidencia um fato, igualmente singelo, que complementa a justificativa anterior: na medida em que a prestação e a atuação de uma política (no caso, a da concorrência) só podem ser exigidas de um Estado sobre um dado um mercado – e, portanto, um território –, nota-se a impossibilidade, em tese, deste Estado prestar ou atuar esta política em mercado (território) distinto do seu.

---

<sup>49</sup> Respectivamente, como já visto, o estabelecimento de padrões mínimos e uma estrutura adequada para as disputas entre os agentes econômicos e análise dos efeitos dos comportamentos dos agentes econômicos.

<sup>50</sup> HOVENKAMP, Herbert J. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 83.

<sup>51</sup> “El derecho de la competencia nació en los Estados Unidos como una legislación nacional dirigida a cuestiones nacionales. Sin embargo, ya a partir de la Segunda Guerra Mundial se advierte una tendencia a la internacionalización de esta rama jurídica. [...] La consecuencia de este cuadro de situación es que, luego de 1945, la legislación antimonopólica fue impuesta en diversos países desde el exterior.” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 73.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que, como já verificado anteriormente, é possível a geração de externalidades negativas relativas à concorrência no plano internacional, haja vista que as disputas entre os agentes econômicos – e seus comportamentos e, da mesma forma, a concorrência – ocorrem, ainda que hipoteticamente, em ambos os níveis nacional e internacional.

Nota-se, portanto, um descompasso no que tange à disciplina internacional da concorrência: ao mesmo tempo em que se identifica a possibilidade de serem geradas externalidades relativas à concorrência no plano internacional, constata-se a inexistência de quaisquer medidas ou estruturas destinadas a corrigir tais externalidades, tal como ocorre no plano nacional.<sup>52</sup>

Assim, tanto em razão das justificativas anteriores, assim como especialmente em razão deste descompasso, verifica-se a possibilidade de se estabelecer uma relação entre a disciplina da concorrência no plano internacional e o sistema multilateral de comércio – ou com o próprio sistema econômico internacional. Neste sentido, o primeiro passo já foi dado, a partir da identificação da necessidade de se estabelecer uma disciplina da concorrência em nível internacional – necessidade esta decorrente do fato de que as disputas entre os agentes econômicos ocorrem no nível internacional, as quais, por sua vez, podem gerar externalidades negativas.

Com efeito, uma vez que o estabelecimento de parâmetros mínimos e de estruturas adequadas para as disputas entre os agentes econômicos constitui a função da política de concorrência, não é difícil constatar certa similaridade entre a função desempenhada pelo sistema multilateral de comércio e a esta função da política de concorrência. Esta similaridade se evidencia conforme as relações de concorrência e os fluxos internacionais de comércio constituem faces do mesmo dado: é da disputa entre os agentes econômicos que se origina a oferta de produtos destinada à satisfação das demandas apresentadas, caracterizando, portanto, os fluxos de comércio.<sup>53</sup>

Examinando tal similaridade de modo mais aprofundado, percebe-se mesmo que, cada qual a seu modo, ambas a política de concorrência e o sistema multilateral de

---

<sup>52</sup> Neste sentido, Cabanellas esclarece os motivos para tal descompasso: “*Si la presión internacional – más precisamente, estadounidense – para la adopción de normas antimonopólicas en ciertos países tuvo éxito, no ocurrió así con los esfuerzos para establecer instrumentos jurídicos internacionales en materia de defensa de la competencia.*” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 77.

<sup>53</sup> HOEKMAN, Bernard M. Competition policy and the global trading system. **The World Economy**, Oxford, v. 9, n. 20, p. 390, 1997.

comércio têm em sua essência a implementação da eficiência: por aquela, da eficiência de mercado e eficiência alocativa; por esta, da eficiência nos fluxos de comércio. A partir desse contexto que se passa a identificar não só uma relação de semelhança, mas também uma relação de complementaridade entre a disciplina da concorrência e o sistema multilateral de comércio: tal qual no parágrafo anterior, à implementação da eficiência nos fluxos de comércio interessa a implementação da eficiência de mercado e a eficiência alocativa.<sup>54</sup>

De outro modo, esta complementaridade encontra sua justificativa em função do vácuo de disciplinas relativas à concorrência no conjunto normativo que funda o sistema multilateral de comércio – a despeito de existirem, como visto, regramentos pontuais relativos à concorrência. Em específico, nota-se que o sistema multilateral de comércio não pode alcançar (sancionar) práticas, comportamentos particulares – com efeitos internacionais ou não –, da mesma forma que a política da concorrência faz no plano nacional, assim como não há nenhuma exigência – afora aquelas relativas aos investimentos estrangeiros – para que os membros da OMC instituíam políticas de concorrência, o que pode travar a própria implementação dos acordos firmados no âmbito da OMC.<sup>55</sup>

Não é difícil perceber, portanto, que em razão destes aspectos existe a tendência de se incluir dentre as funções do sistema multilateral de comércio o disciplinamento da concorrência. Contudo, no que tange a esta inclusão de função, verifica-se necessário destacar dois aspectos: o primeiro deles, trata-se da harmonização entre as distintas políticas de concorrência implementadas pelos membros da OMC, enquanto o segundo diz respeito à disciplina das práticas, comportamentos relativos à concorrência que tenham efeitos internacionais.<sup>56</sup>

Justifica-se este destaque na medida em que estes aspectos constituem, essencialmente, os principais instrumentos para o alcance de uma disciplina internacional da

<sup>54</sup> FIORATI, Jete Jane. Fundamentos jus-econômicos para uma disciplina da concorrência na OMC – Organização Mundial do Comércio. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 14, p. 161, 2005. Depreende-se da fala da Autora, ainda, que a disciplina internacional da concorrência constituiria um contraponto não desprezável a alguns efeitos indesejáveis decorrentes do sistema multilateral de comércio. Neste sentido, complementa Barbosa, no sentido de que, da mesma forma que o livre mercado gera efeitos deletérios no plano nacional, a liberalização do comércio também pode gerar efeitos tóxicos perante os países aderentes da mesma, razão por que, assim, da relevância da disciplina internacional da concorrência. BARBOSA, Denis Borges. **The world competition agency as a necessary international institution**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=436685>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

<sup>55</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 428. O Autor destaca, ainda, aspectos relativos à ausência de disciplinas relativas à obstaculização de acesso a mercados internacionais por meio de comportamentos anticompetitivos.

<sup>56</sup> HOEKMAN, Bernard M. Competition policy and the global trading system. **The World Economy**, Oxford, v. 9, n. 20, p. 386, 1997.

concorrência – ou seja, sem os mesmos, inviabiliza-se a implementação de tal disciplina.<sup>57</sup> Neste sentido, no que tange ao primeiro aspecto, não é difícil concluir sobre a possibilidade de a OMC poder desempenhar a função de harmonizar as políticas de concorrência de seus membros: como já visto, a principal função da OMC é desempenhar o papel de um fórum para cooperação internacional em políticas de comércio – dentre as quais, ainda que de maneira indireta, pode-se incluir a política de concorrência.<sup>58</sup>

Com relação ao segundo aspecto, a resposta já não é tão simples. Isto porque, ao contrário do aspecto anterior, não é certo que a tarefa de instituir uma “política internacional de concorrência” possa constituir uma função do sistema multilateral de comércio. Neste sentido, a principal questão relativa a este aspecto é eminentemente política – e mesmo pragmática. Conforme se pôde verificar no primeiro capítulo deste trabalho, sobre a própria atuação da OMC pendem um sem-número de divergências e de questionamentos acerca das prioridades e das medidas a serem adotadas por tal organização.<sup>59</sup>

Esta heterogeneidade que permeia a atuação da OMC decorre, em essência, dos distintos interesses que os países membros desejam ver atendidos – denotando o jogo político que ocorre no sistema multilateral de comércio. Por fim, a partir destes fatos, pode-se mesmo concluir que a OMC não dispõe da capacidade, ou mesmo da legitimidade, para desempenhar, ao lado de suas funções relacionadas à liberalização do comércio, a atividade de disciplinar a concorrência em nível internacional<sup>60</sup>: se assim se procedesse, o conflito entre os interesses políticos dos países membros poderia chegar a um nível tal que inviabilizaria ambas as tarefas, incorrendo, em última análise, no próprio fracasso da OMC.

A partir destes aspectos, é possível constatar que, dada a complexidade de interesses internacionais, domésticos e regionais que os atores internacionais manifestam,

<sup>57</sup> PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Legal, economic and political objectives of national and international competition policies: constitutional functions of WTO – “linking principles” for trade and competition. **New England Law Review**, Boston, n. 34, p. 154, 1999.

<sup>58</sup> Justifica-se a harmonização como (i) forma de sanar os déficits de efetividade das políticas nacionais de concorrência, bem como (ii) para evitar a formação de barreiras à liberalização do comércio por instrumentos de política concorrencial. FIORATI, Jete Jane. Fundamentos jus-econômicos para uma disciplina da concorrência na OMC – Organização Mundial do Comércio. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 14, p. 161, 2005. De acordo com Seis, esta harmonização poderia ser induzida a partir do princípio da não-discriminação, especificamente pela cláusula do tratamento nacional: os países membros não poderiam instituir políticas de concorrência de acordo com a nacionalidade de agentes econômicos e os consumidores pelos mesmos afetados. SYKES, Alan O. Externalities in open economy antitrust and their implications for international competition policy. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 23, n. 1, p. 94, 2000.

<sup>59</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 391.

<sup>60</sup> HOEKMAN, Bernard M. Competition policy and the global trading system. **The World Economy**, Oxford, v. 9, n. 20, p. 388, 1997.

seria mais prudente que a disciplina (política) internacional da concorrência fosse instituída por meio de uma nova organização internacional, integralmente dedicada a matérias concorrenciais.<sup>61</sup> Em essência, a atuação desta organização decorreria da combinação entre a própria atuação da política nacional de concorrência e a atuação do próprio sistema multilateral de comércio: o exame ou análise dos comportamentos dos agentes econômicos, e de seus efeitos, seria feito nos moldes da política de concorrência, ao passo que os atos de procedimento relativos a tal exame ou análise seriam efetuados tal qual ocorre no sistema multilateral de comércio.<sup>62</sup>

Com efeito, existe um último aspecto que concerne à relação entre a política de concorrência e o sistema multilateral de comércio. Em constituindo a concorrência um fenômeno do qual podem ser geradas externalidades negativas cuja correção está a cabo da política de concorrência, abre-se margem para que se possibilite, frente ao ordenamento do sistema multilateral de comércio, a restrição dos fluxos de comércio com base na própria política de concorrência – em consonância com o que foi exposto no primeiro capítulo do presente trabalho.

Entretanto, analisando detidamente esta possibilidade de restrição a partir da política de concorrência, e levando em conta os pressupostos abstratos para a restrição de fluxos de comércio e para a política de concorrência já expostos, percebe-se que esta possibilidade constitui um verdadeiro reflexo da legitimidade, em função dos acordos da OMC, de os países membros adotarem políticas para corrigirem as externalidades manifestadas em seus territórios.

Particularmente no que tange à concorrência esta legitimidade é melhor evidenciada da seguinte forma: na medida em que toda a estruturação da OMC teve por base fundamentos econômicos, seria uma incongruência que os países membros não pudessem

---

<sup>61</sup> BARBOSA, Denis Borges. **The world competition agency as a necessary international institution.** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=436685>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

<sup>62</sup> Neste sentido, diz Barbosa: “*Its functions* [da organização a ser criada] *could certainly encompass the adjudatory, researching and (as some authors indicate as a domestic authority function) institutional advocacy roles of the international governance system. [...] We are not certainly proposing an international institution that should chase and prosecute such international public interest on an autonomous and cavalier fashion. On the contrary, the reality of multilateral negotiation and complex national and regional policies indicate that only a prudent entity, acting in the same, ad hoc, case-by-case basis as the international judicial courts have been hitherto acting.*” Ibid.

adotar medidas (políticas) por meio de e visando a fins econômicos – no caso, a instituição do modo pelo qual os mercados funcionam.<sup>63</sup>

Exatamente em função deste aspecto, assim, é que se constata ser necessária a existência de coerência entre as medidas (políticas) adotadas pelos países e as ações e os objetivos adotados pelo sistema multilateral de comércio. Será, em *ultima ratio*, por meio desta coerência ou consistência entre as políticas nacionais e as ações da OMC que se institui um mecanismo capaz de corrigir as externalidades negativas geradas em função da concorrência.<sup>64</sup>

Por fim, deve-se ressaltar que, ademais de a implementação desta consistência resultar na potencialização dos benefícios – eis que são corrigidas as externalidades e são mantidos os ganhos advindos do livre comércio –, particularmente no que tange à concorrência estes benefícios são verificados com a instituição de métodos produtivos mais eficientes – seja por meio de novos arranjos da estrutura produtiva ou de novas técnicas de produção –, dos quais resulta, invariavelmente, uma melhor satisfação das demandas nacionais e internacionais.<sup>65</sup>

## 2.2 Fundações dogmáticas da política de concorrência: os regramentos nacionais

Procurou-se expor, no tópico anterior, os aspectos consolidantes para a instituição da política de concorrência. Tal como no capítulo anterior, esta exposição foi eminentemente baseada em argumentos e raciocínios econômicos, a partir dos quais se tentou demonstrar a estrutura elementar das normas jurídicas que instrumentam a política de concorrência. Novamente, justifica-se esta proposta de exposição com base no fato de que ela

---

<sup>63</sup> CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law**: interfacing trade and social goals. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 104.

<sup>64</sup> Ibid., p. 110.

<sup>65</sup> SCHERER, Frederic M. Competition policies for an integrated world economy. In: \_\_\_\_\_. **Competition policy, domestic and international**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000. p. 382.

permite a melhor compreensão do funcionamento e da aplicação de tais normas, especialmente no que tange à atuação daquela política.<sup>66</sup>

Também se procurou expor as bases para a integração de todo este conjunto com o sistema multilateral de comércio, verificando-se mesmo ser possível a compatibilização entre este sistema e as políticas de concorrência – desde que atendidas determinadas condições –, a qual, ao final, levaria à potencialização dos benefícios da atuação de ambas a disciplina do comércio internacional e da política de concorrência.

Isto posto, passa-se a tratar dos regramentos jurídicos que conferem suporte à política de concorrência nos planos nacionais. Neste sentido, e em atendimento aos objetivos deste trabalho, será efetuada a exposição dos diplomas de concorrência brasileiro e argentino, procurando-se, em tal exposição, demonstrar as estruturas que cada um destes países dispõem para implementar suas políticas de concorrência e evidenciar os princípios que norteiam cada um destes diplomas, para que, por fim, se possa visualizar os interesses aos quais cada um destes diplomas busca tutelar.

Ressalte-se, ainda, que tal exposição terá um caráter eminentemente dogmático, procurando-se expor tão somente os conteúdos e comandos inerentes às normas concorrenciais – vale dizer: a remissão a fundamentos e conceitos econômicos será feita ao menos que estritamente necessária, haja vista o tópico anterior ser fortemente permeado pelos mesmos. Por outro lado, sempre que possível, se buscará realizar comparações entre as normas de cada um dos diplomas a serem expostos, como forma de identificar distinções ou conformidades entre os mesmos.

---

<sup>66</sup> Destaque-se que não se ambicionou, nesta exposição, esgotar os pressupostos teóricos que fundam a política de concorrência, pois se entende que uma tal exposição extrapolaria os objetivos do presente trabalho, e mesmo desafiaria os parâmetros de concisão inerentes a uma dissertação de mestrado. Em específico, o esgotamento destes pressupostos implicaria a exposição e revisão de distintas correntes teóricas relativas à disciplina da concorrência – representadas, em essência, pelas norte-americanas Escola de Harvard e Escola de Chicago e pela alemã Escola de Friburgo ou Ordo-liberal –, correntes estas fortemente carregadas e permeadas por conteúdo ideológico e cujo tratamento não poderia ser realizado sem prejuízo dos demais aspectos a serem abordados neste trabalho. Acerca destas correntes, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 28-80; FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 55-75; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 31-88, 111-144.

### 2.2.1 Política de concorrência no Brasil: a tutela do abuso de poder econômico

De antemão, um dos aspectos primordiais relativos à política de concorrência no Brasil diz respeito à recente mudança da fonte normativa sobre a qual se estrutura tal política, ocorrida com a promulgação da Lei 12529/2011, a qual substitui a Lei 8884/1994. Neste sentido, deve-se ressaltar que o advento deste novo diploma teve como consequências primordiais a alteração dos organismos, bem como de suas estruturas, responsáveis pela implementação e atuação da política de concorrência no território nacional, assim como implementou mudanças nos ritos dos procedimentos pelos quais são analisados comportamentos manifestados pelos agentes econômicos.<sup>67</sup>

Assim, passando-se propriamente ao conteúdo da Lei 12529/2011, logo de início é possível identificar, já em seu art. 1º<sup>68</sup>, o organismo responsável por implementar a política de concorrência: trata-se do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Este organismo, por sua vez, é composto por dois entes: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). Ressalte-se desde já que, a partir do novo diploma concorrencial, a atuação da SEAE/MF foi reduzida à advocacia da concorrência<sup>69</sup>, concentrando-se, desta forma, as principais funções relativas à implementação da política de concorrência ao CADE.

Esta concentração de funções sob o CADE, contudo, é relativa, eis que sua estrutura é composta por quatro órgãos. O primeiro, e mais importante, destes órgãos é o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Composto por seis conselheiros e um presidente, o Tribunal desempenha um extenso rol de funções, dentre as quais se destacam: (i) o julgamento dos comportamentos dos agentes econômicos, indicando a ocorrência ou não de

<sup>67</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 20. Adianta-se que estas alterações serão expostas conforme a exposição do conteúdo da Lei 12529/2011. Não se pode deixar de ressaltar, contudo, que o anteprojeto que baseou esta alteração do diploma concorrencial foi criado a partir dos esforços em conjunto das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e do SIC/BID – Setor de Integração e Comércio do Banco Mundial. Cf. OECD. IDB. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. [Brasília, DF], 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2012.

<sup>68</sup> Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

<sup>69</sup> Por advocacia da concorrência deve-se entender o conjunto de atividades pelas quais se busca disseminar, perante a sociedade e os entes estatais, os benefícios que decorrem da concorrência – especificamente, da livre concorrência. Na égide da revogada Lei 8884/1994, esta função era reservada à SEAE/MF e à SDE/MJ, órgão dissolvido com o novo diploma concorrencial.

infrações à ordem econômica a partir de tais comportamentos; (ii) julgar os atos de concentração econômica e decidir acerca dos acordos em controle de concentrações, com vistas à garantia dos benefícios nos mesmos previstos; (iii) decidir acerca dos compromissos de cessação, pelos quais os agentes econômicos se comprometem a abandonar comportamentos possivelmente infratores; (iv) julgar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelos conselheiros ou pela Superintendência-Geral; (v) responder consultas sobre condutas de práticas em andamento.

O segundo órgão componente do CADE é a Superintendência-Geral. Auxiliado por dois Superintendentes-Adjuntos e comandada pelo Superintendente-Geral, este órgão igualmente desempenha diversas atividades, dentre as quais se ressaltam (i) a apuração e investigação de infrações à ordem econômica e (ii) a instrução dos atos de concentração econômica, aprovando-os ou impugnando-os perante o Tribunal.

Já o terceiro e quarto órgãos correspondem ao Departamento de Estudos Econômicos e a Procuradoria Geral do CADE. Ao primeiro, cabe emitir pareceres e realizar estudos econômicos visando ao auxílio da atuação do CADE. Já à segunda assume a função de defender os interesses do CADE em juízo.

Com efeito, discriminados os órgãos responsáveis pela implementação da política de concorrência, verifica-se necessário identificar os parâmetros pelos quais se norteiam e se conduzem as atuações destes órgãos. Sob um distinto ângulo: trata-se de relacionar e identificar quais os princípios que regem a atuação dos entes que compõem o SBDC.<sup>70</sup>

Neste sentido, igualmente no art. 1º da Lei 12529/2011 prevê-se que a política de concorrência será orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico: os quatro primeiros correspondem a princípios da ordem econômica e financeira, previstos no art. 170, *caput* e incisos III, IV e V da, enquanto o último é uma disposição do art. 173, § 3º, ambos da Constituição Federal. Perceba-se que a inserção de ditames constitucionais em seu conteúdo evidencia a derivação da lei concorrencial brasileira da Constituição Federal, explicitando, portanto, os fundamentos normativos para as atuações

---

<sup>70</sup> Acerca dos princípios, retome-se a nota 40 do capítulo anterior.

da política de concorrência brasileira.<sup>71</sup> É em razão deste aspecto, assim, que se passa à exposição destes ditames constitucionais no contexto da lei concorrencial brasileira.

O princípio da liberdade de iniciativa, que pode, atualmente, ser compreendida pela liberdade de indústria, comércio e empresa, assim como a liberdade de contratar, independentemente de autorização estatal – salvo sob previsão legal. Percebe-se, assim, que a liberdade de iniciativa constitui o princípio que irá garantir aos agentes econômicos o acesso aos mercados, possibilitando-os o ingresso nas disputas concorrenciais.<sup>72</sup> Em última análise, a ideia de liberdade de iniciativa está ligada à liberdade de atuação – efetiva ou potencial – dos agentes econômicos nos mercados, bem como a noção geral de repúdio de privilégios aos agentes econômicos, através dos quais decorre a diminuição dos espaços de atuação dos demais agentes econômicos.<sup>73</sup>

Trata-se da livre concorrência o próximo princípio constitucional adotado pela lei concorrencial brasileira. Por meio deste princípio, confere-se aos agentes econômicos a possibilidade de travar disputas com outros agentes econômicos – estando vedada por este princípio a obstrução indevida de tal possibilidade. A importância deste princípio dá-se na medida em que os agentes econômicos que não enfrentam concorrência de outros agentes tendem a obter o maior lucro possível, explorando, ao fim, a sociedade cuja demanda é satisfeita pelo mesmo. Desta forma, entende-se a livre concorrência também como um princípio que garante à sociedade a opção de escolha dos produtos que irão satisfazer suas necessidades, à medida que força os agentes econômicos a disputarem entre si por tal satisfação.<sup>74</sup>

Pelo princípio da função social da propriedade, tem-se a regulação do exercício dos atributos da propriedade, não mais sendo estes considerados absolutos, incontestáveis, mas devendo estar vinculados ao atendimento de certos requisitos – ditados pela função social. A função social da propriedade, assim, encontra-se atrelada ao próprio conceito de

---

<sup>71</sup> A adoção de preceitos constitucionais na lei concorrencial brasileira corresponde a um importante instrumento para a sua interpretação e aplicação, ademais de comprovar a sua conformidade com relação ao ordenamento brasileiro. Neste sentido, a síntese de Ascensão: “[...] a interpretação duma fonte não se faz isoladamente, atendendo por exemplo a um texto com se fosse válido fora do tempo e do espaço; resulta pelo contrário da inserção desse texto num conjunto jurídico dado.” ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral** – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 360.

<sup>72</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 201.

<sup>73</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 169.

<sup>74</sup> Ressalte-se que a disputa entre agentes econômicos, finalidade primordial da livre concorrência, é fundamental para o desenvolvimento econômico à medida que ela os força a buscar novas oportunidades de oferta, a qual constitui a única forma de os mesmos incrementarem seus ganhos.

direito de propriedade.<sup>75</sup> O princípio da função social da propriedade é cumprido mediante o atendimento de seus três requisitos: a sua função social em sentido estrito, função ambiental e função econômica. Será exatamente este último requisito que se relaciona com a lei concorrencial: quando um agente econômico utiliza-se de seu direito de propriedade para coibir a entrada de novos competidores no mercado, fica evidenciado o abuso da face econômica de sua propriedade e, por consequência, o não cumprimento da função social da propriedade de seu direito de propriedade.

Já o princípio da defesa do consumidor presta-se à satisfação dos interesses do consumidor (sujeito individual e coletivo) no mercado. Tal princípio constitui um reflexo do processo de institucionalização dos mercados: como visto, as disputas concorrenciais possibilitam à sociedade uma maior gama de escolhas, fato este que permite o aumento do grau de satisfação da mesma sociedade. É especificamente neste contexto que se justifica a inserção da defesa do consumidor na lei concorrencial: a proteção do consumidor significa assegurar a manutenção da possibilidade de disputa entre os agentes econômicos.<sup>76</sup>

Ainda no que tange aos ditames constitucionais que orientam a atuação do SBDC, cumpre destacar a repressão ao abuso do poder econômico. O primeiro aspecto que se destaca acerca de tal ditame é dado pelo fato de que o mesmo não constitui um princípio constitucional<sup>77</sup>, mas sim um dispositivo programático pelo qual se reafirma a necessidade de se disciplinar as disputas – e em última análise, os comportamentos – entre os agentes econômicos nos mercados.<sup>78</sup>

Tal conclusão, por sua vez, é importante na medida em que evidencia a relação entre o poder econômico e os comportamentos dos agentes econômicos: se, de um lado, a repressão ao abuso do poder econômico constitui um dos escopos da lei concorrencial – eis que esta deriva do mandamento constitucional –, e, de outro, a política de concorrência tem

<sup>75</sup> “A *função social da propriedade* não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 280. (grifo do autor).

<sup>76</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 179. Ainda sobre a defesa do consumidor, é importante ressaltar que sua origem também está associada à necessidade de se proteger os sujeitos que, em função de sua posição econômica ou social, encontram-se em situação de considerável fragilidade em relação às suas contrapartes numa dada relação jurídica.

<sup>77</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

<sup>78</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 208.

por objetivo analisar os comportamentos – e seus efeitos – dos agentes econômicos, não é difícil concluir que o poder econômico manifesta-se mediante os comportamentos de um agente econômico e que sua abusividade decorre do caráter sancionável que emerge a partir dos efeitos do comportamento exteriorizado.<sup>79</sup>

Note-se que este relacionamento entre os (efeitos dos) comportamentos dos agentes econômicos e a repressão ao abuso do poder econômica demonstra, também, qual o interesse a ser resguardado pelo diploma concorrencial brasileiro. Se é certo que os demais ditames constitucionais fornecem não menos relevantes diretrizes para a aplicação da Lei 12529/2011, percebe-se que, em razão de seu caráter programático disposto constitucionalmente, a repressão ao abuso de poder econômico consigna a matriz direta da atuação da lei concorrencial: a tutela do abuso do poder econômico constitui o interesse jurídico imediato a ser resguardado pela atuação da política de concorrência brasileira, à medida que os outros ditames constitucionais – livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa do consumidor – terão sua eficácia obstaculizada conforme se dê o exercício (abusivo ou não) do poder econômico.<sup>80</sup>

A importância de se delimitarem os elementos norteadores (os princípios e o interesse a ser protegido) do diploma concorrencial se dá no fato de que ela irá informar toda a implementação e atuação da política de concorrência em concreto. Em meio a este contexto,

---

<sup>79</sup> Na síntese de Ferraz Júnior: “Como a Constituição fala em abuso do poder econômico, pressupõe certamente que o poder econômico, em si, é um fenômeno normal no processo de produção e circulação da riqueza. O que a lei deve reprimir é o seu abuso. Abuso de poder é desvio de finalidade. Significa, genericamente, o uso do poder econômico de modo a prejudicar e até inviabilizar a liberdade, e a justiça econômicas. [...] Em consequência, o fenômeno do poder econômico não é uma exceção no jogo do mercado, mas um dado virtualmente constante das relações econômicas. [...] a Constituição aceita a fazer parte da economia de mercado o uso estratégico do poder a fim de obter posições de maior predominância no interior de sua estrutura. O abuso ocorre quando, neste uso estratégico, estamos diante de um desvio de finalidade.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 2, p. 73, 1992.

<sup>80</sup> “Já ao falarmos em ‘repressão ao abuso do poder econômico’, privilegiamos em grau máximo essa repressão. Algumas práticas, ainda que não prejudiciais à livre concorrência, serão vedadas pela lei.” FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 240. Deve-se ressaltar que, da mesma forma, a repressão ao abuso do poder econômico poderá não corresponder à instalação das eficiências, tal como demonstrado na teorização da política de concorrência no tópico anterior. Não se refuta, com isto, aquela construção teórica, mas sim se afirma o caráter ideológico que envolve a instituição e a implementação de uma política. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 211. Neste sentido, ainda, retome-se as notas 36 e 39 deste capítulo: o instrumental que decorre da construção teórica da política de concorrência pode ser utilizado para fins outros que não o resguardo da racionalidade (econômica) que permeou tal construção. Isto não significa, por certo, o abandono do raciocínio econômico para identificar o caráter abusivo: vale dizer, o desvio de finalidade – ou efeito abusivo do comportamento – apontado na nota 78, apesar de ser sancionado em função de interesses distintos daqueles da eficiência – a repressão ao efeito abuso do exercício do poder econômico – só poderá ser identificado por meio de instrumentos econômicos.

emerge o poder econômico <sup>81</sup> – e a repressão de seu efeito abusivo – como propósito central adotado pela aplicação da Lei 12529/2011: em específico, a atuação da política de concorrência irá se deter, também por força do art. 1º de referida lei, sobre os comportamentos dos agentes econômicos e seus respectivos efeitos – por meio dos quais o poder econômico é exteriorizado.

Assim, passa-se a verificar o sistema instituído pela lei concorrencial para a atuação da política de concorrência. Neste sentido, o dispositivo do art. 31 da Lei 12529/2011 prevê a aplicação de tal lei a praticamente todos os sujeitos de direito e de fato: das pessoas físicas às pessoas jurídicas, regidas por direito público ou por direito privado, das associações, de entidades e de pessoas constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica. Noutros termos, equipara-se a agente econômico – nos termos até então utilizados – todo sujeito cuja atividade ou comportamento possa afetar de modo substancial os mercados – ou, de modo mais preciso, as relações de produção e de oferta nos mercados.

Com efeito, esta amplitude de sujeitos sobre os quais a lei concorrencial pode ser aplicada justifica-se a partir do momento que se verifica a tipificação legal dos ilícitos concorrenciais. Isto porque o *caput* do art. 36 da Lei 12529/2011 <sup>82</sup>, seguindo a linha de raciocínio acerca dos sujeitos destinatários, considera como ilícitos (infrações) concorrenciais todos e quaisquer comportamentos que possam, potencial e efetivamente, prejudicar a concorrência, a despeito das formas que tal comportamento possa assumir – ou seja, tanto o alcance subjetivo quanto o alcance objetivo da lei concorrencial são extremamente amplos.

Entretanto, é particularmente importante destacar que, por meio deste dispositivo, serão os efeitos, potenciais ou efetivos, do ato praticado que ocasionarão a sua ilicitude, e não a mera prática dos mesmos em si. Assim, “[...] para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (quer acordo, quer abuso, quer concentração)

---

<sup>81</sup> “[...] o conteúdo central (mas não exclusivo) do direito concorrencial deve ser a regulamentação do poder econômico no mercado. [...] [Isto, pois] para uma ordem econômica que pretende se autocontrolar, o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

<sup>82</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.

determine a incidência do art. 36, *caput*, ou seja, tenha por objeto ou produza os efeitos”<sup>83</sup> previstos nos incisos I a IV de tal dispositivo.<sup>84</sup>

Ressalte-se que os incisos acima citados retomam, direta e indiretamente, os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor. Neste sentido, acerca do inciso I deve-se ressaltar que a incidência da lei concorrencial justifica-se como uma forma de proteção à livre iniciativa e à livre concorrência não só em sentido positivo, qual seja, a possibilidade de o agente econômico livremente exercer uma atividade econômica, mas também em sentido negativo, dado pela inexistência de impedimentos para o exercício e a expansão de tal atividade.<sup>85</sup> Assim, “[...] quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos e existentes no seio de nossa Constituição.”<sup>86</sup>

Também em função do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser interpretados os incisos II e IV do art. 36 do diploma concorrencial. Neste sentido, regressa-se à tutela do exercício do poder econômico perante os mercados: por meio destes incisos, veda-se a aquisição, por parte do agente econômico, de poder econômico tal que o alcance a uma posição de autonomia nos mercados, na qual não importam os comportamentos dos demais agentes econômicos nos mesmos mercados; da mesma forma, veda-se, como já afirmado, o exercício abusivo de poder econômico, desviado de sua finalidade.<sup>87</sup> Na prática, a dominação dos mercados é potencialmente lesiva à livre iniciativa e livre concorrência, pois

<sup>83</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 131. Reafirma-se, portanto, o fato exposto no tópico anterior, no sentido de ser inviável, excetuadas exceções do direito estrangeiro – essencialmente, as chamadas “infrações *per se*” –, discriminar pormenorizadamente quais as práticas que ensejam a atuação da política de concorrência.

<sup>84</sup> I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>85</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 215, 2003.

<sup>86</sup> FORGIONI, op. cit., p. 137. Vale dizer: toda a atuação da política de concorrência se justifica – porém não objetiva – em função da livre iniciativa e da livre concorrência.

<sup>87</sup> Não se pode deixar de mencionar que ambas a posição dominante e o exercício abusivo de poder econômico deverão ser medidas em função dos mercados em que os agentes econômicos às quais as mesmas estão associadas atuam: a primeira, em função dos mercados em que o agente econômico atua; a segunda, em função dos efeitos de seus comportamentos perante os mercados em que o agente atua. Isto porque o conceito de poder econômico é relacional: um sujeito só pode ter poder em função de outros sujeitos ou coisas – e, especificamente, o poder econômico só pode ser medido a partir de fatos e atos da realidade econômica, portanto, da realidade dos mercados. Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-27 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009. p. XXII-XXVIII, p. 16-27.

tende à eliminação dos demais componentes dos mercados <sup>88</sup>, assim como todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência ou aumento arbitrário de lucros. <sup>89</sup>

Por fim, interpreta-se o inciso III em função da defesa do consumidor – ademais da livre iniciativa e da livre concorrência. Esta associação se justifica na medida em que, em última análise, os maiores prejudicados pelo aumento arbitrário de lucros serão os consumidores, assim como os agentes econômicos cujas atividades dependem do agente econômico que aumenta arbitrariamente seus lucros: isto, pois, não há como se conceber um aumento de lucros sem que haja, direta ou indiretamente, um aumento dos preços dos produtos ofertados pelo agente econômico no mercado. <sup>90</sup> Ou seja: tutela-se a defesa do consumidor quando os efeitos do aumento arbitrário se projetam sobre os consumidores <sup>91</sup>; igualmente, tutela-se a livre concorrência e a livre iniciativa quando tais efeitos se fazem sentir perante os agentes econômicos dependentes do agente principal. <sup>92</sup>

Adicione-se que, ao lado do conjunto formado pelos incisos I a IV, o § 3º do art. 36 da Lei 12529/2011 proporciona um extenso rol de comportamentos que também demandam sanção da lei concorrencial. Contudo, é necessário observar que este rol é meramente exemplificativo: se é certo que o *caput* do art. 36 aponta que será o efeito dos comportamentos dos agentes econômicos que conforma a ilicitude ou não dos mesmos, a exemplificação contida no § 3º, apesar de não ser taxativa, justifica-se no fato de que as práticas mencionadas em tal dispositivo invariavelmente apresentam efeitos deletérios perante os mercados – ou seja, as mesmas caracterizam um exercício abusivo do poder econômico.

<sup>88</sup> Necessário, neste sentido, expor a excludente de ilicitude do § 1º do art. 36 (§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo). Em termos práticos: se o agente econômico conquista o mercado por meio de seus próprios atributos – v.g., melhores produtos, preços mais baixos, melhor atendimento – é lícito seu eventual domínio do mercado.

<sup>89</sup> Em síntese: “[...] nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante, mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência, à livre iniciativa ou que dê lugar a aumento arbitrário de lucros.” FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 138.

<sup>90</sup> MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 15, 2004.

<sup>91</sup> Destaque-se, ainda neste sentido, que a origem da repressão ao abuso de poder econômico no direito brasileiro esteve associada ao controle de preços, a qual, a seu turno, prestava-se à proteção do consumidor. FORGIONI, op. cit., p. 141.

<sup>92</sup> A dependência econômica se instala quando a sobrevivência de um ou mais agentes econômicos no mercado depende diretamente da atividade desempenhada por um agente principal. Em essência, a violação do inciso III ocorre à medida que o aumento arbitrário de lucros do agente principal prejudique ou leve à extinção dos agentes dependentes – caso em que, também, haveria prejuízo à livre iniciativa e livre concorrência. FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 151.

Com efeito, deve-se ter em mente que, ainda por força do art. 1º da lei concorrencial brasileira, a atuação da política de concorrência deve dar-se não só perante os comportamentos dos agentes econômicos em concreto, mas também sobre os comportamentos em potencial: em específico, estas duas atuações decorrem das expressões “prevenção” e “repressão” dispostas no corpo de referido dispositivo.

Neste sentido, não se pode deixar de ressaltar a necessidade de certa plasticidade quanto à interpretação do art. 36 da lei concorrencial. Isto porque, não raro, os agentes econômicos desempenham práticas que podem gerar resultados positivos perante os mercados e os consumidores, mas que, se consideradas somente em função do art. 36, seriam fatalmente objeto de sanção da Lei 12529/2011.

Com efeito, não se pode deixar de mencionar uma segunda frente de atuação do SBDC, pela qual se instrumentaliza a atuação preventiva da política de concorrência. Contudo, para que se possa efetuar o tratamento desta atuação preventiva, é necessário recordar que os comportamentos dos agentes econômicos classificam-se, essencialmente, em acordos, abusos e concentrações. A partir desta classificação, visualizam-se de modo mais nítido as duas grandes frentes da atuação do SBDC: pela primeira, voltada à repressão das infrações à ordem econômica e identificada como “controle de condutas”, sancionam-se os abusos e os acordos; pela segunda, voltada à prevenção das infrações à ordem econômica e conhecida como “controle de estruturas”, sancionam-se as concentrações e também os acordos.

Desta forma, à medida que as bases para a atuação da política de concorrência estão intimamente relacionadas ao já exposto art. 36 da Lei 12529/2011, passa-se a tratar do controle de condutas em meio à lei concorrencial brasileira. Neste sentido, identificam-se como principais dispositivos relativos ao controle de estruturas o art. 88, I e II e o art. 90, I a IV <sup>93</sup> do diploma concorrencial brasileiro. Como se pode inferir a partir dos aspectos

---

<sup>93</sup> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

expostos, a análise que o controle de estruturas realiza tem como objetivo, em essência, verificar o impacto futuro de uma operação econômica instrumentada por meio da concentração ou de acordos firmados entre agentes econômicos.<sup>94</sup>

Deve-se ter em mente, contudo, que as alterações das estruturas dos mercados decorrem, essencialmente, da própria dinâmica que se estabelece nos mesmos. Entretanto, a justificativa que leva um agente econômico a concentrar-se ou a estabelecer um acordo com outro agente econômico é uma só: a possibilidade de aumentar os ganhos por meio desta operação – da qual se deriva, portanto, a possibilidade de incrementar o poder econômico em dado mercado.

Com efeito, em um plano abstrato, as concentrações e os acordos podem gerar tanto resultados positivos quanto negativos.<sup>95</sup> Pelos primeiros, pode-se citar: a geração de economias de escala e de escopo; o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis; a possibilidade de extensão da oferta e dos níveis de satisfação das demandas; a continuação das atividades de um dado agente econômico; economias tributárias. Já pelos segundos, elencam-se: a diminuição dos níveis de concorrência, efetiva e potencial, de um dado mercado (resultado este frequente em grande parte destas operações); o encerramento das atividades de agentes econômicos (tanto os envolvidos na operação quanto os demais no mercado); a concentração de recursos produtivos (tecnologia, cadeias de distribuição) nas mãos de poucos agentes econômicos.<sup>96</sup>

Em função desta dualidade dos resultados das operações analisadas pelo controle de estruturas, o advento da Lei 12529/2011 apresentou uma relevante inovação em relação à sua antecessora: trata-se, de acordo com o § 2º do art. 88 de mencionado diploma<sup>97</sup>,

---

<sup>94</sup> PLAWIACK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 69. Em consonância com o interesse tutelado pela lei concorrencial, pode-se dizer que esta verificação tem por objetivo determinar se o poder econômico que resulta da concentração ou acordo tem potencial para causar efeitos deletérios perante os mercados.

<sup>95</sup> Razão por que, assim deve a política de concorrência avaliar de maneira pormenorizada todos os aspectos relativos a estas operações – numa forma de sopesar os “prós” e os “contras” destas operações. Em específico, trata-se, acima de tudo, de avaliar não só os elementos discriminados nas operações realizadas, mas também de identificar e verificar as circunstâncias e os mercados envolvidos em meio a estas operações. Em última análise, é uma avaliação caso-a-caso, que não admite generalizações.

<sup>96</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 400. Na síntese da Autora: “ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como útil ou até mesmo indispensável ao progresso e mesmo à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema [haja vista que os resultados negativos podem vir na mesma intensidade ou mais que os resultados positivos]”. FORGIONI, op. cit., p. 406.

<sup>97</sup> § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

da obrigatoriedade de apresentação prévia destas operações ao CADE.<sup>98</sup> Este dispositivo é importante na medida em que permite a verificação da operação pelo órgão concorrencial antes que a mesma se concretize, jurídica e materialmente – o que confere maior efetividade à política de concorrência, eis que eventuais alterações, ou mesmo a vedação, em tal operação poderão ser efetuadas de antemão pelo CADE.

Superada a apresentação prévia da operação, nota-se que a lei concorrencial sintetiza no § 5º e no § 6º do art. 88 quais as possíveis decisões – após a devida apreciação da operação – que o CADE pode adotar com relação a uma operação submetida ao controle de estruturas.<sup>99</sup>

Neste sentido, deve-se ressaltar que este processo de tomada de decisão é subsidiado pelos seguintes elementos: (i) o nível de concentração dos mercados afetados, medido através de cálculos econométricos, que afeta diretamente a determinação dos efeitos da operação, eis que uma operação pode saturar ainda mais o nível de concentração de um mercado; (ii) posição dominante e mercado relevante, por meio dos quais se delimitam os mercados (em dimensão geográfica e de produto) afetados pela operação, bem como as posições dos agentes econômicos envolvidos na operação (em momento prévio e posterior à operação) em tais mercados, visando, por fim, a identificar o nível de poder econômico (efetivo e em potencial) envolvido na operação; (iii) eficiência econômica da operação e barreiras à entrada, medidos por cálculos econométricos, que objetivam, respectivamente, demonstrar eventual justificativa econômica para a operação (repasso dos benefícios da operação ao consumidor, em essência) e identificar o nível de dificuldade para o ingresso de um hipotético agente econômico nos mercados afetados pela operação, após sua conclusão.<sup>100</sup>

Contudo, é interessante ressaltar que o controle de estruturas consiste na função em que mais se evidencia o caráter “político” da política de concorrência. Isto, pois, por mais que os requisitos para a aprovação ou rejeição de uma operação sejam definidos por conceitos

<sup>98</sup> Relembra-se que o critério para a apresentação destas operações está contido no art. 80, I e II e no art. 90, I a IV do diploma concorrencial.

<sup>99</sup> § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

<sup>100</sup> PLAWIACK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. In: MATTOS, Paulo Todeskian Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 74.

econômicos – como visto acima – a motivação para a decisão em controle de estruturas encontra sua *ultima ratio* na política, uma vez que é a atuação do Estado que irá definir, em essência, a estrutura econômica a ser implementada nos mercados pelo mesmo regulados.<sup>101</sup> Em última análise: é a partir da estrutura econômica (atomizada, eficaz, concentrada, pulverizada) almejada que a decisão em controle de estruturas – e, por fim, a política de concorrência – deverá interpretar os elementos acima expostos, a fim de aprovar ou rejeitar a operação submetida.

### *2.2.2 Política de concorrência na Argentina: a tutela do interesse econômico geral*

Exposta, singelamente, a legislação brasileira que confere suporte à política de concorrência no Brasil, passa-se a tratar do contexto normativo argentino sobre a qual a política de concorrência daquele país é estruturada. Neste sentido, identifica-se a Lei 25156/1999 como o pilar do sistema concorrencial na Argentina.

O primeiro aspecto relativo à disciplina concorrência na Argentina que se destaca também encontra, ainda que relativamente, paralelo no Brasil: trata-se da extensa trajetória, ao menos no aspecto temporal, de legislações relacionadas a esta matéria. No caso brasileiro, trata-se do Decreto-lei 869/1938 a primeira norma que disciplinou a concorrência – em termos conexos aos expostos neste trabalho – no Brasil, ainda que sua tutela não fosse voltada especificamente à concorrência.<sup>102</sup> Contudo, com relação à Argentina, a disciplina da concorrência remonta a um período ainda mais antigo, por meio da promulgação da Lei 11210/1923. É importante destacar, contudo, o avanço desta legislação argentina frente às suas equivalentes brasileiras: à medida que a lei argentina 11210/1923 já previa em seu bojo a

---

<sup>101</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 393. Aspecto este cabível, inclusive, no que tange ao controle de condutas.

<sup>102</sup> “[...] o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.” Ibid., p. 99. Com efeito, a disciplina da concorrência, no Brasil, assumiu moldes similares aos atuais a partir do Decreto-lei 7666/1945.

noção da livre concorrência, mediante o controle e a repressão aos monopólios, bem como aos comportamentos que levassem a monopólios.<sup>103</sup>

Regressando, entretanto, à vigente Lei 25156/1999, verifica-se que, na Argentina, ocorreu o estabelecimento de uma estrutura relativamente similar àquela adotada pelo Brasil – ou, levando em conta o aspecto temporal, o Brasil adotou uma estrutura similar à Argentina – para a atuação da política de concorrência. Conforme se verifica no art. 17 de referido diploma<sup>104</sup>, instituiu-se o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, autarquia responsável pela aplicação e cumprimento da lei concorrencial argentina. Entretanto, não se pode deixar de mencionar a falta de eficácia de tal norma, haja vista que não houve, de fato, a criação de referido órgão, cabendo a aplicação e cumprimento do diploma concorrencial argentino à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, entidade criada pela já revogada Lei 22262/1980.<sup>105</sup>

A despeito desta particularidade relativa à entidade responsável pela política de concorrência argentina, nota-se que a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência é composta por órgãos similares àqueles que integram o CADE: um conselho deliberativo, composto por quatro comissários e um presidente, responsável por processar e julgar os processos de condutas e estruturas concorrenciais; uma procuradoria jurídica, que atua perante os processos concorrenciais, bem como defende os interesses da Comissão judicialmente; um departamento de economia, responsável por apresentar estudos destinados ao auxílio da atuação da Comissão.

<sup>103</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 89. Vale dizer: com pelo menos quinze anos de antecedência (vinte e dois, levando em conta o Decreto-lei brasileiro 7666/1945), já em 1923 emergia na Argentina a preocupação com a necessidade de se resguardar a livre concorrência em função dos comportamentos econômicos – preocupação esta que só foi evidenciada, no Brasil, quinze anos depois, e efetivamente institucionalizada vinte e dois anos depois.

<sup>104</sup> Art. 17 — *Créase el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley. Tendrá su sede en la Ciudad de Buenos Aires pero podrá actuar, constituirse sesionar en cualquier lugar de la República mediante delegados que designe el Presidente del Tribunal. Los delegados instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales.*

<sup>105</sup> Ainda que se argumente que a não criação do Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência não acarrete na ineficácia dos demais postulados da Lei 25156/1999, fica evidente o desprestígio que a política de concorrência enfrenta na realidade argentina. Exacerba-se ainda mais tal fato à medida que se passaram mais de dez desde a promulgação deste diploma sem qualquer ação por parte do Estado argentino que indicasse uma preocupação com a instalação do órgão concorrencial. Como possível razão para tal fato, diz Cabanellas: “*Existe en las sociedades en vías de desarrollo una incongruencia entre las metas explícitamente admitidas para su evolución y las ideologías imperantes respecto de la forma en que se han de desarrollar las actividades productivas. [...] La experiencia argentina ha demostrado que la legislación regulatoria de la competencia poco puede hacer para enfrentarse a un substrato social opuesto a sus normas. [...] Se trata de un caso de aplicación del principio de que la legislación dista de ser un medio omnipotente para lograr el cambio social*”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., p. 18.

Evidenciada a entidade responsável por administrar a política de concorrência em território argentino, passa-se a, tal qual efetuado no subtópico anterior, evidenciar os princípios que orientam a atuação de tal política. Percebe-se, desde logo, que à distinção da legislação brasileira, o diploma concorrencial argentino não adota expressamente quais princípios norteadores de sua aplicação. Entretanto, isto não afasta, da mesma forma como se verifica no Brasil, a derivação da orientação constitucional sobre a política de concorrência argentina.<sup>106</sup>

Assim, a partir do exame da Constituição da Nação Argentina, verifica-se esparsa a principiologia que orienta a interpretação e a aplicação do diploma concorrencial naquele país, a qual, contudo, é sintetizada por meio de três dispositivos. O primeiro deles trata-se do art. 42<sup>107</sup>: considerado como a *celula mater* para a disciplina da concorrência, este dispositivo estabelece ser a concorrência um dos valores da Nação Argentina, devendo o Estado – em todos os seus níveis – evitar todo e qualquer tipo de distorção dos mercados.<sup>108</sup> Portanto, nota-se que, do mesmo modo em que funda a política de concorrência, este dispositivo estabelece a concorrência como verdadeiro objetivo a ser tutelado pela ação do Estado argentino.

---

<sup>106</sup> Interessante ressaltar que, a despeito de a Constituição da Nação Argentina ser, ao menos nominalmente, a mesma desde a independência, a mesma passou por três grandes reformas, sendo a última ocorrida em 1994. Particularmente relevante para a política de concorrência argentina é o contexto de tal reforma: de um lado, tal reforma significou a incorporação de uma série de direitos sociais e coletivos – os chamados direitos de terceira dimensão –; de outro, tal reforma constituiu um reflexo da reabertura ao ambiente político-econômico internacional (OMC e Mercosul, basicamente), com a corresponde incorporação, na Constituição e no direito argentino, de uma série de dispositivos relativos a esta reabertura – a tutela da propriedade intelectual, a proteção aos investimentos. Em meio as contexto, por fim, que a tutela da concorrência ganha especial relevância, seja como instrumento de proteção aos novos direitos consignados constitucionalmente, seja como o atendimento a uma demanda do sistema político-econômico internacional. DALLA VÍA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. p. 345.

<sup>107</sup> Art. 42 – *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.*

<sup>108</sup> DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 42. Vale dizer: de acordo com a Constituição da Nação Argentina, todos os níveis do Estado devem praticar a advocacia da concorrência.

Já o segundo princípio da política de concorrência argentina encontra-se disposto no art. 75, inciso 18 da Constituição <sup>109</sup>, através do qual se permite estabelecer a relação entre o bem-estar e a prosperidade geral e a atuação da política de concorrência. Em específico, esta relação é identificada no *caput* art. 1º da lei concorrencial argentina <sup>110</sup>, que estabelece a afetação da concorrência em função do “interesse econômico geral”: ora, não seria admissível um ato que, ao mesmo tempo em que viole o interesse econômico geral, não afetasse a prosperidade e o bem-estar geral da nação – eis que uma das faces da prosperidade e do bem-estar é a face econômica. <sup>111</sup> Assim, à medida que a lei concorrencial argentina presta-se à proteção da concorrência nos mercados e a liberdade de comércio, tem-se a consequente proteção de um dos alicerces sobre os quais se ampara a organização econômica constitucionalmente ditada. <sup>112</sup>

Por fim, é no art. 75 da Constituição Argentina, porém em seu inciso 19 <sup>113</sup>, que se encontra o terceiro princípio que funda o diploma concorrencial argentino. Isto porque, da interpretação de tal dispositivo em conjunto com o enunciado do mencionado art. 42, extrai-se que a lei concorrencial argentina está enquadrada como uma das atribuições mencionadas no inciso 19 do art. 75. Vale dizer: a instituição das bases legais para a política de concorrência constitui um dos meios pelos quais se permite alcançar as metas econômicas, sempre em consonância com a justiça social, estabelecidas no inciso 19, haja vista ser o desempenho de atividades produtivas um dos motes para a atuação da política de concorrência. <sup>114</sup>

<sup>109</sup> Art. 75 – *Corresponde al Congreso: 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.*

<sup>110</sup> Art. 1º – *Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*

<sup>111</sup> SASOT, María C. Tapia. Mercado, monopolio y defensa de la competencia. In: VÍTOLO, Daniel R (Org.). **Cuestiones de derecho societario**: en homenaje a Horacio P. Fargosi. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 277.

<sup>112</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 175.

<sup>113</sup> Art. 75, 19. – *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.*

<sup>114</sup> DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 57.

Com efeito, destaque-se que a exposição da principiologia que orienta o diploma concorrencial argentino ganha maior nitidez, e de certa forma coerência, a partir do momento em que é alinhada ao interesse a ser protegido pela política de concorrência. Neste sentido, por força da exposição relativa ao art. 75, inciso 18, da Constituição da Nação Argentina, tal interesse já fora evidenciado: trata-se do interesse econômico geral, previsto no *caput* do art. 1º da Lei 25156/1999.

Desta forma, e regressando-se novamente ao art. 42 da Constituição Argentina, nota-se ser possível realizar uma interpretação de tal dispositivo no sentido de que o mandamento constitucional prega o estabelecimento de um “direito à concorrência efetiva”: será esta interpretação, assim, que fornece o conteúdo básico do que vem a ser “interesse econômico geral”.<sup>115</sup>

Não se pode deixar de ressaltar, contudo, que, à medida que o “interesse econômico geral” é primordialmente previsto pela lei concorrencial argentina, a determinação de seu conteúdo também passa, necessariamente, pelos demais dispositivos previstos em tal legislação. Mais: a própria expressão “geral” demonstra um caráter de abrangência deste conteúdo, razão por que, assim, a determinação do “interesse econômico geral” também perpassa pelas demais legislações econômicas existentes no ordenamento jurídico argentino – ou seja, normas que disciplinam os comportamentos (dos agentes econômicos, dos consumidores, do Estado) externados nos mercados.<sup>116</sup>

Note-se, entretanto, que tal como a própria lei concorrencial, a Constituição Argentina também irá fornecer as bases para as demais legislações econômicas supramencionadas. Retomando, por outro lado, a base da lei concorrencial fornecida pela Constituição Argentina – interpretada como um direito à concorrência efetiva –, é possível identificar, desde logo, que a mesma confere uma considerável carga econômica à política de concorrência. A seu turno, esta carga (racionalidade) econômica permite inferir que o conteúdo do “interesse econômico geral” seja correspondente, ainda que não exclusivamente, à utilidade que a sociedade confere ao comportamento econômico a ser analisado pela política concorrencial.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> MARINO, Marcela. El bien protegido por la ley de defensa de la competencia: el “interés económico general”. **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, ano 40, n. 225, p. 113, 2007.

<sup>116</sup> Ibid., p. 120.

<sup>117</sup> Noutros termos: o interesse econômico geral requer um juízo de valor sobre quais as metas ou objetivos devem ser alcançados pelos mercados – juízo de valor este emitido, a seu turno, pela sociedade. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 251.

Perceba-se, por outro lado, que esta utilidade também decorre da conjugação dos próprios ditames constitucionais acima mencionados – a relação com outras legislações econômicas, ou, para fins do presente trabalho, suas respectivas bases constitucionais – com as peculiaridades que se manifestam no caso em concreto.<sup>118</sup> É exatamente neste cenário, assim, que se nota a importância que assume a complementaridade entre os ditames constitucionais e o interesse protegido pela lei concorrencial argentina: ainda que o “interesse econômico geral” seja permeado por uma carga econômica – equivalente àquilo que está contido na face econômica da política de concorrência (a eficiência) –, serão os valores extraídos dos ditames constitucionais que irão, decisivamente, informar o “interesse econômico geral”.<sup>119</sup>

Assim, haja vista serem suas orientações bem próximas, é possível traçar relativa proximidade entre o interesse protegido pela lei concorrencial argentina e pela lei concorrencial brasileira. Contudo, o valor contido em ambas difere sensivelmente quando confrontadas frente a frente: o “interesse econômico geral” reserva – em função da correspondência ao direito a uma concorrência efetiva – espaço de atuação mais ancho que a “repressão ao abuso do poder econômico” à medida que, v.g., um exercício abusivo de poder econômico por um agente coadjuvante não seria necessariamente punido pela política de concorrência argentina, ao que o mesmo não se daria frente à política de concorrência brasileira.

Expostos o interesse tutelado pelo diploma concorrencial argentino, assim como os princípios que regem sua aplicação, passa-se a determinar a atuação da política de concorrência frente ao controle de condutas. Neste sentido, verifica-se que a Lei 25156/1999 adotou um sistema com algumas similitudes em relação ao adotado pela legislação brasileira: exemplo máximo de tal aspecto constitui o fato de que a ilicitude concorrencial, no direito

---

<sup>118</sup> De sorte que “[...] los efectos de los comportamientos deben evaluarse no en relación con un aspecto aislado del sistema productivo, sino considerando en conjunto las consecuencias de tales comportamientos sobre los valores reconocidos por la comunidad.” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 253

<sup>119</sup> Dromi sintetiza estes valores em: liberdade de realização, entendida como a liberdade de exercer um ofício; igualdade de participação, entendida como a possibilidade de se exercer um ofício no mercado; a propriedade do investimento, entendida como condição para liberdade e igualdade de realização, desde que em atendimento aos interesses sociais; a dignidade do consumo, pela qual se propõe a defesa do consumidor frente ao poderio econômico; a solidariedade no desenvolvimento, segundo a qual se orienta a ação do Estado para alcançar o desenvolvimento humano e social; a justiça econômica distributiva, que prevê a necessidade dos ganhos advindos dos ofícios exercidos serem compartilhados com todos os membros da sociedade. Cf. DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 20-33.

argentino, decorre dos efeitos dos comportamentos – atos ou condutas de qualquer forma manifestados – que os agentes econômicos externam nos mercados.<sup>120</sup>

Com efeito, devem-se destacar dois aspectos relativos ao núcleo da ilicitude das condutas no caso argentino, os quais indicam substanciais distinções entre o sistema argentino e o sistema brasileiro da política de concorrência. O primeiro deles se dá na medida em que é a concorrência – efetiva ou potencial – que constitui um dos eixos sobre o qual os comportamentos devem incidir: ou seja, sem uma afetação direta à concorrência nos mercados, não há como a política de concorrência alcançar quaisquer comportamentos econômicos.

Já o segundo, e mais relevante, aspecto se dá na medida em que a comportamento igualmente deverá ser afetar o “interesse econômico geral”. Ademais de enfatizar a importância que a delimitação do “interesse econômico geral” assume frente à política de concorrência argentina, tal aspecto evidencia que os valores constitucionais desempenham, como no caso brasileiro, a função de indicar os parâmetros que devem ser respeitados pelos comportamentos, com a distinção, porém, de que na Argentina também há que ser considerado o parâmetro econômico inerente à concorrência efetiva.

Evidenciar estas distinções é extremamente importante na medida em que elas influenciam decisivamente a atuação da política de concorrência argentina em sede de controle de condutas. Se é certo que os instrumentos para tal atuação pouco diferem daqueles à disposição da política brasileira – em função de a ilicitude decorrer dos efeitos dos comportamentos perante os mercados –, resta demonstrado que a atuação da política argentina segue, em síntese, o seguinte roteiro: a partir da identificação de um comportamento que prejudica – potencial e efetivamente – o “interesse econômico geral”, a política se presta a examinar se, para a comunidade afetada, tal comportamento gera efeitos positivos maiores que o prejuízo, com o quê, por fim, se extrai a licitude ou ilicitude do comportamento.<sup>121</sup>

Isto posto, passa-se a tratar do controle de estruturas frente à política de concorrência argentina. Neste sentido, identifica-se no art. 6º e no art. 7º da lei concorrencial

---

<sup>120</sup> Paralelamente a tal fato, decorre que as condutas taxadas pelo art. 2º como ilícitas frente à lei concorrencial argentina igualmente assumem caráter meramente exemplificativo.

<sup>121</sup> No caso brasileiro, não há tanta margem de atuação: em sendo caracterizado o abuso frente à dada comunidade, é imperativa sua sanção e repressão.

argentina <sup>122</sup> como os principais dispositivos que informam a política de concorrência frente ao controle de estruturas. Desde logo, percebe-se novamente o “interesse econômico geral” – e a concorrência em si – como mote para o exame das operações submetidas à autoridade concorrencial argentina: caso o ato submetido restrinja – potencial e efetivamente – a concorrência e prejudique o “interesse econômico geral”, o mesmo deverá ser vetado pela autoridade concorrencial. <sup>123</sup>

Tal como no caso brasileiro, a vigente lei concorrencial argentina adota o controle prévio das estruturas, devendo a operação ser submetida à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência antes de sua conclusão – também como no caso brasileiro, a lei anterior não dispunha esta exigência, constituindo o controle prévio uma inovação no sistema argentino. Como visto, o controle prévio justifica-se, em essência, como uma forma de evitar os custos que implicaria a reversão dos efeitos de uma concentração anticompetitiva já consumada. <sup>124</sup> Entretanto, embora a apresentação prévia das operações de concentração seja uma característica dos sistemas brasileiro e argentino, ambos distinguem-se fundamentalmente em razão da forma como procedem.

De modo geral, o controle de estruturas brasileiro foi instituído com dois ritos: o primeiro, mais célere, destinado às concentrações de menor complexidade, as quais são autorizadas pela Superintendência Geral do CADE; já o segundo, mais amplo, destinado às concentrações mais complexas, as quais, em última análise, devem ser instruídas pela Superintendência Geral e analisadas pelo plenário do Tribunal. <sup>125</sup>

Com efeito, o controle de estruturas no direito argentino assume uma arquitetura diferente: todas as operações de concentrações devem, indistintamente, ser apresentadas à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência. Tal aspecto, por sua vez,

---

<sup>122</sup> Art. 6º – *A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos: a) La fusión entre empresas; b) La transferencia de fondos de comercio; c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma; d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.*

Art. 7º – *Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.*

<sup>123</sup> Em última análise: o essencial sempre é o exame da situação competitiva antes e depois da concentração, pouco importando a criação de posições dominantes ou a concentração de poder econômico – uma avaliação, assim, sob a perspectiva da possível restrição da concorrência.

<sup>124</sup> DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 90.

<sup>125</sup> Vide, neste sentido, os arts. 53 a 57 da Lei 12529/2011.

praticamente anula as economias inerentes ao controle prévio, uma vez que, a cada análise de operação verifica-se necessária a produção, elaboração e avaliação de uma grande quantidade de dados e informações – grande quantidade esta, por sua vez, que se mostra desnecessária em relação às concentrações de menor complexidade. Como consequências, além do atraso no julgamento de concentrações – em decorrência do inescapável acúmulo de operações a serem instruídas –, instala-se um ambiente de desconfiança, ou mesmo insegurança, nos mercados – que demandam, cada vez mais, rapidez nas decisões de fundo econômico.<sup>126</sup>

Sendo os efeitos da operação o aspecto central da atuação da política de concorrência argentina em controle de estruturas, verifica-se que sua análise e avaliação devem ser feitas obedecendo alguns passos. Pelo primeiro, tem-se a identificação dos efeitos imediatos da concentração perante as estruturas dos mercados. Neste sentido, tal identificação passa pela identificação da quantidade de agentes econômicos que atuam neste mercado: no caso, num mercado em que existem dois competidores, a concentração certamente não será desejável; o mesmo não ocorre em meio a um mercado em que há uma pluralidade de competidores.<sup>127</sup>

Já o segundo passo presta-se a verificar os efeitos dinâmicos que decorrem da concentração, pelos quais se busca identificar se, a partir da união dos agentes econômicos, existe uma tendência a produzir resultados negativos sobre o nível de concorrência no mercado. Dentre estes resultados negativos, destaque-se: a maior facilidade para se instituir práticas colusivas entre os agentes econômicos que atuam nos mercados afetados pela concentração – haja vista que a diminuição do número de concorrentes possibilita tais tipos de práticas; a emergência, a partir da concentração, de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado; e, *last but not least*, o domínio de determinado recurso produtivo essencial à atividade econômica desempenhada naquele mercado.<sup>128</sup>

Por fim, a partir dos elementos colhidos nas duas primeiras etapas, passa-se a verificar em qual medida a concentração repercute perante o “interesse econômico geral”. Por mais contraditório que possa parecer, esta verificação parte do pressuposto que toda concentração tem, em alguma medida, efeitos anticompetitivos perante os mercados – efeitos negativos que reduzem o bem-estar econômico dos consumidores e dos demais agentes econômicos. O atendimento ao “interesse econômico geral” somente se dará a partir do

<sup>126</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 24.

<sup>127</sup> SANDOVAL, Carlos A. Molina. **Defensa de la competencia**. Buenos Aires: Errepar, 2004. p. 120.

<sup>128</sup> Ibid., p. 125.

momento em que, da concentração, constatam-se benefícios que compensem o mal-estar gerado.

Desta forma, sob a perspectiva do “interesse econômico geral”, somente poderão ser considerados enquanto benefícios os efeitos ou resultados que não pudessem ser obtidos por qualquer outra alternativa que não a concentração. Mais: também se consideram como benefícios decorrentes da concentração o aumento da eficiência ou a economia de recursos ou fatores de produção – não podendo tal eficiência ou economia decorrer do exercício do poder econômico do agente econômico concentrado.<sup>129</sup>

Assim, a partir da exposição dos principais aspectos da atuação política de concorrência brasileira e argentina – tanto em sede de controle de condutas quanto em sede de controle de estruturas, constata-se que, a despeito dos diversos elementos comuns a ambas, existe uma sensível, porém não desprezável distinção entre as mesmas. Tal distinção pode ser demonstrada, e mesmo sintetizada, da seguinte forma: no contexto argentino, a política de concorrência associa o “interesse econômico geral” diretamente com a concorrência, ou seja, resguardando-se o “interesse econômico geral”, resguarda-se a concorrência e vice-versa; já no contexto brasileiro, como já visto, não há, necessariamente, uma associação entre a repressão ao abuso do poder econômico e a concorrência, ou seja, a repressão ao abuso de poder econômico não tem como fim último resguardar a concorrência, mas sim tutelar o exercício de tal poder nas relações de mercado.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 37.

<sup>130</sup> Ambas a doutrina concorrencial brasileira e argentina afirmam que os diplomas concorrenciais contêm em suas matrizes aspectos do antitruste norte-americano e do direito concorrencial europeu (este, por sua vez, diretamente relacionado ao direito alemão). Cf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 111-120. ; DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 20-25; FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 159-190; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81-90. Com efeito, a partir da exposição dos sistemas brasileiro e argentino, verifica-se a aproximação da política de concorrência argentina à matriz norte-americana, privilegiando a livre concorrência ou a concorrência em si (eficiência), ao passo que a brasileira gravita mais próxima à matriz europeia, em que a política de concorrência é utilizada como instrumento de formatação dos mercados (concorrência instrumento).

## **CAPÍTULO 3 A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PLANTAS: PERSPECTIVA DOGMÁTICA, FUNÇÃO ECONÔMICA E RELEVÂNCIA POLÍTICA**

*As leis sobre propriedade intelectual são feitas, no Brasil (e, hoje, no mundo todo...) com uma democrática participação de todos os interesses econômicos, e nada mais razoável, embora pouco esperado, que os interesses alienígenas, mais vigorosos, se reflitam na produção legislativa. É a “realpolitik” dos tempos correntes.*<sup>1</sup>

Denis Borges Barbosa

Até então, o presente trabalho procurou, em singela síntese, firmar um suporte para a atuação do Estado que se mostrasse coerente e compatível com a liberalização do comércio internacional e com a ordem econômica internacional. Neste momento, porém, passa-se a tratar da propriedade intelectual de plantas, aspecto que igualmente apresenta disciplinamento nos planos nacional e internacional. Em específico, esta exposição se justifica na medida em que a propriedade intelectual de plantas constituirá, adiante, o objeto sobre o qual será proposta a incidência do suporte anteriormente estabelecido.

É por esta razão, assim, que se pretende realizar esta exposição de forma distinta da que se procedeu nos capítulos anteriores. Primeiramente, serão apresentadas as bases dogmáticas da propriedade intelectual de plantas nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino. Posteriormente, serão apresentados os aspectos econômicos e políticos que se relacionam com a propriedade intelectual de plantas nos planos nacional e internacional.

### **3.1 A propriedade intelectual de plantas nos ordenamentos jurídicos nacionais: apontamentos sobre os suportes dogmáticos**

#### *3.1.1 Disciplina jurídica da propriedade intelectual de plantas no Brasil*

No ordenamento jurídico brasileiro, a tutela da propriedade intelectual de plantas se dá, basicamente, por meio de duas leis: a Lei 9279/1996, a lei de propriedade

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Denis Borges. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

industrial, e a Lei 9456/1997, a lei de cultivares. Em específico, ambas as leis disciplinam duas principais modalidades de propriedade intelectual de plantas: a primeira, as plantas transgênicas; a segunda, as cultivares.

Com efeito, antes que se apresentem os preceitos elementares dispostos pelos diplomas supramencionados, entende-se necessário identificar o que se entende por plantas transgênicas e por cultivares, eis que a compreensão de tais dispositivos não pode prescindir de tais conceitos.<sup>2</sup> Assim, em essência, por plantas transgênicas entendem-se as plantas em cujas cadeias genéticas são inseridos genes de outros organismos vivos, os quais conferem a estas plantas a produção de uma substância ou o desempenho de uma função que se manifestava no organismo vivo de que foram retirados.<sup>3</sup>

Entretanto, é importante destacar que esta inserção de genes na cadeia genética das plantas pode ser realizada por diversas técnicas, cujos procedimentos, por sua vez, desenvolvem-se, *mutatis mutandis*, sob o seguinte rito: utilizando-se de micro-organismos com capacidade de alteração da cadeia genética de plantas, estas técnicas realizam uma reengenharia (ou reestruturação) na cadeia genética destes micro-organismos, inserindo na mesma o gene ou porção de cadeia genética responsável pela produção de uma substância ou desenvolvimento de uma função eventualmente desejáveis numa dada planta; posteriormente, a partir desta reengenharia genética, estes micro-organismos agem no sentido de alterar a cadeia genética da planta, de forma que na mesma sejam inseridos o gene ou porção de cadeia genética mencionados para que, ao final, a planta produza a substância ou desenvolva a função almejada com sucesso.<sup>4</sup>

Após esta breve conceituação, identifica-se ser a lei de propriedade industrial a responsável por resguardar as plantas transgênicas: em específico, a partir dos elementos acima expostos, constata-se, em função de suas características constitutivas, ser a patente o instituto jurídico responsável por tutelar as plantas transgênicas. Neste sentido, destaque-se desde logo que a lei de propriedade industrial, em seu art. 8º, estabelece como requisitos

---

<sup>2</sup> Ainda que não definitivas, estas identificações, como se verá adiante, reclamam o domínio de conceitos excessivamente técnicos, oriundos em grande parte de ramos das ciências biológicas, cujo aprofundamento extrapola os objetivos deste trabalho – razão por que, assim, pretende-se realizar uma identificação concisa dos mencionados institutos.

<sup>3</sup> BORÉM, Aluizio; MIRANDA, Glaucio V. **Melhoramento de plantas**. 5. ed. Viçosa: Ed. UFV, 2009. p. 393.

<sup>4</sup> Ibid., p. 395. Note-se que, conforme esta concepção, a terminologia “planta transgênica” se revela inadequada – dentre outras terminologias, seria possível utilizar, v.g., “plantas produzidas por meio da transferência de genes.” Conduto, a despeito destas peculiaridades, verifica-se que a terminologia “planta transgênica” é comumente empregada no ambiente científico próprio das ciências biológicas, razão pela qual será mantida a sua utilização ao longo deste trabalho – resguardadas eventuais exceções que se fizerem necessárias.

mínimos para a concessão de uma patente a existência de um invento <sup>5</sup> que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Neste sentido, percebe-se que, exclusivamente sob a perspectiva deste diploma legal, decorre uma definição negativa <sup>6</sup> do que vem a ser patente: afora as exceções expressamente dispostas no art. 10 da Lei 9279/1996 <sup>7</sup>, qualquer elemento poderá, atendidos os requisitos acima descritos, ser objeto de patente – devendo-se ressaltar, contudo, o fato de que, ainda no que tange às restrições ao patenteamento, o art. 18 da lei de propriedade industrial <sup>8</sup> igualmente estabelece vedações ao patenteamento.

De um lado, justifica-se o dispositivo do art. 10 na medida em que estas exceções não cumprem os requisitos para patenteamento acima mencionados no art. 8º. De outro, a vedação ao patenteamento dos elementos mencionados no dispositivo do art. 18, a despeito da eventual conformidade dos mesmos com as exceções acima expostas ou com os requisitos gerais de patenteamento, justifica-se em razão de sua incompatibilidade com a política industrial e com a moral, a ordem pública e a segurança nacionais. <sup>9</sup>

Assim, a partir da leitura dos dispositivos supramencionados, constata-se, tanto sob a perspectiva do art. 10, IX, quanto do art. 18, III da Lei 9279/1996, não ser possível o

---

<sup>5</sup> “Invento é uma solução técnica para um problema técnico. [...] Um invento deve ser técnico em seu objeto, em sua aplicação e em seu resultado. Enquanto a primeira exigência deriva do chamado caráter técnico do invento, as duas se configuram no requisito da utilidade industrial, onde a noção de “industrial” presume que a área de aplicação seja uma das reconhecidas como sendo técnicas.” BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 299.

<sup>6</sup> Esta definição negativa, porém, não impede a emergência de conceitos ou noções de patentes junto à doutrina. Dentre as diversas definições, destaca-se: “[Patente] é um título de propriedade temporário outorgado pelo Estado, por força de Lei, ao depositante de um pedido (ou pessoas cujos direitos derivem do mesmo), para que este exclua terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.” ABRANTES, Antonio Carlos de Souza. **Introdução ao sistema de patentes: aspectos técnicos, institucionais e econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

<sup>7</sup> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

<sup>8</sup> Art. 18. Não são patenteáveis: I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, micro-organismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

<sup>9</sup> BARBOSA, op. cit., p. 367.

patenteamento de plantas – fato este que, à primeira vista, vem reafirmar, desta vez sob a perspectiva da lei, a mencionada inadequação da terminologia de “plantas transgênicas”.

Entretanto, deve-se ressaltar que tal aspecto não implica no descabimento da possibilidade de uma patente relacionar-se às plantas que têm inseridos novos genes em sua cadeia genética. O ponto de partida para tanto decorre do fato de que, como visto, é em função da atividade do micro-organismo que se logra a alteração da estrutura genética da planta.

Neste sentido, é importante destacar a conciliação entre a terminologia estritamente científica e a adequação das condições (jurídicas) para o patenteamento: de um lado, não é apropriado, em termos científicos, o emprego da expressão “planta transgênica”, assim como não é possível que uma planta seja patenteada; de outro, na medida em que constitui o micro-organismo o elemento responsável pela alteração da cadeia genética da planta, constata-se que, em *ultima ratio*, o objeto da patente não constituirá a planta em si, mas sim o micro-organismo geneticamente modificado.

A fundamentação deste raciocínio se dá à medida que o micro-organismo sintetiza, em essência, o método de transformação da planta. Ou seja: à medida que é o micro-organismo o elemento responsável pela transformação da planta, comprova-se a adequação de seu patenteamento, uma vez que, em última análise, o micro-organismo geneticamente modificado constitui o invento mediante o qual será obtida a planta geneticamente modificada. Dito de outra forma: o que a patente tutela ou protege não é a “planta transgênica” em si, sobre a qual se materializam os efeitos da transformação genética operada pelo invento, mas sim o micro-organismo enquanto síntese do método transformador (ou do invento).

Com efeito, ao passo que o patenteamento das plantas – e mesmo sua própria existência – está diretamente vinculado aos micro-organismos geneticamente modificados, torna-se imprescindível verificar quais micro-organismos eventualmente utilizáveis no processo de alteração da cadeia genética de plantas atendem às condições para concessão de patente. Noutros termos: trata-se de verificar quais micro-organismos obedecem à premissa

estipulada no art. 8º da lei de propriedade industrial, vale dizer, que sejam novos, contenham atividade inventiva (e não sejam mera descoberta) e tenham aplicação industrial.<sup>10</sup>

Neste sentido, verifica-se que, por meio da biotecnologia, a manipulação de genes – inclusive aquela relativa às plantas – em micro-organismos pode ser instrumentada tanto em função de processos quanto em função de produtos. Pelos primeiros, destacam-se: (i) a utilização de material biológico (inclusive microbiológico) para a produção de outros produtos ou matérias; (ii) a intervenção sobre matérias biológicas ou microbiológicas; (iii) os processos através dos quais são produzidas matérias biológicas ou microbiológicas.<sup>11</sup> Com relação aos segundos, tem-se: (i) proteínas extraídas, sintetizadas ou purificadas a partir de fontes naturais; (ii) ácidos nucleicos; (iii) genes e sequências de genes; (iv) oligonucleotídeos; (v) vetores de clonagem (plasmídeos, fagos, cosmídeos); (vi) vírus bacterias; (vii) organismos parasitários; (viii) células e linhagem de células; (ix) vegetais e partes de vegetais.<sup>12</sup>

Embora a precisa definição de ambos os processos e produtos seja própria da biotecnologia – e, portanto, alheia aos objetivos do presente trabalho –, importa destacar que, efetuadas as exceções expressas do art. 8º, os processos sem novidade e que não constituam mera descoberta, e as decorrentes do art. 10, IX e do art. 18, III da lei de propriedade industrial, em que estariam abrangidos os produtos de vegetais e de partes de vegetais, todos os processos e produtos biotecnológicos acima descritos são potencialmente patenteáveis: respeitadas a aplicabilidade industrial e a atividade inventiva, todos os elementos acima destacados têm viabilizada a possibilidade de serem tutelados por patentes.

Afora as exceções expressas acima mencionadas, percebe-se que as patentes de micro-organismos e plantas transgênicas – e mesmo todos os pedidos de patente em geral – não podem ser concedidas ou negadas sem uma análise particular, detalhada, caso a caso: o

<sup>10</sup> “Para patentear um micro-organismo é preciso satisfazer a todos os requisitos previstos em lei, a começar da novidade. É difícil avaliar a novidade dos micro-organismos, em parte devido à não-disponibilidade de documentação técnica, em parte pelo fato de que o simples acesso físico ao objeto não assegura se ele se conforma às reivindicações ou – característica de um ser biológico – se já não sofreu algum tipo de mutação.” BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 524. Esta situação se agrava em função do que se pode entender por micro-organismo. Neste sentido, “[...] verifica-se que a Lei de Propriedade industrial expressamente determina e define que ‘micro-organismos são organismos’.” DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 174. Por outro lado, conforme o art. 3º da Lei 11105/2005, considera-se organismo “toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas”. Ou seja, em última análise, por micro-organismos pode-se entender, ademais do exemplificado no dispositivo retro mencionado, “todas as demais categorias biológicas que venham a ser descobertas, inventadas ou criadas.”

<sup>11</sup> BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 38.

<sup>12</sup> Ibid., p. 39.

atendimento às exceções e aos requisitos deve ser concomitante.<sup>13</sup> Desta forma, se, como visto, as exceções são expressas – quase peremptórias –, não é difícil constatar que predominam na concessão de uma patente os aspectos de atividade inventiva e de aplicabilidade industrial. No que tange às plantas transgênicas, este fato cresce em relevância, haja vista as já apontadas características e peculiaridades inerentes aos micro-organismos aos quais aquelas se vinculam.

Desta forma, diante desta predominância, cumpre verificar como os aspectos da atividade inventiva e aplicabilidade industrial podem atuar na concessão de patentes de plantas transgênicas. Assim, pela atividade inventiva depreende-se que a inovação não deve ser produzida com o uso dos conhecimentos então acessíveis. Ou seja, por atividade inventiva entende-se aquilo que não decorre obviamente do estado da arte – trata-se, novamente, de um conceito negativo.<sup>14</sup> Relativamente às plantas transgênicas, o que a atividade inventiva resguarda é a impossibilidade de meramente se patentear genes ou porções de genes de maneira aleatória: é necessário que uma atividade humana manipule o gene ou porção de genes e que, a partir desta manipulação, resulte a alteração de um aspecto da natureza – v.g., o gene isolado de seu corpo natural e inserido, com sucesso, na cadeia genética de outro organismo.

Já a aplicabilidade industrial, conforme se depreende de sua própria nomenclatura, compreende a possibilidade de o invento ser utilizado ou produzido em algum tipo de indústria – vale dizer: a possibilidade de o invento ser introduzido e negociado no mercado. Entretanto, deve-se ressaltar que esta possibilidade não deve ser interpretada somente sob a perspectiva da viabilização do comércio do invento: especificamente no que tange às plantas transgênicas, não é suficiente que se indique quais as utilidades que os micro-organismos geneticamente modificados adicionam às plantas, ou que se afirme que aquelas utilidades são passíveis de serem ofertadas no mercado. Na seara do patenteamento, também

---

<sup>13</sup> ABRANTES, Antonio Carlos de Souza. **Introdução ao sistema de patentes**: aspectos técnicos, institucionais e econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 88.

<sup>14</sup> Ibid., p. 60. Neste sentido, de acordo com Bruch, a eventual utilização de conhecimentos acessíveis pode ser identificada a partir dos seguintes passos: (i) identificação do conceito inventivo abrangido pela invenção; (ii) verificação do que um técnico experiente consideraria na data do depósito do pedido como sendo de conhecimento geral do assunto; (iii) identificação das diferenças existentes entre o estado da técnica e a invenção; (iv) identificação das diferenças entre as etapas óbvias a um técnico no assunto e aquelas que requerem algum grau de trabalho inventivo, considerando-se total desconhecimento da invenção referida. BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 36.

“[...] é preciso especificar e descrever o problema técnico que está sendo superado.”<sup>15</sup>; especificamente no caso das plantas transgênicas, é necessário associar a atividade desempenhada pelo material genético inserido nas plantas a um problema técnico cuja solução alcance um interesse social.<sup>16</sup>

Nota-se, portanto, que as patentes de plantas transgênicas devem perpassar uma série de requisitos que, apesar de serem comuns a todo e qualquer pedido de patente, acabam destes se diferenciando em razão das (brevemente expostas) particularidades inerentes aos micro-organismos. Estas particularidades, por sua vez, decorrem do fato de que, à medida que o objeto das patentes de plantas transgênicas constitui um aspecto de um ser vivo, torna-se extremamente difícil distinguir se houve ou não alteração da natureza por ato humano.<sup>17</sup> Em derradeira análise, e atendo-se especificamente à questão do patenteamento, eis o principal desafio atinente à concessão de patentes a plantas transgênicas perante a Lei 9279/1996: identificar se o invento a ser patenteado decorre efetivamente da interferência do homem ou se ele decorre do natural desenrolar dos processos biológicos.<sup>18</sup>

Expostos os principais aspectos relativos às normas que disciplinam as patentes de plantas transgênicas, passa-se a tratar das normas relativas às cultivares. Seguindo o mesmo raciocínio adotado anteriormente, por cultivar entende-se, em linhas gerais, uma planta sobre a qual se concentra a busca e a implementação de melhoramento genético – uma característica comum, portanto, com as plantas transgênicas.

Com efeito, e aqui se nota a distinção básica entre as plantas transgênicas e as cultivares, a técnica pelo qual se alcança o melhoramento genético numa cultivar é a seleção artificial: por esta técnica se busca, por meio do cruzamento artificial de plantas com

<sup>15</sup> DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia**: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 178.

<sup>16</sup> Barbosa apresenta um caso que permite visualizar com maior nitidez os aspectos da atividade inventiva e da aplicabilidade industrial: “No recente caso do Projeto de Genoma Humano, em que o Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos (NIH) procurou obter patente para milhares de sequências de genes numa fase inicial da pesquisa, a rejeição do Escritório Americano de Patentes (PTO) baseou-se exatamente em inexistência de propósito industrial, ou, mais precisamente, de um problema técnico específico a ser resolvido pela informação sobre a sequência genética.” BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 318. Percebe-se, assim, que do lado da atividade inventiva o pedido de patente mencionado falhou em função de não transparecer a atividade humana no mero sequenciamento de genes, enquanto que do lado da aplicação industrial, como mencionado, não houve quaisquer problemas técnicos relacionados às sequências mencionadas no pedido.

<sup>17</sup> Em termos práticos: é muito mais fácil identificar uma atividade inventiva num processo envolvendo mecânica ou instrumentos que em processos biológicos.

<sup>18</sup> É certo, também, que estas particularidades geram uma série de não desprezáveis debates ocorridos no campo da bioética, os quais se relacionam direta e indiretamente às patentes de plantas transgênicas – v.g., questões atinentes à proteção da biodiversidade e à saúde humana. Não negando o impacto que estes debates podem apresentar sobre o tema das patentes de plantas transgênicas, opta-se desde já em afastá-los pelo fato de não guardarem conexão com o objeto do trabalho.

determinadas características – maior produtividade, qualidade, resistência, etc. – e com base no método da tentativa – fato este que pode implicar um “n” número de cruzamentos de tais plantas –, a obtenção de plantas que contenham as desejáveis qualidades genéticas presentes nas duas plantas cruzadas ou “mães”.<sup>19</sup>

Em termos próprios das ciências biológicas, por cultivar entende-se um grupo de plantas com características distintas, uniformes e estáveis ou como a variedade cultivada de planta que se distingue por características fenotípicas e que, quando multiplicada (sexuada e assexuadamente) mantém suas características distintas.<sup>20</sup> De maneira mais ampla, entende-se por cultivar a denominação de variedades ou variações mendelianas dentro de uma espécie – variedade esta que constitui um melhoramento de uma determinada espécie, sendo já usada pelos produtores.<sup>21</sup>

Desde logo é possível perceber que o processo de criação de cultivares tem complexidade inferior que aquele relativo à criação de plantas transgênicas. Neste sentido, o principal aspecto relativo a esta diferença de complexidades reside no fato de que a criação da cultivar não implica em uma inovação: não é necessário que haja uma modificação da natureza para que se crie uma cultivar.

Se sob a perspectiva das ciências biológicas esta diferença de complexidades leva a diversas discussões, no campo jurídico as consequências desta diferença residem, primordialmente, nas condições que devem ser respeitadas para que se obtenha a proteção ou a tutela conferida pela Lei 9456/1997, assim como na extensão ou nos limites da proteção disposta por referido diploma legal.

Com efeito, antes que se passe à análise da lei de cultivares, é necessário destacar que a técnica legislativa implementada em referido diploma distingue-se da técnica empregada na lei de propriedade industrial – e, de certa forma, da forma de redação de boa parte das leis brasileiras –: incluiu-se, no corpo do art. 3º da Lei 9456/1997, um extenso

<sup>19</sup> Desde os primórdios da agricultura, o homem utiliza métodos empíricos de melhoramento genético que imitavam os processos de evolução natural. Com efeito, é a partir dos experimentos de Alexander Mendel, no séc. XIX, que se formularam as primeiras regras da genética e se estabeleceram os métodos racionais de melhoramento genético em plantas, animais e demais organismos vivos, também com o já assinalado intuito de incrementar as qualidades desejadas destes seres. AZEVEDO, João Lúcio de; FUNGARO, Maria Helena Pelegrinelli; VIEIRA, Maria Lúcia Carneiro. Transgênicos e evolução dirigida. **História, Ciência, Saúde: Manguinhos**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 456, 2000.

<sup>20</sup> BORÉM, Aluizio; MIRANDA, Glauco V. **Melhoramento de plantas**. 5. ed. Viçosa: Ed. UFV, 2009. p. 159.

<sup>21</sup> GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil**: plantas transgênicas e patentes. Curitiba: Juruá, 2011. p. 82. Ainda segundo a Autora, o emprego da terminologia “cultivar” decorre da junção das expressões inglesas *cultivated* e *variety*. A terminologia correta em língua portuguesa, assim, seria a de “variedade vegetal” correspondente à cultivar. No entanto, salvo exceções expressas ao longo do trabalho, opta-se desde já pelo emprego da expressão “cultivar”.

conjunto de conceitos próprios das ciências biológicas sem os quais é praticamente impossível realizar qualquer análise ou interpretação acerca da lei de cultivares. Entretanto, como nem todos estes conceitos são necessários para a compreensão dos requisitos inerentes à proteção das cultivares, opta-se por expor somente os conceitos contidos no art. 3º que se mostrem indispensáveis a tal compreensão.

Assim, o primeiro aspecto que se destaca relativo à lei de cultivares dá-se pelo fato de que a definição legal de cultivar está intimamente próxima do conceito técnico supramencionado, conforme se nota no art. 3º, IV, de referido diploma legal.<sup>22</sup> Com relação a este dispositivo, é extremamente importante destacar que a identificação de uma cultivar estará a cargo dos chamados “descritores”. Definidos pelo art. 3º, II da Lei 9456/1997<sup>23</sup>, os “descritores” exercem, em essência, a função de enunciar as características pelas quais se diferencia uma cultivar de uma planta normal ou mesmo de outras cultivares.<sup>24</sup>

Neste sentido, deve-se ressaltar que o art. 4º da lei de cultivares<sup>25</sup> estabelece diversos requisitos para que uma cultivar possa ser objeto de tutela jurídica. É exatamente neste ponto, assim, que emerge a importância dos “descritores”: a avaliação da distinção, homogeneidade e estabilidade – síntese dos requisitos legais dispostos no art. 4º – será feita a partir dos “descritores” manifestados pelas cultivares sobre as quais se requer a proteção jurídica.

<sup>22</sup> Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei: IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.

<sup>23</sup> Art. 3º, II - descritor: a característica morfológica, fisiológica, bioquímica ou molecular que seja herdada geneticamente, utilizada na identificação de cultivar.

<sup>24</sup> GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil**: plantas transgênicas e patentes. Curitiba: Juruá, 2011. p. 85. De acordo com a Autora, constituem os descritores os mais variados aspectos: cor, consistência, espessura, sua resistência a um dado parasita ou a uma característica climática, dentre outros.

<sup>25</sup> Art. 4º É passível de proteção a nova cultivar ou a cultivar essencialmente derivada, de qualquer gênero ou espécie vegetal. § 1º São também passíveis de proteção as cultivares não enquadráveis no disposto no caput e que já tenham sido oferecidas à venda até a data do pedido, obedecidas as seguintes condições cumulativas: I - que o pedido de proteção seja apresentado até doze meses após cumprido o disposto no § 2º deste artigo, para cada espécie ou cultivar; II - que a primeira comercialização da cultivar haja ocorrido há, no máximo, dez anos da data do pedido de proteção; III - a proteção produzirá efeitos tão somente para fins de utilização da cultivar para obtenção de cultivares essencialmente derivadas; IV - a proteção será concedida pelo período remanescente aos prazos previstos no art. 11, considerada, para tanto, a data da primeira comercialização. § 2º Cabe ao órgão responsável pela proteção de cultivares divulgar, progressivamente, as espécies vegetais e respectivos descritores mínimos necessários à abertura de pedidos de proteção, bem como as respectivas datas-limite para efeito do inciso I do parágrafo anterior. § 3º A divulgação de que trata o parágrafo anterior obedecerá a uma escala de espécies, observado o seguinte cronograma, expresso em total cumulativo de espécies protegidas: I - na data de entrada em vigor da regulamentação desta Lei: pelo menos 5 espécies; II - após 3 anos: pelo menos 10 espécies; III - após 6 anos: pelo menos 18 espécies; IV - após 8 anos: pelo menos 24 espécies.

Com efeito, verifica-se que a lei de cultivares não estabeleceu expressamente quais parâmetros os “descritores” devem seguir a fim de que os mesmos estejam em conformidade com o art. 4º da Lei 9456/1997. Noutros termos: a lei de cultivares não estabelece especificamente quais condições os “descritores” devem satisfazer a fim de que os mesmos confirmem à cultivar as mencionadas distinção, homogeneidade e estabilidade.

Acerca desta ausência de condições específicas, verifica-se que, a partir da combinação entre o art. 3º, III <sup>26</sup> e art. 4º, § 2º da lei de cultivares, a disposição das condições a serem satisfeitas pelos “descritores” estará a cargo do SNCP – Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, órgão competente mencionado em ambos os dispositivos, criado em função do art. 45 da Lei 9456/1997. <sup>27</sup> Nota-se, portanto, que constitui a função do SNCP estabelecer as características específicas que o conjunto de “descritores” deve atender para que se diferencie uma nova cultivar ou uma cultivar essencialmente derivada das demais cultivares já conhecidas <sup>28</sup> – esta última com definição contida no art. 3º, IX <sup>29</sup> e com proteção decorrente do disposto no art. 4º, § 1º, ambos da lei de cultivares – e, por fim, seja concedida a tutela jurídica às mesmas.

Entretanto, ainda que a especificidade a ser cumprida pelos “descritores” decorra necessariamente da atuação do SNCP, isto não significa que a lei de cultivares não

<sup>26</sup> Art. 3º, III - margem mínima: o conjunto mínimo de descritores, a critério do órgão competente, suficiente para diferenciar uma nova cultivar ou uma cultivar essencialmente derivada das demais cultivares conhecidas;

<sup>27</sup> Art. 45. Fica criado, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC, a quem compete a proteção de cultivares. § 1º A estrutura, as atribuições e as finalidades do SNPC serão definidas em regulamento. § 2º O Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC manterá o Cadastro Nacional de Cultivares Protegidas.

<sup>28</sup> BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 45. Entende-se que, ao delegar ao SNPC a responsabilidade de dispor as condições que os “descritores” devem cumprir de forma a conceder a proteção legal a uma cultivar, o legislador atribuiu a tal órgão a função de conduzir uma política – no sentido de política nacional visto nos capítulos anteriores – na concessão de direitos de propriedade intelectual sobre cultivares: em apurada síntese, conforme os *standards* estipulados por tal órgão – os quais, a seu turno, atrelam-se aos interesses sociais envolvidos –, permite-se que mais ou menos cultivares possam ser objeto de tutela jurídica. Extrai-se esta interpretação a partir da fala de Barbosa, o qual, *mutatis mutandis*, entende que a concessão de um direito de propriedade industrial deve estar de acordo com a política industrial e a política econômica nacionais – servindo estas, portanto, como nortes para a atuação do INPI e, no caso, também para o SNPC. BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 544.

<sup>29</sup> Art. 3º, IX - cultivar essencialmente derivada: a essencialmente derivada de outra cultivar se, cumulativamente, for: a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação; b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente; c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;

tenha estabelecido os contornos que esta especificidade deve respeitar. Desta forma, para que uma cultivar seja distinguível de outras plantas ou cultivares, é necessário que o “descriptor” ou o conjunto de “descriptores” relativos à mesma não sejam conhecidos até então. Este “não-conhecimento” trata-se de um critério agrotécnico para diferenciar uma variedade de outra – como a cor, a resistência, a precocidade.<sup>30</sup> Destaque-se, contudo, que este critério agrotécnico impõe que não seja qualquer inovação na variedade de planta que enseja a sua proteção: o critério agrotécnico dispõe a utilidade – especificamente, a utilidade econômica – como o centro do requisito da distinguibilidade, pouco importando o simples diferencial biológico.<sup>31</sup>

Pelo requisito da homogeneidade, previsto no art. 3º, VII da Lei 9456/1997<sup>32</sup>, determina-se a necessidade de a cultivar manter as suas características em ciclos reprodutivos distintos e sucessivos. Este requisito será apurado em plantio em escala comercial: em específico, procura-se verificar, por meio deste requisito, se a cultivar mantém ou apresenta mínima variabilidade sobre os “descriptores” que a identificam – sendo que esta mínima variabilidade obedece aos critérios estabelecidos pelo SNPC.<sup>33</sup>

Enfim, pelo requisito da estabilidade, disposto no art. 3º, VIII da lei de cultivares<sup>34</sup>, verifica-se se a cultivar mantém, ao longo de suas gerações, as mesmas características que a distinguem das demais. Trata-se de um requisito relativamente similar ao anterior, sendo que a distinção entre os mesmos se dá na medida em que este constitui não só um requisito para a aquisição da proteção, mas também de sua manutenção: a proteção somente estará vigente enquanto a cultivar mantiver as características descritas – vale dizer, enquanto os “descriptores” apontados por seu criador estiverem ativos nas gerações decorrentes da cultivar inicial.<sup>35</sup>

Demonstrados, ainda que de modo conciso, os fundamentos e os requisitos legais para a obtenção de tutela jurídica para uma cultivar, passa-se a expor de quais formas esta tutela pode ser exercida e quais são os seus limites. Igualmente, serão expostos os limites

<sup>30</sup> GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil: plantas transgênicas e patentes**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 86.

<sup>31</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 585.

<sup>32</sup> Art. 3º, VII - cultivar homogênea: a cultivar que, utilizada em plantio, em escala comercial, apresente variabilidade mínima quanto aos descritores que a identifiquem, segundo critérios estabelecidos pelo órgão competente.

<sup>33</sup> BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 45.

<sup>34</sup> Art. 3º, VIII - cultivar estável: a cultivar que, reproduzida em escala comercial, mantenha a sua homogeneidade através de gerações sucessivas [...].

<sup>35</sup> BARBOSA, op. cit., p. 586.

e os modos de exercício da tutela conferida pelas patentes de plantas transgênicas, visando a apresentar uma comparação entre ambas, a fim de que se determinem as razões para as eventuais semelhanças ou distinções entre tais institutos.

Assim, constata-se ser o art. 2º da Lei 9456/1997 <sup>36</sup> o dispositivo chave para a compreensão da tutela jurídica das cultivares: pelo mesmo, os direitos de propriedade intelectual de cultivares só podem ser concedidos a partir das melhorias que as mesmas manifestam, em obediência ao mencionado critério agrotécnico – regressando à noção de utilidade econômica. À medida que este dispositivo estabelece ser o Certificado de Proteção de Cultivar – CPC o título hábil a conferir a tutela de propriedade intelectual a uma cultivar, estabelece-se, por consequência, a vedação expressa ao patenteamento e à dupla proteção sobre variedades de plantas: no ordenamento brasileiro, só o CPC protege as cultivares. <sup>37</sup>

Percebe-se, desde logo, a concatenação do art. 2º com os supramencionados dispositivos do art. 3º e do art. 4º da lei de cultivares: o fundamento da tutela jurídica das cultivares serão as (já vistas) novas cultivares ou a cultivares essencialmente derivadas, podendo ser protegidos todos os gêneros e espécies vegetais propagados por sementes ou mudas, não sendo passíveis de proteção as plantas encontradas na natureza. <sup>38</sup>

Estes apontamentos são importantes uma vez que demonstram o suporte da tutela da propriedade intelectual sobre cultivares: embora a razão de conferir a proteção seja, em essência, a distinguibilidade da cultivar, a proteção da mesma se estende, por força do art. 8º da Lei 9456/1997 <sup>39</sup>, sobre todas as plantas “filhas” da cultivar que ensejou a concessão da proteção. O conteúdo desta proteção, por sua vez, encontra-se disposto no art. 9º da lei de

---

<sup>36</sup> Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.

<sup>37</sup> A parte final do art. 2º da LPC foi estabelecida com a finalidade de impedir o monopólio e o patenteamento direto ou indireto de plantas ou de suas partes, impedindo a dupla proteção. BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 46.

<sup>38</sup> Sintetizando: uma cultivar é protegida quando apresentar diferenças úteis em relação às já existentes e não quando for melhor que as demais. O que caracteriza a nova cultivar é o requisito de distinguibilidade apresentado no momento da solicitação da proteção; já a cultivar essencialmente derivada é aquela que é claramente distinguível da cultivar originária mediante os mesmos critérios para descrever aquela de que a derivada se originou. GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil**: plantas transgênicas e patentes. Curitiba: Juruá, 2011. p. 88-90.

<sup>39</sup> Art. 8º A proteção da cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira.

cultivares<sup>40</sup> e tem como principal efeito a sedimentação da utilidade econômica – decorrente do critério agrotécnico, fornecido pelo requisito da distinguibilidade – como motivação para a sua concessão: isto se torna extremamente nítido à medida que a propriedade intelectual de uma cultivar confere a seu titular a faculdade de excluir quaisquer pessoas da utilização, com fins econômicos, da cultivar.<sup>41</sup>

A importância do conteúdo da tutela da propriedade intelectual de cultivares se justifica uma vez que, da mesma forma em que ele atribui uma faculdade positiva de atuação pelo titular, ele também indica uma faculdade negativa a tal proteção: o titular de uma cultivar não pode excluir aquele que a utiliza sem finalidade econômica ou comercial. Esta faculdade negativa implica em exceções à exclusão pelo titular de uma cultivar, as quais são assim dispostas: (i) o agricultor que, do produto obtido do plantio de uma cultivar protegida, faz reservas e planta sementes em seu estabelecimento, usando ou vendendo para consumo próprio; (ii) o melhorista que utiliza o material como fonte de variação genética, estando vedada a formação de híbridos ou de cultivares essencialmente derivadas – hipóteses nas quais se demanda a autorização expressa do titular da cultivar; (iii) o pequeno produtor rural que, do produto obtido do plantio de uma cultivar protegida, troca ou doa as sementes por ele produzidas a outro pequeno produtor, desde que sem fins comerciais.<sup>42</sup>

Pode-se dizer, assim, que a higidez da proteção conferida à propriedade intelectual sobre cultivares não prescinde de alto rigor: a tutela do interesse econômico tem suas fronteiras delimitadas em função da oferta em mercado dos produtos da cultivar. Tal limite de proteção, contudo, constitui um dos principais diferenciadores entre uma cultivar e

<sup>40</sup> Art. 9º A proteção assegura a seu titular o direito à reprodução comercial no território brasileiro, ficando vedados a terceiros, durante o prazo de proteção, a produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou a comercialização, do material de propagação da cultivar, sem sua autorização.

<sup>41</sup> “O contexto onde se fixa a exclusividade resultante do Certificado é o conjunto de atividades relativas ao cultivo de gêneros e espécies vegetais. A rigor, o cultivo para qualquer fim econômico, diretamente (venda do próprio cultivar), ou indiretamente (venda de seu óleo essencial). [...] Não está no âmbito da exclusividade a atividade de cultivo que se faça fora da finalidade comercial (por exemplo, para pesquisa ou para simples decoração doméstica).” BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587.

<sup>42</sup> GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil: plantas transgênicas e patentes**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110. Estas exceções têm como base o extenso art. 10 da Lei 9456/1997 (tão extenso quanto o art. 3º), sendo importante destacar que as mesmas reafirmam a tutela do interesse econômico manifestado em tal diploma legal: ainda que não previstos no art. 10, todo e qualquer ato relativo a uma cultivar que não tenha finalidade comercial não estará no escopo do art. 9º, não ensejando, portanto, a tutela da lei de cultivares. BARBOSA, op. cit., p. 595.

uma planta transgênica: basicamente, as patentes conferem um âmbito de atuação muito mais amplo que o CPC confere à cultivar.<sup>43</sup>

Neste sentido, como já mencionado, a patente também confere a seu titular a prerrogativa de excluir terceiros da utilização de seu objeto. A diferença reside no fato de que, por força do art. 42 da Lei 9279/1996<sup>44</sup>, as patentes – e, portanto, nas plantas transgênicas – conferem a seu titular a possibilidade de, excluir quaisquer pessoas da utilização de seu objeto.

Esta faculdade de exclusão é aumentada à medida que a lei de propriedade industrial possibilitou ambos o patenteamento de produtos e de processos. Tal possibilidade de patenteamento aumenta sobremaneira a faculdade de exclusão detida pelo titular de uma patente: de modo geral, uma planta transgênica contendo um conjunto de genes que é objeto de patente só poderá ser transacionada, independente de qualquer situação, mediante o consentimento de seu titular.

Portanto, a diferença entre a proteção conferida por uma patente e por um CPC também pode ser demonstrada da seguinte forma: a depender de sua extensão concedida, o direito de excluir conferido pela patente pode envolver não só a transação do bem que contém o invento, porém pode abranger etapas prévias ou posteriores àquela; o mesmo não ocorre com relação à cultivar: a mesma só é oponível em meio à transação que tenha fim comercial específico.

Ademais da extensão da proteção conferida aos objetos das patentes e do CPC, constitui outro fator de diferenciação entre ambos os institutos o lapso temporal da proteção

---

<sup>43</sup> Diversas podem ser as justificativas para tal diferença de proteções – a título de exemplo, recorde-se que, conforme a epígrafe deste capítulo, na criação de leis de propriedade intelectual incidem os mais diversos interesses políticos, nacionais e estrangeiros. Contudo, sob uma perspectiva estritamente técnica, esta diferença pode-se justificar no nível de “novidade” contida no bem imaterial: como visto, nas cultivares não se exige invenção em sentido estrito, ao passo que a concessão de uma patente não pode ser dissociada de atividade inventiva – possibilitando, assim, uma interpretação no sentido de que o nível de atividade inventiva envolvido no bem imaterial confere a este uma complexidade tal que, a seu turno, possa dar ensejo a um nível de proteção mais amplo.

<sup>44</sup> Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

inerente aos mesmos. Neste sentido, dispõe o art. 40 da lei de propriedade industrial <sup>45</sup> que o prazo de vigor da patente será de vinte anos, não podendo sua vigência ser inferior a dez anos. Já o art. 11 da lei de cultivares <sup>46</sup> dispõe, via de regra, ser de quinze anos o prazo de proteção conferida a uma cultivar – confere-se excepcionalmente o prazo de dezoito anos para determinadas espécies.

Deve-se ter em conta, porém, que a diferença entre estes prazos de proteção não é reduzida à evidente distinção cardinal – de dois a cinco anos, a depender do objeto da cultivar. Em síntese, isto ocorre à medida que o tempo gasto para o exame de um pedido de patente – em que são analisados os requisitos para o patenteamento – é parcialmente descontado do prazo de proteção da patente. Ao mesmo tempo, em função do direito de prioridade <sup>47</sup>, a solicitação de patente não impede que seu titular faça uso do invento a ser patenteadado. Na prática, em função destes aspectos, o prazo de proteção de uma patente pode-se estender por até trinta anos, a depender do tempo levado para o exame da solicitação.

Tal situação não encontra reflexo no plano da proteção às cultivares. Ainda que seja reconhecido o direito de prioridade a uma cultivar, constata-se que o exercício do mesmo não se dá da mesma forma como nas patentes: o prazo para o exame da solicitação de um CPC é totalmente descontado do prazo da proteção conferida a uma cultivar – vale dizer, se o exame demora cinco anos, a cultivar terá só mais dez ou treze anos de proteção, após a emissão do CPC.

Eis, portanto, a fundamental distinção da proteção conferida por uma patente da proteção conferida por uma cultivar: naquela, a faculdade negativa do titular, no sentido de abster-se de exercer seu direito de excluir, é drasticamente reduzida em relação a esta em função das características do objeto e do lapso temporal da proteção de cada uma.

---

<sup>45</sup> Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

<sup>46</sup> Art. 11. A proteção da cultivar vigorará, a partir da data da concessão do Certificado Provisório de Proteção, pelo prazo de quinze anos, excetuadas as videiras, as árvores frutíferas, as árvores florestais e as árvores ornamentais, inclusive, em cada caso, o seu porta-enxerto, para as quais a duração será de dezoito anos.

<sup>47</sup> O direito de prioridade pode ser entendido como uma espécie de medida cautelar no âmbito dos direitos de propriedade industrial, na medida em que fica resguardado ao requerente do pedido, de maneira preliminar, o direito àquele bem imaterial caso terceiros façam pedidos que tenham o mesmo objeto; guardadas as devidas proporções, pode-se dizer que o direito de prioridade corresponde ao princípio da litispendência existente no direito processual. No dizer de Pontes de Miranda, “[...] o direito de prioridade é a atribuição de um direito formativo gerador ao autor da invenção, ou seus sucessores.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: direito das coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos) – propriedade intelectual; propriedade industrial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 16. p. 286.

### 3.1.2 Disciplina jurídica da propriedade intelectual de plantas na Argentina

O ordenamento jurídico argentino, a exemplo do brasileiro, também tutela a propriedade intelectual de plantas por meio de duas leis: a Lei 24481/1996, lei de patentes de invenção e modelos de utilidade, e a Lei 20247/1973, lei de sementes e de criações fitogenéticas. A primeira presta-se à proteção das plantas transgênicas, enquanto a segunda volta-se à proteção das variedades vegetais.<sup>48</sup>

No que tange às plantas transgênicas, é interessante ressaltar que a disciplina relativa às patentes no direito argentino veda expressamente o patenteamento de plantas ou de processos biológicos para sua reprodução, por força do art. 6º, “g” e do art. 7º, “b”, ambos da Lei 24481/1996.<sup>49</sup>

Com efeito, verifica-se no disposto do art. 20 da lei de patentes argentina<sup>50</sup> a possibilidade de solicitação de patentes relativas a micro-organismos – cujo conceito anteriormente exposto permanece válido frente à legislação argentina. Tal como no caso brasileiro, a técnica legislativa argentina, valendo-se da permissão ao patenteamento de micro-organismos, tornou admissível o patenteamento de construções genéticas artificiais obtidas por engenharia genética, desde que estas construções não se mostrem capazes de se duplicar ou reproduzir em condições normais e livres – eis que esta capacidade é entendida,

---

<sup>48</sup> Deve-se destacar que a diferença entre os temas centrais ou as finalidades principais das legislações brasileira e argentina relativas à proteção das cultivares não tem caráter meramente formal, conforme diz Witthaus: “[...] la finalidad de dicha norma no se restringe exclusivamente a la protección de las nuevas variedades vegetales, sino que incluye lo relativo al control de la calidad y correcto marcado de la semilla empleada en la agricultura e con ello a la reglamentación del comercio de grano.” WITTHAUS, Mónica. Propiedad industrial sobre plantas transgénicas. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 9, p. 143, 2001. Ressalte-se que, a despeito da relevância destes aspectos relativos à qualidade ou à biossegurança, serão tratados estritamente os dispositivos atinentes à concessão e à extensão da propriedade intelectual de variedades vegetais, em atendimento aos requisitos do presente trabalho.

<sup>49</sup> Art. 6º – No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley: g) Toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza.

Art. 7º – No son patentables: b) La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres tal como ocurre en la naturaleza.

<sup>50</sup> Art. 20 – La invención deberá ser descripta en la solicitud de manera suficientemente clara y completa para que una persona experta y con conocimientos medios en la materia pueda ejecutarla. Asimismo, deberá incluir el mejor método conocido para ejecutar y llevar a la práctica la invención, y los elementos que se empleen en forma clara y precisa.

Los métodos y procedimientos descriptos deberán ser aplicables directamente en la producción.

En el caso de solicitudes relativas a microorganismos, el producto a ser obtenido con un proceso reivindicado deberá ser descripto juntamente con aquél en la respectiva solicitud, y se efectuará el depósito de la cepa en una institución autorizada para ello, conforme a las normas que indique la reglamentación.

El público tendrá acceso al cultivo del microorganismo en la institución depositante, a partir del día de la publicación de la solicitud de patente, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

no meio científico, como uma das características de seres vivos, cujo patenteamento, como visto, é terminantemente proibido.<sup>51</sup>

A partir deste aspecto, instala-se a noção de que constituirá o micro-organismo o objeto central das patentes das plantas transgênicas: embora a planta constitua o elemento sobre o qual se evidencia a atividade ou a função desempenhada pelo micro-organismo – e o gene ou conjunto de genes contidos no mesmo –, é sobre o micro-organismo geneticamente modificado que a patente é concedida e, principalmente, é em função do mesmo que se estendem os mecanismos protetivos conferidos pela mesma. Trata-se, portanto, de uma noção similar àquela transmitida pela lei de propriedade industrial brasileira.

Assim, para que o micro-organismo – e, por consequência, a planta transgênica – possa ser objeto de patente, é necessário que o mesmo cumpra com os requisitos de patenteamento, dispostos no art. 4º da Lei 24481/1996.<sup>52</sup> A partir da leitura deste dispositivo, é possível constatar que a lei de propriedade industrial argentina também elencou a novidade, atividade inventiva e a aplicação industrial como requisitos para o patenteamento, identificando-se, assim, mais uma semelhança entre os diplomas brasileiro e argentino relativos a patentes.

---

<sup>51</sup> RAPELA, Miguel Ángel. **Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 150. Em seguida, o Autor sintetiza, em termos práticos, o que pode e o que não pode ser patenteado: “Los descubrimientos de plantas no son patentables; las plantas no son patentables; las variedades vegetales no son consideradas materia patentable dada su exclusión de la norma; es posible patentar un proceso biotecnológico (mientras no sea un proceso esencialmente biológico o natural); es posible patentar un producto biotecnológico (mientras no sea a su vez una planta); no sería posible patentar un gen ‘natural’; sería posible patentar una construcción genética artificial obtenida mediante ingeniería genética.”

<sup>52</sup> Art. 4º – Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre. b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiéndose al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios.

Especificamente no que tange ao patenteamento de micro-organismos, no entanto, o regulamento do art. 12, item 13<sup>53</sup> da lei de patentes argentina também estabeleceu a necessidade de os mesmos estarem à disposição do público, depositados em instituições próprias para tal fim. Muito embora tal dispositivo encontre sua justificativa em questões próprias da biotecnologia, deve-se destacar que os depósitos de micro-organismos são relevantes à medida que podem constituir uma fonte para a verificação da novidade ou não do objeto de um pedido de patente.<sup>54</sup>

Regressando-se aos requisitos<sup>55</sup> para o patenteamento de plantas transgênicas, é considerada nova uma invenção que não esteja compreendida pelo estado da técnica. Ou seja: atende ao requisito de novidade a invenção que não pertença ao conjunto de conhecimentos técnicos que se fizeram públicos ou que são de conhecimento público e geral antes da data de solicitação da patente.<sup>56</sup>

Já o requisito da atividade inventiva é cumprido quando o processo criativo ou os seus resultados não forem decorrentes do estado da técnica em forma evidente para uma pessoa especializada na matéria técnica correspondente. O reconhecimento de uma atividade inventiva significa, assim, que o técnico normal não poderia chegar ao conhecimento contido na solicitação de patente a partir dos conhecimentos que integravam o estado da técnica na data da solicitação.

---

<sup>53</sup> Destaque-se que a Lei 24481/1996 foi redigida mediante o emprego de uma técnica legislativa que, após um dispositivo ou grupo de dispositivos, segue-se um regulamento pelo qual se estabelecia uma complementação ou diretrizes para interpretação do dispositivo precedente. Para fins do presente trabalho, tais regulamentos serão tachados em negrito, como forma de distingui-los dos dispositivos legais. *Art. 12 – Para obtener una patente será preciso presentar una solicitud escrita ante la ADMINISTRACION NACIONAL DE PATENTES del INSTITUTO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, con las características y demás datos que indique esta ley y su reglamento. Art. 12 – Para poder obtener una patente, el solicitante deberá completar, dentro de los PLAZOS que en cada caso se especifiquen en la Ley o en esta Reglamentación, la siguiente información y documentación: 13) nombre y dirección completos de la institución depositaria del microorganismo, fecha en que fue depositado y el número de registro asignado al microorganismo por la institución depositaria, cuando la solicitud de patente se refiera a un microorganismo.*

<sup>54</sup> “Por otra parte, a fin de asegurar la reproducibilidad de las invenciones que utilizan microorganismos es menester que los mismos sean identificados y que se encuentren a disposición del público. A tal fin se han creado instituciones depositarias de los microorganismos que están especializadas en recoger, propagar, preservar y distribuir éstos. [...] Quien requiera el microorganismo depositado lo deberá hacer solamente con fines experimentales, a menos que esté expresamente autorizado por el titular. [...] La lista de microorganismos depositados refleja el estado de la técnica y puede ser tomada como criterio de novedad. MEYER, Roberto E.; SCHROÖCK, Úrsula. *Protección de la propiedad intelectual sobre la materia viva. Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, n. 6, p. 111, 1997.

<sup>55</sup> À medida que são coincidentes os requisitos brasileiros e argentinos, entende-se não ser necessário aprofundamento relativo a estes requisitos, eis que já efetuado no subtópico anterior, razão por que se realiza uma breve retrospectiva acerca dos mesmos.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 481.

Por fim, o requisito da aplicação industrial é satisfeito quando o efeito da invenção corresponda à obtenção de um resultado ou produto industrial – compreendendo no termo “indústria” a agricultura, a indústria florestal, o gado, a pesca, a mineração, as indústrias de transformação, os serviços, etc. Tal resultado ou produto industrial, por sua vez, deve ser compreendido como a atividade que persegue, por meio de uma atuação consciente dos homens, a utilização ou a transformação dos recursos naturais para a satisfação das necessidades humanas.<sup>57</sup> Pode-se dizer, novamente, que a aplicação industrial é cumprida quando o invento é passível de ser ofertado e consumido no mercado.

A compreensão destes requisitos sob a perspectiva das plantas transgênicas – e, portanto, do patenteamento de micro-organismos – pode ser efetuada mediante a atenção a alguns aspectos. Com relação ao requisito da novidade, destaca-se que, no campo da biotecnologia, o mérito da invenção reside na capacidade humana para identificar, isolar e indicar a utilidade prática de um organismo. Assim, o que se considera novidade não é o organismo em si mesmo, mas sim o fato de que tal organismo se apresenta como uma forma suscetível de aplicação prática, até então desconhecida.<sup>58</sup>

No que tange à atividade inventiva, a compreensão não se afasta muito da proposição acima exposta: caso a invenção consista em meramente manipular os genes de uma forma que fosse previsível para um técnico da área, não se teria o cumprimento de tal requisito. Especificamente no caso dos micro-organismos, a superação das dificuldades inerentes ao isolamento dos genes ou substâncias seria o equivalente a adequação do invento à satisfação do requisito da atividade inventiva.<sup>59</sup>

O requisito da aplicação industrial, contudo, não encontra tanta facilidade para seu cumprimento: o caráter técnico inerente aos dois requisitos anteriores levava à indicação de que as invenções relativas à matéria viva não poderiam ser objeto de patente. Contudo, diante das transformações ocorridas no âmbito da biotecnologia, passou-se a compreender a

---

<sup>57</sup> SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 482.

<sup>58</sup> BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patentabilidad – invenciones biotecnológicas. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Derecho de patentes**: el nuevo régimen legal de las invenciones y de los modelos de utilidad. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 53. O Autor complementa sua fala dizendo que “[...] *el hecho de que las sustancias naturales, los microorganismos y otro material biológico existen en la naturaleza sólo en un medio complejo que no permite su utilización directa. En tal caso, el mérito del inventor reside en haber sido el primero en aislar, identificar e indicar la aplicación industrial de tal producto y ponerlo a disposición del público.*”

<sup>59</sup> Ibid., p. 55

efetivação do requisito da aplicação industrial à medida que se demonstrasse que o invento emprega metodicamente forças naturais controláveis visando à obtenção de um resultado causal e perceptível, decorrendo a aplicação industrial da disponibilização de tal utilização junto aos mercados.<sup>60</sup>

Tal como no subtópico anterior, percebe-se que esta “nova” compreensão dos requisitos de patenteamento decorre das peculiaridades inerentes à biotecnologia: trata-se, em suma, de uma compreensão necessária à identificação, e correspondente afastamento, do fato de que a patente de micro-organismos não viola as proibições ao patenteamento de produtos preexistentes na natureza ou de meros descobrimentos.

Em concreto, esta compreensão transmite a noção de que as invenções no campo biotecnológico – e, precisamente no que tange às plantas transgênicas e aos micro-organismos –, constituem fator de enriquecimento da técnica, uma vez que demonstram o caminho pelo qual se pode chegar a uma informação acerca de um gene, ou grupo de genes, que até então não era disponível. Portanto, a inovação ocorre quando se descobre tal informação, a partir do isolamento do gene ou conjunto de genes, bem como a partir da descoberta de informações decorrentes da recombinação deste gene ou conjunto de genes em meio a uma nova cadeia ou organismo.<sup>61</sup>

Se, de um lado, os requisitos para o patenteamento de uma planta transgênica necessitam, em razão das particularidades da mesma, ser interpretados ou compreendidos sob perspectiva distinta da comumente empregada, de outro, tem-se que as prerrogativas decorrentes de uma patente de planta transgênica igualmente não decorrem de uma interpretação literal da lei de patentes argentina.

---

<sup>60</sup> BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patentabilidad – invenciones biotecnológicas. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Derecho de patentes**: el nuevo régimen legal de las invenciones y de los modelos de utilidad. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 57

<sup>61</sup> “*Un gen cuya estructura era desconocida no estaba disponible para el experto, aun cuando estuviera en posesión del genoma en su totalidad. Para los experimentos de recombinación de ADN, habitualmente una gran cantidad de genes aislados y reproducidos mediante clonación es de gran importancia. La posición contraria [ao patenteamento nesta categoría] llevaría a resultados indeseables: el inventor modificaría el gen en forma irrelevante para escapar a la objeción de que se trata de un producto preexistente en la naturaleza. La incentivación a esta tipo de rodeos no puede estar en un moderno sistema de patentes.*” WITTHAUS, Mónica. Propiedad industrial sobre plantas transgênicas. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 9, p. 141, 2001.

Neste sentido, identificam-se os dispositivos do art. 8º e do art. 35 da Lei 24481/1996 <sup>62</sup> como fundamentais para que se determine a extensão dos direitos conferidos pela patente: em essência, confere-se ao titular da patente o direito de excluir terceiros da utilização do bem imaterial protegido, pelo prazo de vinte anos – notando-se, novamente, uma grande semelhança entre a legislação brasileira e a legislação argentina relativa a patentes.

Entretanto, no que tange à exclusividade conferida pelas plantas transgênicas, destacam-se dois aspectos que distinguem sensivelmente o sistema argentino. O primeiro destes aspectos ocorre na medida em que se inclui no âmbito de proteção não só a primeira geração das plantas geneticamente modificadas, mas também as plantas de gerações seguintes. <sup>63</sup>

Já o segundo aspecto, de certa forma decorrente do primeiro, prescinde de uma situação mais complexa: não raro, os agricultores separam uma dada quantidade de sementes de sua produção, com as quais realizariam o plantio para a safra seguinte. Especificamente numa situação em que a patente de planta transgênica for conferida a uma semente, estes agricultores não podem estabelecer tal prática sem o pagamento de *royalties* aos titulares da patente. <sup>64</sup>

Afora os dois supramencionados aspectos, pode-se mesmo dizer que o sistema argentino de concessão e de proteção de patentes não difere muito do sistema brasileiro. Neste sentido, as semelhanças entre as normas disciplinadoras da propriedade intelectual de plantas brasileiras e argentinas tendem a ter continuidade quando se passa à análise da tutela das variedades de plantas conferida pela Lei 20247/1973.

---

<sup>62</sup> Art. 8º - *El derecho a la patente pertenecerá al inventor o sus causahabientes quienes tendrán derecho de cederlo o transferirlo por cualquier medio lícito y concertar contratos de licencia. La patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos, sin perjuicio de lo normado en los artículos 36 y 99 de la presente ley: a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente; b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.*

Art. 35 - *La patente tiene una duración de VEINTE (20) años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.*

<sup>63</sup> SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 484.

<sup>64</sup> BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patentabilidad – invenciones biotecnológicas. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Derecho de patentes**: el nuevo régimen legal de las invenciones y de los modelos de utilidad. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 81.

Entretanto, a despeito das semelhanças com a lei brasileira de cultivares a serem expostas, o primeiro aspecto que se destaca da lei de sementes configura uma distinção entre esta e aquela: ao passo que a proteção às cultivares no Brasil é relativamente recente – data de 1997, não possuindo sua matéria qualquer disciplina anterior<sup>65</sup> – a lei argentina tem quase quatro décadas de vigência. Esta anterioridade se deve, em grande parte, ao processo de privatização do mercado de sementes argentino, anteriormente descentralizado e fortemente apoiado pelo Estado argentino.<sup>66</sup>

Outra distinção entre lei argentina e a lei brasileira ampara-se no já mencionado fato de que aquela também protege, de modo específico, as sementes de plantas, ademais criações fitogenéticas – atribuição conferida pelo art. 2º da Lei 20247/1973<sup>67</sup> às variedades vegetais. A despeito desta maior amplitude dos objetos sobre os quais a lei de sementes atua, constata-se que, como já visto e tal qual a lei de cultivares brasileiras, a proteção conferida pela lei argentina tem finalidade eminentemente econômica – a qual, por sua vez, deve ser necessariamente acompanhada pela noção de utilidade.<sup>68</sup>

Com efeito, deve-se ressaltar que estas distinções, ainda que relevantes por caracterizarem de maneira própria o sistema argentino de proteção a variedades de plantas, não interferem na questão central a ser exposta neste subtópico – qual seja, a dos requisitos para a obtenção de proteção e a extensão de tal proteção, bem como da eventual correlação dos mesmos com aqueles existentes no ordenamento brasileiro.

<sup>65</sup> Houve tentativa de legislar a matéria em 1976, porém sem sucesso. ARAÚJO, José Cordeiro de. **A lei de proteção de cultivares: análise de sua formulação e conteúdo.** Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3543/lei\\_protecao\\_cultivares\\_araujo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3543/lei_protecao_cultivares_araujo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 11 out. 2012.

<sup>66</sup> “Al mismo tiempo, las denominadas leyes de semillas, fueron la materialización del proceso de mercantilización de las semillas instaurado con la revolución verde. Estas, hacían referencia a las reglamentaciones en torno a la regulación de la comercialización de semillas, esto es, qué materiales podían venderse en el mercado y bajo que condiciones. Por un lado, establecían estrictas normas de certificación imponiendo una producción y reproducción de las semillas controladas por el aparato público. Por otro lado, ejercían un fuerte control del ingreso de nuevas variedades al mercado formal que a su vez, debían cumplir una serie de requisitos agronómicos.” PERELMUTER, Tamara. Semillas: de bienes comunes a mercancías – la propiedad intelectual y su incidencia sobre los productores agrarios: el caso argentino. In: CONGRESO NACIONAL E INTERNACIONAL DE AGROBIOTECNOLOGÍA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS, 2., 2008, Córdoba. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2009. p. 131-153.

<sup>67</sup> Art. 2º – A los efectos de esta ley se entiende por: a) “SEMILLA” o “SIMIENTE”: toda estructura vegetal destinada a siembra o propagación. b) “CREACION FITOGENETICA”: el cultivar obtenido por descubrimiento o por aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas.

<sup>68</sup> “La protección de variedades vegetales o derecho del obtentor, es el derecho que se le concede al obtentor de una nueva variedad vegetal a explotarla con exclusividad como contrapartida para incentivar la innovación.” SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina.** Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 512. Destaque-se que a utilidade não decorre do incentivo à inovação, mas constitui um dos atributos que a inovação deve conter a fim de que possa ser objeto de proteção.

Assim, e passando-se propriamente ao núcleo da lei de sementes argentina, identificam-se no art. 20 de referido diploma <sup>69</sup> os requisitos que uma semente ou uma variedade vegetal deve satisfazer a fim de que possam ser objeto de proteção. Tratam-se, em síntese, dos requisitos da novidade, diferenciabilidade, homogeneidade e estabilidade – os quais, mais uma vez, coincidem com aqueles previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Pelo requisito da novidade, estabelece-se que, para uma variedade ser considerada nova, a mesma não deve ter sido comercializada, pelo seu obtentor ou com seu consentimento, até a data de apresentação da solicitação junto ao órgão Registro Nacional da Propriedade de Cultivares (RNPC), órgão competente criado pelo art. 19 da lei de sementes <sup>70</sup> para apreciar esta solicitação e conceder o privilégio. <sup>71</sup>

Já o requisito da diferenciabilidade dispõe a necessidade de o objeto do pedido ser claramente distinguível, em função de uma ou mais características, de qualquer outra variedade cuja existência seja de conhecimento geral no momento da solicitação. Neste sentido, é importante ressaltar que a mera aplicação para a concessão do privilégio intelectual converte a variedade em objeto de conhecimento geral, sempre que o pedido conduza, ao final, à efetiva concessão do privilégio. <sup>72</sup>

Por fim, pelos requisitos da homogeneidade e da estabilidade, estabelece-se, respectivamente: (i) a necessidade de a planta, sujeita às variações previsíveis originadas nos mecanismos particulares de sua propagação, manter suas características hereditárias de modo suficientemente uniforme; (ii) que as características hereditárias mais relevantes da planta permaneçam, conforme as definições constantes na solicitação, ao longo de reproduções ou propagações sucessivas. <sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Art. 20 – *Podrán ser inscriptas en el Registro creado por el artículo 19 y serán consideradas "Bienes" respecto de los cuales rige la presente ley, las creaciones fitogenéticas o cultivares que sean distinguibles de otros conocidos a la fecha de presentación de la solicitud de propiedad, y cuyos individuos posean características hereditarias suficientemente homogéneas y estables a través de generaciones sucesivas. La gestión pertinente deberá ser realizada por el creador o descubridor bajo patrocinio de ingeniero agrónomo con título nacional o revalidado, debiendo ser individualizado el nuevo cultivar con un nombre que se ajuste a lo establecido en la parte respectiva del artículo 17.*

<sup>70</sup> Art. 19 – *Créase, en jurisdicción del Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares, con el objeto de proteger el derecho de propiedad de los creadores o descubridores de nuevos cultivares.*

<sup>71</sup> WITTHAUS, Mónica. Propiedad industrial sobre plantas transgénicas. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 9, p. 144, 2001. A Autora destaca, ainda, a vedação à comercialização inclusive no âmbito internacional: o obtentor também não deve vender ou comercializar a variedade vegetal num período de quatro a seis anos – este último, especificamente se se tratar de árvores ou videiras.

<sup>72</sup> Pode-se dizer, *mutatis mutandis*, que se trata de uma consequência do direito de prioridade.

<sup>73</sup> WITTHAUS, op. cit., p. 145.

Ainda no que tange aos requisitos à concessão da proteção conferida pela lei de sementes argentina, é interessante destacar que, à primeira vista, a quase totalidade dos conteúdos dos requisitos acima dispostos encontra não desprezáveis semelhanças com os requisitos inerentes à concessão de uma patente – sendo a mais óbvia destas semelhanças dada pela presença do requisito da novidade em ambos os casos. Mais: recordando os aspectos expostos no subtópico anterior, tal situação ocorre tanto no sistema de propriedade intelectual de plantas argentino quanto no brasileiro.

Com efeito, a despeito destas coincidências, deve-se ressaltar a impossibilidade, em ambos os sistemas brasileiro e argentino, de uma mesma planta ser objeto de patentes e da proteção conferida às cultivares: trata-se da já mencionada vedação à dupla proteção. É extremamente importante a fixação deste aspecto, à medida que normas oriundas de outros ordenamentos – emanadas, inclusive, de tratados e convenções internacionais – permitem esta dupla proteção, distinguindo-se, neste ponto, ambos o Brasil e Argentina, destes ordenamentos – ao mesmo tempo em que, porém, exatamente neste ponto os ordenamentos destes países permanecem similares.<sup>74</sup>

Isto posto, satisfeitos os requisitos dispostos pela lei de sementes, concede-se ao solicitante do pedido, na forma do art. 22 da Lei 20247/1973<sup>75</sup>, o título de propriedade sobre a cultivar, mediante o qual se confere a exclusividade na exploração da planta protegida pelo prazo de dez a vinte anos, a depender das espécies envolvidas no pedido.

No que tange ao aspecto temporal, pode-se dizer que a diferença entre as leis argentina e brasileira é meramente pontual, uma vez que, de acordo com o direito brasileiro, também será conferido um prazo maior ou menor de proteção a depender das espécies de plantas das quais se solicitou a proteção.

Relativamente ao conteúdo da exclusividade conferida ao titular da variedade de planta, verifica-se que o direito argentino estabeleceu uma gama de faculdades não distinta daquela disposta no direito brasileiro. De modo geral, o alcance da exclusividade compreende: (i) a produção ou reprodução da planta protegida; (ii) a preparação aos fins da

---

<sup>74</sup> Cf. BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patentabilidad – invenciones biotecnológicas. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Derecho de patentes: el nuevo régimen legal de las invenciones y de los modelos de utilidad**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 74-78; BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 572.

<sup>75</sup> Art. 22 – *El Título de Propiedad sobre un cultivar será otorgado por un período no menor de diez (10) ni mayor de veinte (20) años, según especie o grupo de especies, y de acuerdo a lo que establezca la reglamentación. En el Título de Propiedad figurarán las fechas de expedición y de caducidad.*

reprodução ou da multiplicação; (iii) a comercialização sobre qualquer forma.<sup>76</sup> Porém, especificamente, a exclusividade conferida ao titular não abrange o produto obtido na aplicação da variedade vegetal – v.g., em um fruto –, mas se estende ao material de sua propagação – v.g., a semente do fruto.

Outro ponto específico relativo à exclusividade conferida pela lei de sementes argentina constitui o chamado “direito” ou “exceção do agricultor”: por tal direito, confere-se ao agricultor que utilizou uma semente protegida pela lei de sementes a faculdade de utilizar as sementes obtidas em sua colheita, visando a semeá-las na próxima safra. Trata-se de um sistema, portanto, que permite a livre circulação dos recursos genéticos contidos na planta protegida entre várias pessoas.<sup>77</sup>

### 3.2 A propriedade intelectual de plantas no direito internacional: um prisma jus-econômico do acordo TRIPS e das convenções da UPOV

Após a breve verificação das normas que tutelam a propriedade intelectual de vegetais no Brasil e na Argentina, é possível constatar que as legislações relativas a esta matéria em ambos os países assemelham-se sobremaneira – mais, inclusive, que as semelhanças apontadas no tratamento da política de concorrência de tais países.<sup>78</sup> Em função deste fato, pode-se mesmo dizer que, *mutatis mutandis*, tais semelhanças constituiriam um indicativo de harmonização entre estas legislações.

Assim, e retomando a epígrafe mencionada no começo deste capítulo, um dos principais fatores responsáveis por esta harmonização reside nas discussões e foros internacionais relativos ao tema da propriedade intelectual, dos quais resultam tratados e convenções internacionais que geram obrigações para os Estados nesta seara.

---

<sup>76</sup> SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 514.

<sup>77</sup> RAPELA, Miguel Ángel. Excepción y derecho del agricultor: origen y desarrollo. In: \_\_\_\_\_.; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 137.

<sup>78</sup> Como visto, as distinções mais substanciais ocorrem no plano das cultivares ou das variedades vegetais. Acerca destas, pode-se cogitar que a proteção das variedades vegetais pelo direito argentino, tanto em função de sua antiguidade quanto de sua amplitude, preconiza a manifestação dos interesses econômicos relativos à agricultura argentina – e, principalmente, da relevância que esta desempenha desde aquela época.

Estas discussões e foros têm importância na medida em que, de um lado, a tecnologia – fator de produção essencial no sistema econômico-produtivo atualmente vigente, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho – tem sua tutela jurídica determinada pelos direitos de propriedade intelectual. De outro lado, à medida que a produção de bens e serviços não mais reconhece as fronteiras dos Estados nacionais, verifica-se que a aproximação das legislações relativas à propriedade intelectual desempenha um importante papel, eis que facilita e potencializa a movimentação da produção.

A partir deste aspecto, é possível identificar-se na liberalização do comércio um dos principais fenômenos responsáveis por induzir e propiciar a harmonização de normas – e, sobretudo, das normas relativas à propriedade intelectual. Neste sentido, relembre-se que, sob a perspectiva do sistema multilateral de comércio, pretende-se a instalação de uma ambiência em que as ofertas e as demandas por produtos possam fluir e ser satisfeitas no inclusive no plano internacional.

Ainda sob a mesma perspectiva, estabelece-se um aparato de normas pelas quais se visa a garantir a efetividade dos predicados da liberalização do comércio – o Tratado de Marraqueche e seus anexos. No que tange a este aparato de normas, é importante destacar que, por força da regra do *single undertaking*, todos os países membros da OMC tiveram que incorporar em seus ordenamentos jurídicos internos as normas que regem aquele sistema. Tal aspecto, por seu turno, possibilita uma importante constatação: a de que a adesão de um país à OMC demanda a harmonização de suas normas internas com as normas daquela organização, e, por consequência, com as normas dos demais países membros.

Se, de um lado, a harmonização de normas constitui um dos aspectos que possibilita e potencializa a participação de um país nos fluxos internacionais de comércio, por outro se nota a expansão de movimentos de harmonização de normas comerciais – alguns dos quais, inclusive, alheios ou mesmo prévios à OMC – induzidos, direta e indiretamente, pelo acima mencionado aparato de normas internacionais.<sup>79</sup> Por estas razões, assim, pode-se entender a liberalização do comércio – ou, de modo mais amplo, o comércio internacional – como uma das principais indutoras da harmonização de normas.

A importância desta relação entre comércio internacional e harmonização de normas reside no fato de que a mesma irá fornecer, como se verá adiante, os *standards* para a

---

<sup>79</sup> Noutros termos: à medida que facilita o desenrolar as relações comerciais, pode-se dizer que a harmonização das normas constitui um dos efeitos da própria liberalização do comércio. BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 142.

concessão e para a proteção da propriedade intelectual a serem adotados nos ordenamentos internos. Neste sentido, verifica-se que a disciplina internacional no campo dos direitos de propriedade intelectual já existe há mais de um século – v.g., a Convenção de Paris sobre Direitos de Propriedade Industrial de 1883 e a Convenção de Berna sobre Direitos Autorais de 1886.

Contudo, foi somente após o advento da OMC que estas normas, assim como as normas contidas no próprio Tratado de Marraqueche, passaram a ter eficácia em meio ao sistema multilateral de comércio – pela regra do *single undertaking* acima exposta e por demais motivos expostos no primeiro capítulo deste trabalho.<sup>80</sup> Assim, é a partir do contexto do comércio internacional – ou do sistema multilateral de comércio – que se identificam, especificamente, as duas principais fontes internacionais da propriedade intelectual de plantas: tratam-se das convenções da *International Union for the Protection of New Varieties of Plants* (UPOV – União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas), criadas anteriormente ao surgimento da OMC, e do já mencionado acordo TRIPS, disposto no Tratado de Marraqueche.

A UPOV constitui uma organização intergovernamental criada pela Convenção Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas, em 1961. Essencialmente, os principais objetivos desta organização são o fornecimento e a promoção de um sistema efetivo para a proteção de variedades de plantas, com a finalidade de encorajar o desenvolvimento de novas variedades de plantas, visando ao benefício maior da sociedade. Em específico, as convenções da UPOV fornecem as bases normativas para que nos países membros seja encorajada a criação de novas variedades de plantas: tal encorajamento é efetuado mediante a concessão de um direito de propriedade intelectual aos criadores de plantas.<sup>81</sup>

No que tange especificamente às normas emanadas da UPOV, é importante destacar que, embora tenha sido criada em 1961, a Convenção da UPOV só passou a ter eficácia a partir de 1968, ano em que se alcançou o número mínimo de ratificações estipulado em tal convenção. Note-se que, desde sua criação, a Convenção da UPOV passou por três

---

<sup>80</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 274. Perceba-se, portanto, que, ainda que existam outros fatores que motivem ou que justifiquem a supramencionada harmonização das normas de propriedade intelectual – em termos globais ou especificamente quanto ao Brasil e Argentina –, não é possível afastar o motivo econômico – no caso, determinado pelo próprio comércio internacional – como um dos principais determinantes à sua implementação – razão por que, assim, da necessidade de se estabelecer a relação entre harmonização de normas e a liberalização do comércio.

<sup>81</sup> UPOV. **About UPOV**: overview: introduction to UPOV. Disponível em: <<http://www.upov.int/overview/en/upov.html>>. Acesso em: 20 out. 2012.

movimentos de revisão, ocorridos em 1972, 1978 e 1991, para que seu texto refletisse as novas experiências e desenvolvimentos tecnológicos ocorridos no campo de criação de variedades de plantas.

Acerca destas revisões, é fundamental ressaltar que, embora elas tenham resultado em novas previsões no corpo da convenção, estabeleceu-se um mecanismo pelo qual aos países membros da UPOV era facultado escolher a ata da convenção – ou a de 1972, ou a de 1978, ou a de 1991 – à qual os mesmos iriam aderir.<sup>82</sup> Assim, pode-se dizer que, a partir da faculdade de se escolher a qual texto da Convenção da UPOV um Estado adere – o texto posterior à reforma de 1972, 1978 ou 1991 –, repercutiu, na prática, na emergência de distintas convenções da UPOV – e, não menos importante, em distintos regimes de concessão e de proteção de direitos de propriedade intelectual sobre variedades vegetais –, designadas a partir das reformas ocorridas em tal convenção.

É importante destacar, no entanto, que estas faculdades de escolha não podem ser exercidas livremente: após cada revisão, havia um prazo para que os países membros aderissem à ata da Convenção da UPOV anterior ou posterior à revisão, sendo que, transcorrido tal prazo, somente seria possível a adesão à versão posterior à ata da última revisão ocorrida. Neste sentido, ressalta-se que ambos Brasil e Argentina são aderentes da Convenção da UPOV de 1978, tendo suas adesões ocorridas, respectivamente, em 1999 e em 1994 – exercendo, portanto, a faculdade acima exposta.<sup>83</sup>

Com efeito, relativamente ao TRIPS interessa ao presente trabalho expor que se trata de um acordo que, ademais de tornar evidente a relação entre propriedade intelectual e comércio internacional, foi o responsável por efetuar a harmonização dos padrões mínimos de proteção a serem adotados nos países membros da OMC. Neste sentido, a obrigação estabelecida pelo TRIPS refere-se exclusivamente aos padrões mínimos de proteção à

<sup>82</sup> BRAHMI, Pratibha; CHAUDHARY, Vijaya. Protection of plant varieties: systems across countries. **Plant Genetic Resources**, Cambridge, v. 9, n. 3, p. 394, 2011.

<sup>83</sup> De um lado, a convenção da UPOV de 1978 estabelece: (i) um âmbito de proteção limitado à exclusividade do uso comercial de materiais reprodutivos da variedade de planta protegida pelo seu titular; (ii) que a proteção se estenda por no mínimo quinze anos; (iii) a existência de “direitos do agricultor”, vale dizer, que um agricultor separe, da safra colhida da variedade de planta protegida, uma quantidade de sementes “x” a ser plantada para a próxima safra; (iv) a “exceção do criador”, ou seja, a possibilidade de um criador de variedades de plantas ter livre acesso a outras variedades de plantas protegidas, exclusivamente para fins de pesquisa. Por outro lado, pela convenção de 1991 tem-se: (i) um âmbito de proteção similar ao da convenção de 1978, exceto pelo fato de que o titular da proteção tem seus direitos estendidos também aos produtos da variedade de planta protegida (v.g., o fruto da cultivar); (ii) que a proteção vigora por 20 anos; (iii) a livre escolha dos países membros em instituir ou não os “direitos do agricultor”; (iv) que a “exceção do criador” é mitigada, uma vez que, caso a criação da nova variedade de planta corresponda a uma cultivar essencialmente derivada, não só o criador desta terá direito à sua propriedade intelectual, mas também o titular da variedade que foi “mãe” da cultivar essencialmente derivada. Ibid., p. 395-397.

propriedade intelectual – vale dizer, dos países membros não se poderá exigir uma proteção aquém daquela prevista no acordo. Por sua vez, esta disposição faz com que, em muitos países membros – Brasil e Argentina incluídos –, o mínimo de proteção disposto no TRIPS corresponde ao máximo de proteção disposto em suas respectivas legislações internas.<sup>84</sup>

No âmbito da propriedade intelectual de plantas, são extremamente importantes dois aspectos previstos no acordo TRIPS. O primeiro deles reside no fato de que este acordo demandou substancial alteração dos sistemas de patentes nos países em desenvolvimento, à medida que passou a definir, de modo negativo, quais elementos poderiam ou não ser objeto de patentes – ou seja, todas as invenções que não tivessem seu patenteamento expressamente vedado poderiam ser patenteadas.<sup>85</sup> Dentro desta perspectiva de ampliação dos elementos patenteáveis, disposta em função do acordo TRIPS, deve-se destacar que, a partir da mesma, passou a ser possível o patenteamento de plantas transgênicas, desde que as mesmas fossem resultantes da atuação de micro-organismos<sup>86</sup> – tal como já exposto no tópico anterior.

Com efeito, o segundo aspecto atinente à propriedade intelectual de plantas contido no acordo TRIPS trata da obrigação de os países membros da OMC também destinarem proteção à propriedade intelectual sobre variedades de plantas. Neste sentido, é interessante destacar que, de acordo com o TRIPS, esta proteção deveria ser efetivada por meio de patente, por um instrumento *sui generis* ou pela combinação das duas modalidades. Assim, não é difícil constatar que, *mutatis mutandis*, o acordo TRIPS – e, de modo mais amplo, a própria adesão à OMC – tende a induzir, ainda que de modo não explícito, os países membros a aderirem à UPOV.<sup>87</sup>

Percebe-se, a partir da exposição acima efetuada, que a harmonização das normas brasileiras e argentinas de propriedade intelectual de plantas não é espontânea ou natural, mas decorre substancialmente das normas internacionais dispostas pelo acordo TRIPS

---

<sup>84</sup> CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. London: Zed Books, 2000. p. 102.

<sup>85</sup> De acordo com o Art. 27 do acordo TRIPS, os seguintes elementos não podem ser patenteados: (i) contrários à ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida e saúde humana, animal ou vegetal, ou para evitar sério prejuízo ao meio ambiente; (ii) métodos de diagnóstico, de tratamento e de cirurgia, animal ou humana; (iii) animais que não sejam micro-organismos; (iv) plantas que não sejam micro-organismos, mas quanto às variedades de plantas deve haver um sistema de proteção específica; (v) processos essencialmente biológicos para produção de animais e de plantas, exceto processos não biológicos ou microbiológicos.

<sup>86</sup> CORREA, op. cit., p. 169.

<sup>87</sup> DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 258. Ressalte-se: esta tendência não implica em obrigatoriedade de adesão à UPOV pelos países membros da OMC. Tanto assim é que existem países membros da OMC que não são aderentes da UPOV – v.g. a Índia.

e pela convenção da UPOV – especificamente, em função das obrigações que estas normas impõem aos seus países membros.<sup>88</sup>

Destaque-se que a adesão a estas normas internacionais, especificamente por parte do Brasil e da Argentina, impôs aos mesmos a obrigação de adequarem suas normas internas às previsões do TRIPS e da convenção de 1978 da UPOV. Por esta razão, assim, as vigentes legislações sobre patentes no Brasil e Argentina datam da década de 1990, enquanto as vigentes legislações sobre cultivares foram criadas em 1997, no caso brasileiro, e sofreram consideráveis emendas em 1994, no caso argentino.<sup>89</sup>

Com efeito, à medida que o mínimo de proteção à propriedade intelectual de plantas disposto no acordo TRIPS e na convenção de 1978 da UPOV corresponde, como já mencionado, ao máximo da proteção conferida pelas normas internas brasileiras e argentinas, identifica-se, precisamente, a principal justificativa para que tais normas internas sejam tão semelhantes. Portanto, constata-se que o processo de adequação e de internalização das disposições do TRIPS e da UPOV corresponde ao principal fator responsável pela harmonização entre as legislações brasileiras e argentinas relativas à propriedade intelectual de plantas.<sup>90</sup>

Ainda que sob a perspectiva restrita da propriedade intelectual de plantas, a conclusão supramencionada evidencia, sedimenta o sistema multilateral de comércio como

---

<sup>88</sup> Ressalte-se que ambos o TRIPS e as convenções da UPOV exercem função de harmonizar as diversas legislações nacionais relativas à propriedade intelectual de plantas, diversa de uma função uniformizadora, em que todas as normas nacionais derivadas de instrumentos internacionais devem ser iguais. Neste sentido, diz Correa: “[...] *the 'method of implementing' the TRIPS provisions can be freely determined within the 'own legal system and practice' of each country (Article 1). This provision makes it clear that the TRIPS Agreement is not a uniform law and that differences may exist in the modes of protection available to title-holders in different countries, as well as in the form of implementation of the Agreement's obligations under national law.*” CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. London: Zed Books, 2000. p. 83.

<sup>89</sup> A convenção de 1978 da UPOV foi internalizada no direito argentino por meio da Lei 24376/1994, a qual alterou substancialmente o conteúdo 20247/1973, a lei de sementes argentina. Destaque-se que, no presente trabalho, a apresentação da lei de sementes argentina foi efetuada já com as alterações decorrentes da convenção da UPOV.

<sup>90</sup> Neste sentido, a doutrina em ambos os países é bem clara ao dizer que houve, em *ultima ratio*, uma internalização integral e irrestrita do acordo TRIPS e da convenção de 1978 da UPOV nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino. Cf. BRUCH, Kelly Lissandra. A internalização dos acordos internacionais no âmbito da proteção de variedades vegetais: uma análise comparativa da sua implementação nas comunidades europeias, nos Estados Unidos da América e no Brasil, a partir dos acordos firmados no escopo da UPOV e do TRIPS/OMC. **Amicus Curiae**, Criciúma, v. 7, n. 7, p. 13, 2010; CORREA, Carlos M. Instrumentación del acuerdo TRIPS em Latinoamérica: armonización vs. diferenciación de los sistemas de propiedad intelectual. In.: GATT (Org.). **Propiedad intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. (Temas de derecho industrial y de la competencia, 1) p. 106; WITTHAUS, Mónica. Propiedad industrial sobre plantas transgénicas. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 9, p. 151, 2001.

um importante interlocutor na harmonização de normas que tutelam relações e utilidades econômicas.

Neste sentido, não é demais relembrar que a própria emergência do sistema multilateral de comércio se identifica consideravelmente com as relações e utilidades econômicas: é por meio destas que se instrumentalizam as ofertas de produtos destinadas à satisfação das diversas demandas sociais – os fluxos comerciais, portanto –, cujo eficiente funcionamento a nível internacional, por outro lado, constitui o objetivo primordial do sistema multilateral de comércio. Pode-se dizer, assim, que o surgimento do sistema multilateral de comércio foi impulsionado em função dos fluxos e das relações comerciais – os quais, em última análise, introduzem a razão econômica na origem do sistema multilateral de comércio.

Como já tantas vezes mencionado ao longo deste trabalho, as normas que regem o sistema multilateral de comércio foram instituídas com o objetivo de proporcionar um funcionamento eficiente de tal sistema, de forma a alcançar a liberalização do comércio. Neste sentido, a percepção da razão econômica enquanto componente da essência do sistema multilateral de comércio complementa tal noção: ora, como visto, a manutenção e a expansão dos fluxos comerciais constitui um fator de geração de ganhos econômicos para seus partícipes. Em suma: eficiência e geração de riqueza constituem o mote da atuação da OMC.

Este raciocínio é relevante para reiterar uma importante conclusão efetuada no primeiro capítulo deste trabalho: a adesão de um país ao sistema multilateral de comércio terá como fundamento, dentre outros, a possibilidade de o mesmo obter ganhos por meio de tal adesão.

Com efeito, deve-se ter em mente que esta conclusão, apesar de decorrer de uma linha de raciocínio que pressupõe a existência da OMC e de todo o ordenamento jurídico que a rege, verifica-se igualmente aplicável em uma situação distinta da apontada: trata-se da situação relativa ao período “pré-OMC”, mais precisamente aos momentos em que estavam sendo discutidos os textos das normas que iriam reger o futuro sistema multilateral de comércio.

Assim, pode-se igualmente afirmar que a atuação e a articulação dos países participantes da Rodada Uruguai – da qual resultou a firmação do Tratado de Marraqueche e a criação da OMC – teve como um dos motivadores os possíveis ganhos a serem obtidos com a criação de uma estrutura responsável por coordenar a institucionalização do livre comércio.

Neste sentido, vislumbra-se que, em função desta motivação, a atuação dos países participantes da Rodada Uruguai deu-se no sentido de que fossem objeto de deliberação, e aprovação, as propostas que mais se aproximassem de seus interesses – ou seja, que as normas responsáveis por reger o sistema multilateral de comércio fossem construídas de forma tal que se aproximassem dos interesses dos países participantes das negociações em obter ganhos com o comércio internacional.

Desta forma, do mesmo modo em que o interesse econômico motiva os países a aderirem à OMC, o interesse econômico dos países participantes da Rodada Uruguai também se manifesta na conformação das normas pelas quais futuramente o comércio internacional seria regido. Contudo, é certo que, diante da quantidade de países participantes da Rodada Uruguai – eram 125 –, o interesse de um único país dificilmente prevaleceria perante os demais, razão por que, assim, as negociações para a criação das normas da OMC tendiam a levar ao agrupamento de países em função de interesses comuns.<sup>91</sup>

A importância desta contextualização reside no fato de que, a partir da mesma, estabelece-se a possibilidade de uma norma componente do sistema multilateral de comércio estar mais alinhada aos interesses de um país ou grupo de países que aos interesses de outros – podendo repercutir, assim, na proeminência de uns países sobre outros no âmbito do comércio internacional.<sup>92</sup> É sob esta perspectiva que o acordo TRIPS e, guardadas as devidas proporções, as convenções da UPOV, devem ser compreendidos.

Neste sentido, é interessante ressaltar que os parâmetros de proteção à propriedade intelectual, bem como as regras para seu exercício, previstos pelo TRIPS foram estabelecidos em um nível que, na época da Rodada Uruguai, somente era verificado nas principais nações industriais. Paralelamente a tal fato, nota-se que a implementação do acordo

---

<sup>91</sup> Acerca deste processo de agrupamento, diz Fiorati: “Os agrupamentos em torno da provável regulamentação de um tema começam com alguns poucos Estados e aumentam a partir de instrumentos tradicionais como a barganha e argumentação, até atingir a esmagadora maioria de seus membros. Como estes agrupamentos se fazem em função de interesses comuns, e os interesses dos países são múltiplos, eles não são agrupamentos estanques, sendo que cada Estado participa de vários grupos de interesse, com parceiros diferentes, em função dos temas da regulamentação.” FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: ED. UNESP-FHDSS, 2006. p. 76.

<sup>92</sup> “In practice, of course, there are rent-seeking groups in each country, governments do not believe in *laissez faire*, and markets are imperfect. In pursuing national objectives, a country may reduce the welfare of other countries.” HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 110.

TRIPS nos demais países – Brasil e Argentina incluídos – demandou substanciais mudanças, quando não uma nova legislação, nas normas protetivas da propriedade intelectual.<sup>93</sup>

Dentre as distintas consequências decorrentes das adequações ou alterações legislativas relativas à proteção da propriedade intelectual nos países não industrializados, cumpre destacar o fato de que a estas adequações ou alterações representaram altos custos – de ordem econômica e política, em grande parte – para tais países.<sup>94</sup>

Sob uma perspectiva econômica, estes custos podem ser dispostos em função dos aspectos objetivos e temporais da proteção à propriedade intelectual: pelo primeiro, elementos que antes não poderiam ser protegidos pela propriedade intelectual – v.g., produtos farmacêuticos – passaram a ter tal privilégio; pelo segundo, o tempo mínimo de proteção conferido à propriedade intelectual, na maioria dos países não industrializados, não era correspondente ao previsto no TRIPS<sup>95</sup> – e, de certa forma, também nas convenções da UPOV.

---

<sup>93</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151. Neste processo de conformação do TRIPS, destacam-se os Estados Unidos como o principal ator do grupo dos países industrializados, cujos interesses (econômicos) eram sintetizados em função da proposta – posteriormente aprovada – que previa a proteção da propriedade intelectual no âmbito sistema multilateral de comércio em regime similar ao daqueles países. Neste sentido: “*The hegemony of America (pax Americana) allowed its trade negotiators in international forums to capitalize on the already extensive agreements regarding the character of desirable protection for intellectual property at the domestic level. After the change in perception at the end of the nineteenth century, support for international free trade was deemed perfectly compatible with support for strengthened intellectual property protection. And given the leading role of the US in multilateral economic regulation after 1945, the state whose laws are the most important in understanding the immediate historical origins of the TRIPs agreement are those of the US.*” MAY, Christopher; SELL, Susan. Contestation and settlement in the history of intellectual property. **Review of International Political Economy**, London, v. 8, n. 3, p. 485, 2001.

<sup>94</sup> CORREA, Carlos M. Instrumentación del acuerdo sobre los ADPIC en un contexto de asimetría científico-tecnológica. In: \_\_\_\_\_. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias**. Buenos Aires: Eudeba, 2010. p. 327. Apesar de não estar relacionado ao presente trabalho, é importante mencionar o fato de que a aceitação do acordo TRIPS por parte dos países não industrializados teve por base promessas de abertura de outros setores econômicos dos países industrializados – v.g., a agricultura. Especificamente no que tange ao Brasil, diz Lampreia: “Não tendo sido demandeur da extensão da cobertura do Gatt à área de propriedade intelectual, especialmente porque via com preocupação a possibilidade de que um texto de acordo sobre a matéria se tornasse um obstáculo à sua capacitação tecnológica e conduzissem à maior centralização dessa capacitação e do conhecimento em número reduzido de países desenvolvidos, o Brasil buscou, passado o longo período de impasse que caracterizou o processo negociador, evitar que os resultados requeressem modificações adicionais na nossa lei e nos projetos em exame no Congresso.” LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 259, 1995.

<sup>95</sup> Ainda sob esta perspectiva de alterações e adequações, destaque-se que o TRIPS também harmonizou as sanções aplicáveis às infrações relativas aos direitos de propriedade intelectual – tanto por terceiros quanto pelos titulares da propriedade intelectual –, fato este que alterou sobremaneira o modo como os países não industrializados tutelavam a propriedade intelectual. LANOSZKA, Anna. The global politics of intellectual property rights and pharmaceutical drug policies in developing countries. **International Political Science Review**, London, v. 24, n. 2, p. 184, 2003.

Para os países não industrializados, estes altos custos decorrem, em essência, da abrupta alteração dos seus sistemas de propriedade intelectual. Isto ocorre à medida que, até a adesão ao TRIPS, grande parte destes países estava, por assim dizer, “acostumada” a determinados padrões de proteção à propriedade intelectual: em essência, os limites da exclusividade conferida pela apropriação intelectual eram bem menos amplos que aqueles que se seguiram ao TRIPS.<sup>96</sup>

Não obstante, as adaptações e alterações nas normas nacionais ensejadas pelo TRIPS foram implementadas, pela maioria dos países não industrializados, em curto espaço de tempo – embora o próprio TRIPS tivesse estabelecido um prazo de quatro anos para a adequação dos ordenamentos jurídicos dos países em desenvolvimento ou economias de transição. Tal fato, conforme se verificou adiante, decorreu da enorme pressão por parte dos países industrializados, sob o pretexto de incentivarem a transferência de tecnologia ou, de modo mais amplo, os fluxos internacionais de investimento para os países não industrializados.<sup>97</sup>

Com efeito, este panorama que se desdobra em função do TRIPS, *mutatis mutandis*, também é encontrado em meio às convenções da UPOV. O primeiro indício de tal fato é dado na medida em que, embora não se trate de uma organização que seja tão abrangente quanto a OMC, verifica-se que os países membros da UPOV também podem ser classificados de forma semelhante à anterior.<sup>98</sup>

Ainda que não seja decisiva, a composição da UPOV é relevante à medida que evidencia a (possível) manifestação dos distintos interesses existentes, tal como ocorrido na Rodada Uruguai. Neste sentido, esta manifestação de distintos interesses é passível de ser

<sup>96</sup> Esta abrupta alteração ou adequação das legislações nacionais sobre propriedade intelectual pode ser verificada em dois planos: no primeiro, estão contidos os países não industrializados que, à época da adesão ao TRIPS, já possuíam alguma experiência em propriedade intelectual – como eram o Brasil e a Argentina; no segundo, estão contidos países que sequer tinham legislações nacionais protetivas da propriedade intelectual – v.g., países africanos e asiáticos. Desta forma, se para o Brasil e Argentina a adesão ao TRIPS resultou em consideráveis custos, não é difícil constatar que estes seriam muito maiores nos países do segundo plano. KORS, Jorge. La evolución del acuerdo ADPIC: hacia un multilateralismo flexible. In: \_\_\_\_\_.; REMICHE, Bernard (Org.). **Propiedad intelectual y tecnología** – el acuerdo ADPIC diez años después: visiones europea y latinoamericana. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 30.

<sup>97</sup> LANOSZKA, Anna. The global politics of intellectual property rights and pharmaceutical drug policies in developing countries. **International Political Science Review**, London, v. 24, n. 2, p 186, 2003. Diz ainda a Autora: “However, more detailed research shows that there is no evidence that a strong IPRs regime is a significant determinant of foreign direct investment. China, for example, has been one of the most consistent violators of foreign IPRs, and yet the flows of FDI into that country have grown significantly over the past 20 years.”

<sup>98</sup> Mantendo-se a metodologia empregada anteriormente, opta-se por dispor a classificação entre países industrializados e não industrializados, destacando-se, porém, que sob a perspectiva da UPOV – que, de certa forma, também se aplica ao TRIPS – que os países industrializados são os que majoritariamente detêm propriedade intelectual sobre variedades vegetais, ao contrário dos não industrializados.

identificada mediante uma análise dos antecedentes das convenções de 1978 e de 1991 da UPOV.

Relativamente à revisão ocorrida em 1978, foram aprovadas duas propostas consideradas, até os dias de hoje, fundamentais ao regime internacional da propriedade intelectual de plantas<sup>99</sup>: a primeira trata da possibilidade de dupla proteção às variedades de plantas – por patentes e por leis *sui generis* (esta dada pela extensão do rol de gêneros e de espécies de plantas passíveis de serem protegidas) – até então, a lista de espécies passíveis de proteção era majoritariamente composta por espécies de climas temperados. Pode-se dizer, assim, que estas propostas constituíram um dos principais motivadores à adesão à UPOV por boa parte dos países então ouvintes – dentre os quais, sendo imprescindível destacar a adesão dos Estados Unidos.<sup>100</sup>

No que tange à revisão ocorrida em 1991, ocorrida em meio às discussões da Rodada Uruguai, deve-se ressaltar a pressão por parte dos países industrializados visando ao fortalecimento da proteção conferida às variedades de vegetais. As propostas dos países industrializados – com a essencial atuação dos Estados Unidos – podem ser sintetizadas em três pontos: uma nova ampliação do rol de espécies de plantas passíveis de serem protegidas; tornar compulsória a dupla proteção das variedades de plantas; e a já mencionada mitigação dos direitos de criador e das exceções do agricultor. Seja em função da própria pressão acima mencionada, seja por influência das discussões da Rodada Uruguai, fato é que tais propostas foram aprovadas e hoje, como visto, compõem a convenção de 1991 da UPOV.<sup>101</sup>

Pôde-se notar que após a aprovação da convenção de 1991 da UPOV, e definitivamente após a emergência da OMC, houve uma maciça adesão à convenção de 1978 da UPOV – Brasil e Argentina incluídos –, cuja possibilidade estendeu-se até o ano de 1999. Especificamente neste cenário de ampla adesão, cumpre destacar a grande maioria dos

<sup>99</sup> A aprovação destas propostas foi diretamente influenciada pela participação de vinte e sete países – industrializados e não industrializados – na condição de ouvintes, posteriormente membros efetivos da UPOV.

<sup>100</sup> Perceba-se que as propostas apresentadas contemplam ambos os interesses econômicos de países industrializados e não industrializados: pelos primeiros – Estados Unidos eminentemente –, em função da faculdade de os países membros poderão adotar o regime de dupla proteção às variedades de plantas; pelos segundos, a partir da extensão do rol de espécies e gêneros de plantas passíveis de proteção – passando a abranger plantas de outros climas. BLAKENEY, Michael. Stimulating agricultural innovation. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Org.). **International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 375

<sup>101</sup> Neste sentido – e de certa forma complementando a nota 95 –, diz Deere: “*Developing countries* [Brasil incluído] *fought successfully to ensure that TRIPS made no mention of UPOV 1991 as the only, or even the preferable, system for plant variety protection. Thus, in devising an ‘effective sui generis system’ for plant varieties, developing countries that had not yet adopted legislation had considerable flexibility.*” DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 86.

aderentes era composta por países não industrializados. Tal aspecto, a seu turno, demonstra certa oposição por parte destes países ao regime de propriedade intelectual de vegetais – especificamente no que tange a variedades de plantas – que se seguiu à convenção de 1991 da UPOV.<sup>102</sup>

Este breve retrospecto acerca das convenções da UPOV e do acordo TRIPS é importante na medida em que demonstra os interesses econômicos, e particularmente os conflitos entre interesses econômicos, que se manifestam no estabelecimento de normas internacionais. Especificamente sob o prisma da propriedade intelectual, e detendo-se exclusivamente no plano da propriedade intelectual de vegetais, o processo de conformação do TRIPS e da UPOV evidencia com clareza os países industrializados e os países não industrializados como polos opostos em tal processo, cada qual com seus respectivos interesses econômicos.

Na gênese deste conflito entre interesses econômicos encontram-se, de um lado, os países industrializados, nos quais se localizam os principais agentes econômicos responsáveis pelo desenvolvimento de tecnologias, e de outro, os países não industrializados, consumidores e receptores da tecnologia desenvolvida pelos primeiros.

Eis, portanto, a razão pela qual os países industrializados encabeçaram as propostas de fortalecimento dos regimes de proteção da propriedade intelectual na Rodada Uruguai e nas revisões das convenções da UPOV: tal fortalecimento interessa a estes países à

---

<sup>102</sup> Segundo Blakeney, para alguns países esta oposição ganha ares de repulsa ou ojeriza: “A number of developing countries have resisted adopting the 1991 Act as the standard for plant variety protection law. The foreign ministers of Organization for African Unity issued a statement at a January 1999 meeting calling for a moratorium on IPR protection for plant varieties until an Africa-wide system had been developed that granted greater recognition to the cultivation practices of indigenous communities.” BLAKENEY, Michael. Stimulating agricultural innovation. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Org.). **International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 378.

medida que os mesmos contam com uma maior capacidade de geração de ciência e tecnologia.<sup>103</sup>

Isto, pois, em função do fortalecimento da proteção da propriedade intelectual, os países industrializados estariam sedimentando as condições para perpetuar sua condição de produtores de bens imateriais – estabelecendo, por consequência, uma tendência de manter os países não industrializados na posição de consumidores de bens tecnológicos.<sup>104</sup> De modo mais aprofundado, pode-se entender que, na conformação do acordo TRIPS e das convenções da UPOV, a atuação dos países industrializados foi desenvolvida tendo em vista o poder econômico que é (normalmente) gerado a partir da propriedade intelectual: essencialmente, em função do fortalecimento dos níveis de proteção à propriedade intelectual, ampliam-se as possibilidades de atuação de seu titular nos mercados em que este desenvolve suas atividades – com a consequente restrição do âmbito de atuação de outros agentes no mesmo mercado. Em suma: o fortalecimento da propriedade intelectual pode constituir, em *ultima ratio*, a

<sup>103</sup> Destaque-se que, na perspectiva interna dos países industrializados, verifica-se o desempenho de um forte lobby por parte dos principais agentes econômicos daqueles países para que os mesmos assumissem os seus interesses em meio às discussões da Rodada Uruguai. HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 120. Segundo Lanoszka, este lobby foi mais evidente no contexto do TRIPS – situação que também se repetiu quando da revisão das convenções da UPOV –: “*To a considerable extent, the answer comes from research that analyzed the behavior of the powerful industries – pharmaceuticals, entertainment, and high-tech/software – which recognized the opportunity afforded by the Uruguay Round to protect their interests, and made IPRS a core issue for the US Trade Representative (USTR). This approach was complemented by efforts to publicize the alleged damages they faced from weak global IPRS standards and to push for unilateral trade actions by the United States. As intellectual property became better recognized as a trade policy issue, more export-oriented industries signed on [incluindo aquelas ligadas à agricultura], making TRIPS a required condition for success of the multilateral trade negotiations.*” LANOSZKA, Anna. The global politics of intellectual property rights and pharmaceutical drug policies in developing countries. **International Political Science Review**, London, v. 24, n. 2, p. 189, 2003.

<sup>104</sup> CORREA, Carlos M. Instrumentación del acuerdo sobre los ADPIC en un contexto de asimetría científico-tecnológica. In: \_\_\_\_\_. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias**. Buenos Aires: Eudeba, 2010. p. 335. Neste sentido, é interessante destacar que o desenvolvimento de novas tecnologias é um processo contínuo: dificilmente se produz uma tecnologia relativa a um produto ou um processo prescindindo-se da tecnologia que anteriormente desempenhava tal função. Neste sentido, o fortalecimento dos níveis de proteção à propriedade intelectual interessava aos países industrializados pelo fato de que, na maioria das vezes, o desenvolvimento de uma nova tecnologia por um agente econômico que não fosse titular de sua predecessora seria, em função dos altos níveis de proteção, excessivamente oneroso – ainda mais para agentes de países não industrializados. De outro lado, à medida que os agentes econômicos dos países industrializados serem os principais detentores dos bens tecnológicos, se estabeleceria o caminho para a manutenção dos mesmos no setor econômico em que estes atuassem. KORS, Jorge. La evolución del acuerdo ADPIC: hacia un multilateralismo flexible. In: \_\_\_\_\_.; REMICHE, Bernard (Org.). **Propiedad intelectual y tecnología – el acuerdo ADPIC diez años después: visiones europea y latinoamericana**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 37.

condicionante para a atuação em mercados tecnológicos – razão por que, assim, da perpetuação supramencionada.<sup>105</sup>

Com efeito, e regressando-se novamente aos conflitos entre interesses econômicos de países industrializados e não industrializados, deve-se destacar a persistência daqueles até o momento contemporâneo – inclusive, especificamente que tange à seara da propriedade intelectual de plantas. Neste sentido, nota-se que desde a metade da década de 2000, foram estabelecidas novas discussões no âmbito da UPOV, por iniciativa dos países industrializados, no sentido de que só e exclusivamente a convenção de 1991 passasse a produzir efeitos perante os membros de tal organização.<sup>106</sup>

Entretanto, esta nova iniciativa de pressão para alteração de um dos regimes internacionais de propriedade intelectual de plantas encontrou uma situação distinta daquelas da Rodada Uruguai e da convenção de 1991 da UPOV: dentre os membros da UPOV, particularmente aqueles pertencentes ao (convencionalmente chamado) grupo dos países não industrializados, passaram a existir alguns que, ademais de serem relevantes produtores agrícolas, têm obtido relativos sucessos na produção de tecnologias tuteladas por direitos de propriedade intelectual de plantas – dentre os quais se destacam Brasil e Argentina.<sup>107</sup>

Assim, em função deste aspecto, não é difícil perceber que, ao menos no que tange aos países que passaram a desenvolver tecnologia, o poder de barganha que os países industrializados poderiam exercer em meio a esta pressão diminuiu substancialmente.<sup>108</sup> Isto

---

<sup>105</sup> ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional**: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 103. A noção da geração de poder econômico a partir da propriedade intelectual será desenvolvida de forma mais aprofundada no próximo capítulo. Importa destacar, neste momento, que o atributo da exclusividade – o elemento central do fortalecimento da proteção – é (geralmente) o responsável pela geração de poder econômico, à medida que o titular pode excluir quaisquer pessoas da utilização do bem imaterial.

<sup>106</sup> DEERE, Carolyn. **The implementation game**: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 260.

<sup>107</sup> Em ambos os casos brasileiro e argentino, os maiores índices de sucesso encontram-se no setor de variedades de plantas, os quais se justificam, em grande parte, nos menores custos para seu desenvolvimento e no menor espaço de tempo para a obtenção de resultados. Isto não afasta, por outro lado, a existência de pesquisas relativas a plantas transgênicas em ambos os países – as quais, contudo, são em menor quantidade em razão de motivos opostos aos acima mencionados. BERGEL, Salvador et. al. Agrobiotecnologías: difusión de cultivos transgénicos em Argentina y Brasil. **Revista Kairos de Temas Sociales**, San Luis, v. 4, p. 129, 2004. Cumpre destacar, ainda neste contexto de produção de tecnologia aplicada a plantas no Brasil e na Argentina, o papel desempenhado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e pelo Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), respectivamente órgãos estatais brasileiro e argentino responsáveis pelo desenvolvimento de boa parte das pesquisas que possibilitaram o desenvolvimento de novas tecnologias relativas a plantas nestes países.

<sup>108</sup> Não se pode deixar de mencionar também, relativamente a este aspecto, a crise econômica ocorrida nos Estados Unidos em 2008 e a atual crise econômica pela qual passam os membros da União Europeia como fatores responsáveis pela diminuição de seus respectivos poderes de barganha.

ocorre uma vez que, deixando de ser exclusivamente receptores de tecnologia, estes países passaram a ser também criadores de tecnologia: ou seja, a estes países também passou a interessar os regimes de proteção da propriedade intelectual igualmente em função do poder econômico que esta lhes propicia.<sup>109</sup>

Especificamente no que tange ao Brasil e à Argentina, esta situação não significa que ambos os países deixaram de receber tecnologia de plantas oriunda dos países industrializados: ademais de terem se mantido, os fluxos de tecnologia neste setor até mesmo se aprofundaram. Contudo, e aqui emerge outro aspecto essencial relativo aos conflitos entre interesses econômicos, não se pode deixar de mencionar que esta tecnologia oriunda dos países industrializados constitui a base de muitas inovações relativas a plantas desenvolvidas tanto no Brasil quanto na Argentina<sup>110</sup> – v.g., uma planta transgênica desenvolvida por um agente econômico norte-americano que dá origem a variedades vegetais com maior produtividade nos climas dos países mencionados.

Desta forma, em função do fato de Brasil e Argentina serem, ao mesmo tempo, receptores e produtores de tecnologia aplicada a plantas, verifica-se a instalação de um panorama extremamente delicado para estes países neste atual conflito de interesses econômicos: quais regimes de propriedade intelectual de plantas previstos pelas convenções da UPOV se adequam melhor a ambos os países? Especificamente em termos jurídicos, este questionamento poderia ser traduzido e sintetizado da seguinte forma: até que ponto a existência ou não dos institutos do privilégio do agricultor e da exceção do criador ou do melhorador adequam-se melhor ao ambiente de propriedade intelectual de plantas no Brasil e na Argentina?

Perceba-se que a resposta a esta pergunta ainda encontra-se em aberto, uma vez que ambos Brasil e Argentina não demonstraram, até o presente momento, uma posição concreta frente a este conflito que se desenrola no âmbito da UPOV. No entanto, a tendência é de que ambos os países se mantenham contrários às pressões dos países industrializados, reafirmando a existência e efetividade da convenção de 1978 da UPOV – não sendo possível,

---

<sup>109</sup> BARBOSA, Denis Borges; LESSA, Marcus. **The new brazilian government draft law on plant varieties** (or... how a developing country may want to enhance IP protection because it may actually need it). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415406>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

<sup>110</sup> BERGEL, Salvador et. al. Agrobiotecnologías: difusión de cultivos transgénicos em Argentina y Brasil. **Revista Kairos de Temas Sociales**, San Luis, v. 4, p. 134, 2004.

até então, prever uma mudança de posicionamento destes países (cedendo às pressões) ou mesmo a realização de uma “contraproposta” aos países industrializados.<sup>111</sup>

### 3.3 Função econômica e relevância política da propriedade intelectual de plantas: evidência a partir da participação da agricultura nas estruturas econômicas do Brasil e da Argentina

A partir da exposição do tópico anterior, pode-se perceber que as disputas relativas à propriedade intelectual de plantas travadas no plano internacional, especificamente as que ocorreram e que ocorrem no âmbito da UPOV, têm por fundamento os distintos interesses econômicos manifestados pelos países membros daquela organização.

Neste sentido, e ainda tendo em vista a exposição do tópico anterior, é importante destacar que os distintos interesses econômicos manifestados no plano internacional decorrem, em grande parte, dos interesses que são manifestados no plano interno dos países.<sup>112</sup> Tal aspecto, por sua vez, decorre de um fato mencionado por diversas vezes neste trabalho: atualmente, os fluxos de comércio, sejam eles nacionais e internacionais, têm potencial para desenvolver efeitos simultaneamente nos planos internos dos países e no plano internacional.

Diante disto, pode-se dizer que as atuais posições brasileira e argentina frente às pressões dos países industrializados no âmbito da UPOV – ou, de modo mais amplo, mesmo em todas as discussões e foros internacionais ligados à propriedade intelectual de

---

<sup>111</sup> Segundo Trommter, nas atuais circunstâncias e estritamente sob o ponto de vista econômico, seria mais interessante para Brasil e Argentina a manutenção do regime disposto pela convenção de 1978 da UPOV uma vez que o mesmo permitiu, ao mesmo tempo, a difusão das inovações desenvolvidas pelos países industrializados e ao mesmo tempo a um desenvolvimento de um setor de tecnologia de plantas competitivo, graças aos fortes investimentos em P&D incentivados, direta e indiretamente, pelos governos de tais países. Relativamente à Convenção de 1991 da UPOV, o Autor diz que a adesão por Brasil e Argentina dependeria da resposta às seguintes perguntas: “(i) *¿Ha transcurrido el tiempo suficiente como para poder afirmar que el desarrollo de una propiedad intelectual en el sector de las semillas de países en desarrollo tiene efectos negativos sobre la investigación y desarrollo local y el bienestar social?*; (ii) *¿Estamos, más bien en una fase de transición en la cual la propiedad intelectual incita a las empresas del Norte a transferir sus innovaciones al Sur con un efecto positivo dentro de una segunda etapa que implique para las empresas del Sur el desarrollo de las innovaciones a nivel local?*”. TROMMETER, Michel. Los ADPIC diez años después, del multilateralismo al bilateralismo: reflexiones de un economista. In: KORS, Jorge; REMICHE, Bernard (Org.). **Propiedad intelectual y tecnología: el acuerdo ADPIC diez años después: visiones europea y latinoamericana**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 55-56.

<sup>112</sup> A título de exemplo, não se esqueça da atuação das empresas farmacêuticas, de entretenimento e de alta tecnologia norte-americanas, no sentido de que os Estados Unidos estabelecessem uma posição de fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual quando das discussões relativas à conformação do acordo TRIPS.

plantas – podem ser justificadas, em síntese, no fato de que ambos os países têm na agricultura um dos pontos centrais de seus interesses econômicos. Em suma: o nacional influencia o internacional, que por sua vez também é por este influenciado.

Neste sentido, a compreensão da posição de Brasil e Argentina frente às discussões internacionais relativas à propriedade intelectual de plantas não pode ser dissociada do fato de que, ao longo das duas últimas décadas, ambos os países se consolidaram no ambiente internacional como um dos principais *players* no setor agrícola, eis que se encontram entre os principais produtores e exportadores agrícolas no mundo.<sup>113</sup>

É importante destacar, em meio a este contexto, que dois fatos potencializam a situação brasileira e argentina no cenário internacional, inclusive para além dos debates relativos à propriedade intelectual de plantas: o primeiro se justifica à medida que a agricultura desempenha um fator estratégico na estrutura social mundial – v.g., a seguridade alimentar; o segundo reside no fato de que os produtos agrícolas vêm obtendo sucessivos destaques no setor das *commodities* internacionais, em função da crescente demanda mundial por produtos agrícolas – impulsionada particularmente pela China.<sup>114</sup>

Percebe-se, portanto, que a produção agrícola do Brasil e da Argentina confere aos mesmos um não desprezável poder econômico, por meio do qual, posteriormente, tais países irão obter o poder político responsável por suportar o exercício e a defesa de suas

---

<sup>113</sup> “En conjunto, Brasil y Argentina lideran las exportaciones mundiales de soya, representando el 51% del total. [...] Igualmente, ostentan el segundo lugar a nivel mundial en exportación de maíz. El incremento de la participación de Argentina y Brasil en los mercados internacionales agrícolas se explica por el importante incremento en la producción y la exportación de soya que ambos países experimentaron entre 1995 y 2011. En ese período, la producción de soya en Brasil creció un 198% y la de Argentina, un 287%, mientras que sus exportaciones se incrementaron en 329% en Brasil y 980% en Argentina. Adicionalmente, Argentina logró duplicar sus rendimientos agrícolas en 10 años y aumentar su producción, mientras el área sembrada disminuyó un 37%, gracias a las tecnologías de híbridos, la labranza de conservación, la siembra directa y la fertilización. [...] Brasil, por su parte, destaca también por la importancia y crecimiento de su gran mercado doméstico de productos agrícolas, aunque busca mantener su participación en el comercio internacional.” CEPAL. FAO. IICA. **Perspectivas de la agricultura y el desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y Caribe**. Santiago: FAO, 2012. p. 50.

<sup>114</sup> Ressalte-se que, devido a fatores políticos e econômicos internos, a Argentina não se mostra em condições de assumir ou exercer a potencialização de sua posição. No caso do Brasil, a situação não é a mesma: em função de uma destacada e constante desempenho econômico, bem como das crises econômicas que assolaram Estados Unidos e União Europeia, o Brasil vem assumindo relativo destaque no ambiente político e econômico internacional – fato este que é corroborado em função da escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo em 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, à medida que, como se verifica através do próprio retrospecto de tais eventos, os mesmos são tipicamente realizados em países que disponham de alta performance econômica e importância política internacional.

posições nos debates e foros internacionais <sup>115</sup> – em geral e naqueles especificamente voltados à propriedade intelectual de plantas.

Desta forma, e levando em conta o já mencionado aspecto de que uma atuação internacional de um país decorre fundamentalmente de um interesse constituído em seu plano interno, passa a ser de grande importância identificar o papel que a produção agrícola desempenha na estrutura econômica do Brasil e da Argentina. Isto, pois, a partir de tal identificação, seria possível estabelecer em quais condições a agricultura proporciona poder econômico – e também poder político em nível internacional – ao Brasil e à Argentina e, principalmente, fornecer as bases para a instituição de uma atuação no plano interno destes países afim à manifestação de poder econômico em nível internacional de tais países.

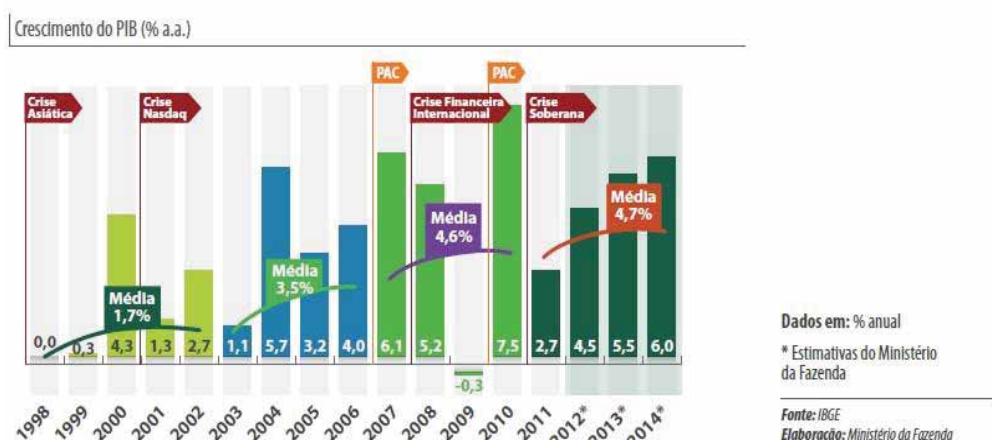
Neste sentido, para que se possa proceder a tal identificação, tomam-se como base dois indicadores elementares para a averiguação da conjuntura econômica de qualquer país: o Produto Interno Bruto (PIB) e a balança de pagamentos. A escolha destes indicadores justifica-se uma vez que, pelo primeiro, pode-se identificar qual a participação da agricultura em função do total da riqueza produzida por Brasil e Argentina, enquanto o segundo permite verificar qual a participação da agricultura nos fluxos internacionais de comércio de que são partes os mesmos países.

Assim, passa-se a apresentar abaixo as figuras 1 e 2, nas quais se verifica, respectivamente, a variação do crescimento do PIB brasileiro nos últimos treze anos e o crescimento da participação dos setores econômicos – agropecuária, indústria e serviços – no PIB brasileiro tendo por base os anos de 2010 e 2011.

---

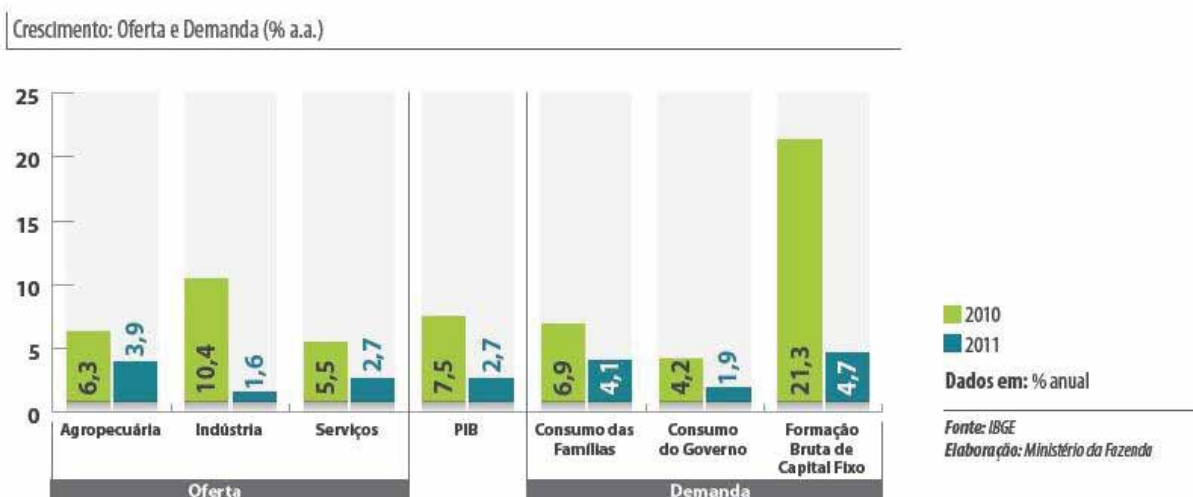
<sup>115</sup> SALVO, Mauro. **A inserção das economias emergentes e a distribuição de poder no cenário político internacional**. 2011. Tese (Doutorado em Economia do Desenvolvimento). 160 f. Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 139.

**FIGURA 1 – EVOLUÇÃO E PREVISÃO DE CRESCIMENTO DO PIB BRASILEIRO  
1998-2014**



**Fonte:** MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Economia brasileira em perspectiva*. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

**FIGURA 2 – COMPOSIÇÃO DO PIB BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA  
OFERTA E DA DEMANDA**

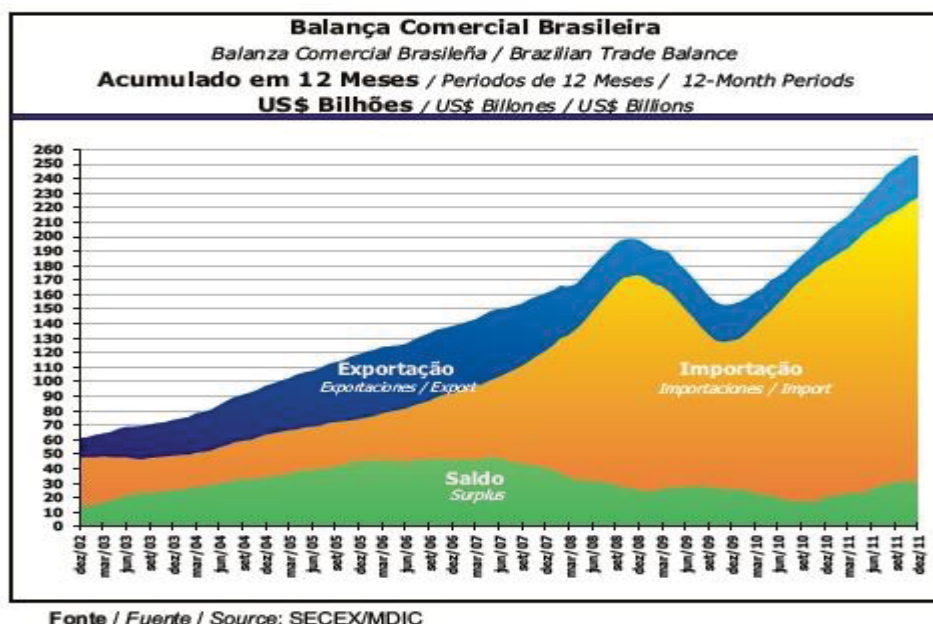


**Fonte:** MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Economia brasileira em perspectiva*. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

Da mesma forma, a partir das abaixo dispostas figuras 3, 4 e 5 verifica-se, respectivamente, o desempenho da balança de pagamentos brasileira de dezembro de 2001 a dezembro de 2011, a contribuição de cada um dos setores econômicos para o desempenho da balança de pagamentos brasileira no ano de 2011 e a discriminação dos quinze principais

produtos brasileiros exportados – que, destaque-se, compõem quase 90% da pauta de exportações brasileira – no ano de 2011.

**FIGURA 3 – COMPOSIÇÃO E SALDO DA BALANÇA COMERCIAL BRASILEIRA DE DEZEMBRO DE 2002 A DEZEMBRO DE 2011**



Fonte: MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Economia brasileira em perspectiva*. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em:  
<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

**FIGURA 4 – PARTICIPAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS POR SETOR ECONÔMICO EM 2010 E 2011**

| <b>Desempenho das Exportações</b><br><i>Desempeño de las Exportaciones / Exports Development</i><br><b>US\$ Milhões / US\$ Millones / US\$ Millions - 2011</b> |                       |               |                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|---------------|-------------------|
|                                                                                                                                                                | Valor<br><i>Value</i> | Δ%<br>2011/10 | Part %<br>% Share |
| <b>Exportação Total</b><br><i>Exportaciones Totales / Total Export</i>                                                                                         | <b>256.040</b>        | <b>26,8</b>   | <b>100,0</b>      |
| <b>Básicos</b><br><i>Productos Primarios / Basics</i>                                                                                                          | <b>122.457</b>        | <b>36,1</b>   | <b>47,8</b>       |
| <b>Manufaturados</b><br><i>Manufacturas / Manufactured</i>                                                                                                     | <b>92.291</b>         | <b>16,0</b>   | <b>36,1</b>       |
| <b>Semimanufaturados</b><br><i>Semimanufacturas / Semimanufactured</i>                                                                                         | <b>36.027</b>         | <b>27,7</b>   | <b>14,1</b>       |

Fonte / Fuente / Source: SECEX/MDIC

Fonte: MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Economia brasileira em perspectiva*. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em:  
<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

**FIGURA 5 – COMPOSIÇÃO DAS EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS POR PRODUTO  
NO ANO DE 2011**

| <b>Principais Produtos Exportados</b><br><i>Principales Productos Exportados / Main Products Exported</i><br><b>US\$ Milhões / US\$ Millones / US\$ Millions - 2011</b> |                |                |                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|----------------|-------------------|
|                                                                                                                                                                         | Valor<br>Value | Δ %<br>2011/10 | Part %<br>% Share |
| <b>1 – Minérios / Minerios / Ores</b>                                                                                                                                   | <b>44.217</b>  | <b>43,4</b>    | <b>17,3</b>       |
| <b>2 – Petróleo e combustíveis / Petroleo y combustibles / Oil and fuel</b>                                                                                             | <b>31.008</b>  | <b>35,5</b>    | <b>12,1</b>       |
| <b>3 – Material de transporte / Transport material</b>                                                                                                                  | <b>25.120</b>  | <b>15,5</b>    | <b>9,8</b>        |
| <b>4 – Complexo soja / Soja y derivados/ Soybeans &amp; prods</b>                                                                                                       | <b>24.154</b>  | <b>41,1</b>    | <b>9,4</b>        |
| <b>5 – Produtos metalúrgicos / Productos metalúrgicos / Metallurgic products</b>                                                                                        | <b>17.387</b>  | <b>34,3</b>    | <b>6,8</b>        |
| <b>6 – Açúcar e etanol / Azúcar y etanol / Sugar &amp; ethanol</b>                                                                                                      | <b>16.432</b>  | <b>19,3</b>    | <b>6,4</b>        |
| <b>7 – Químicos / Chemicals</b>                                                                                                                                         | <b>16.234</b>  | <b>20,5</b>    | <b>6,3</b>        |
| <b>8 – Carnes / Meats</b>                                                                                                                                               | <b>15.357</b>  | <b>15,5</b>    | <b>6,0</b>        |
| <b>9 – Máqs e equipamentos / Máqs. y aparatos / Machines &amp; equipments</b>                                                                                           | <b>10.457</b>  | <b>27,7</b>    | <b>4,1</b>        |
| <b>10 – Café / Coffee</b>                                                                                                                                               | <b>8.700</b>   | <b>51,6</b>    | <b>3,4</b>        |
| <b>11 – Papel e celulose / Papel y celulosa / Paper &amp; pulp</b>                                                                                                      | <b>7.189</b>   | <b>6,2</b>     | <b>2,8</b>        |
| <b>12 – Equipamentos elétricos / Aparatos eléctricos / Electrical equipment</b>                                                                                         | <b>4.811</b>   | <b>-0,1</b>    | <b>1,9</b>        |
| <b>13 – Calçados e couro / Calzados y cuero / Footwear &amp; leather</b>                                                                                                | <b>3.659</b>   | <b>4,1</b>     | <b>1,4</b>        |
| <b>14 – Têxteis / Textiles</b>                                                                                                                                          | <b>3.012</b>   | <b>33,0</b>    | <b>1,2</b>        |
| <b>15 – Metais e Pedras Preciosas / Metales preciosos y piedras / Precious metals and Stones</b>                                                                        | <b>2.961</b>   | <b>30,4</b>    | <b>1,2</b>        |

Fonte / Fuente / Source: SECEX/MDIC

**Fonte:** MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Economia brasileira em perspectiva*. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em:  
<<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

A partir da análise dos dados contidos nas figuras acima dispostas, constata-se que, de acordo com a figura 1, o Brasil vem passando por um período de sólido crescimento econômico, apurado na maioria dos treze anos mencionados na figura 1. Já de acordo com a figura 2, no ano de 2010 são os setores da indústria e de serviços os grandes responsáveis por assegurar o crescimento do PIB brasileiro, ao passo que, no ano de 2011, constitui a agropecuária o “carro-chefe” do PIB brasileiro. Ainda de acordo com a figura 2, percebe-se que a agropecuária foi o setor econômico cujo crescimento apresentou maior consistência levando-se em conta o período de 2010 e 2011, ao passo que os setores da indústria e de serviços cresceram em 2011 menos que a metade do apurado em 2010.

Por outro lado, quando se analisa as figuras 3 e 4, a constatação à qual se chega é a de que a manutenção do saldo positivo da balança de pagamentos brasileira somente tem sido possível graças à exportação de produtos oriundos do setor básico ou primário, os quais, conforme a figura 4, correspondem a quase metade de todas as exportações brasileiras ocorridas no ano de 2011. A dependência da balança comercial brasileira do setor agropecuário se torna nítida em função da figura 5, uma vez que mais que um terço dos quinze itens mais exportados pelo Brasil corresponde a itens que estão diretamente relacionados ao setor agropecuário – os itens 4, 6, 8, 10, 11 e 14. Por fim, destes itens,

somente o número 8 (carnes) não constituem produtos originados, direta ou indiretamente, da produção agrícola.

Assim, percebe-se que a produção agrícola foi um dos poucos componentes do PIB brasileiro que manteve, levando em conta os anos de 2010 e de 2011, sua taxa de crescimento estável – eis que teve um pequeno nível de variação, ainda mais se comparada com os setores de serviços e da indústria. Em função das figuras acima mencionadas, também é possível efetuar a derivação do setor agropecuário como principal responsável pelo índice positivo da balança de pagamentos brasileira: se a agropecuária é a base de sustentação de tal índice, percebe-se, em função da figura 5, que a agricultura constitui o pilar central sobre o qual esta base se apoia.

No que tange à estrutura econômica argentina, passa-se a apresentar as figuras 6 e 7, as quais dispõem, respectivamente, a variação percentual do PIB argentino nos anos de 2009 a 2011 e a contribuição dos principais setores econômicos na conformação do PIB argentino nos anos de 1996 a 2011.

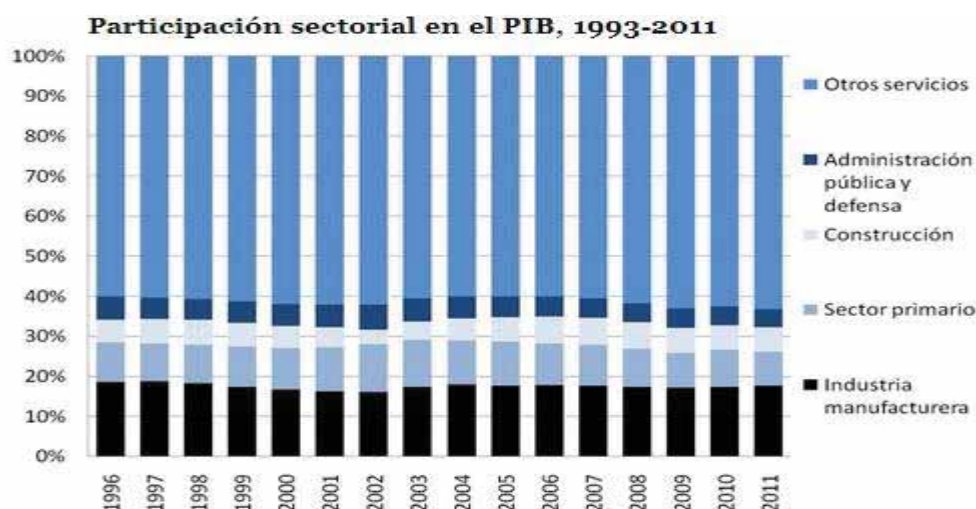
**FIGURA 6 – PRINCIPAIS INDICADORES ECONÔMICOS DA ARGENTINA NO PERÍODO DE 2009 A 2011 (ÊNFASE NO PIB)**

| <b>ARGENTINA: PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>         |         |        |                   |
|--------------------------------------------------------------|---------|--------|-------------------|
|                                                              | 2009    | 2010   | 2011 <sup>a</sup> |
| <b>Tasas de variación anual</b>                              |         |        |                   |
| Producto interno bruto                                       | 0,9     | 9,2    | 9,0               |
| Producto interno bruto por habitante                         | -0,2    | 8,1    | 8,0               |
| Precios al consumidor                                        | 7,7     | 10,9   | 9,5 <sup>b</sup>  |
| Salario medio real <sup>c</sup>                              | 11,7    | 12,9   | 20,0 <sup>d</sup> |
| Dinero (M1)                                                  | 15,9    | 32,7   | 51,8 <sup>b</sup> |
| Tipo de cambio real efectivo <sup>e</sup>                    | 2,4     | -1,4   | 2,8 <sup>f</sup>  |
| Relación de precios del intercambio                          | -4,6    | -0,4   | 6,8               |
| <b>Porcentaje promedio anual</b>                             |         |        |                   |
| Tasa de desempleo urbano                                     | 8,7     | 7,7    | 7,2 <sup>g</sup>  |
| Resultado global de la administración pública nacional / PIB | -0,8    | -0,1   | -0,7              |
| Tasa de interés pasiva nominal <sup>h</sup>                  | 11,8    | 9,4    | 10,0 <sup>i</sup> |
| Tasa de interés activa nominal <sup>i</sup>                  | 21,3    | 15,1   | 15,8 <sup>i</sup> |
| <b>Millones de dólares</b>                                   |         |        |                   |
| Exportaciones de bienes y servicios                          | 66 710  | 81 246 | 99 360            |
| Importaciones de bienes y servicios                          | 49 375  | 67 942 | 86 644            |
| Balanza de cuenta corriente                                  | 11 085  | 3 016  | 1 103             |
| Balanzas de capital y financiera <sup>k</sup>                | -11 462 | 1 142  | -7 248            |
| Balanza global                                               | -377    | 4 157  | -6 145            |

**Fuente:** Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales.

**Fonte:** CEPAL. **Balance preliminar de las economías de América Latina y Caribe:** 2011. Buenos Aires. 2011. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/48594/P48594.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

**FIGURA 7 – COMPOSIÇÃO DO PIB ARGENTINO POR SETOR ECONÔMICO NO PERÍODO DE 1996 A 2011**



Fuente: CIPPEC sobre la base de INDEC (2012)

Fonte: CEPAL. **Balance preliminar de las economías de América Latina y Caribe: 2011**. Buenos Aires, 2011. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/48594/P48594.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

Em continuação, a partir das abaixo dispostas figuras 8 e 9 é possível verificar, respectivamente, o desempenho da balança de pagamentos (saldo comercial) argentina entre os anos de 2007 e 2011 e os principais produtos exportados pela Argentina nos anos de 2010 e 2011.

**FIGURA 8 – DESEMPENHO DA BALANÇA COMERCIAL ARGENTINA NO PERÍODO DE 2007 A 2011**

**ARGENTINA: COMÉRCIO EXTERIOR**  
US\$ bilhões

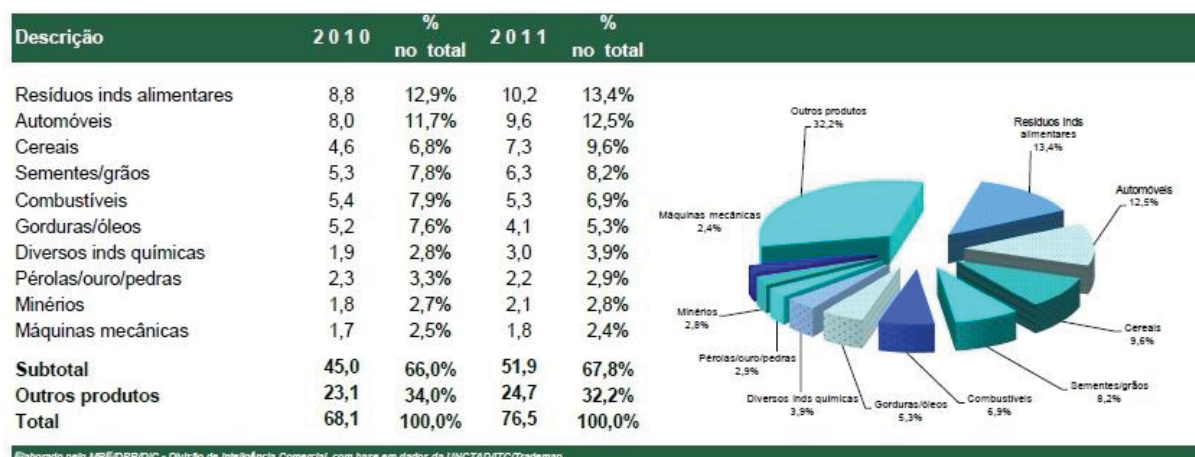
| DESCRIÇÃO             | 2007  | 2008  | 2009 | 2010  | 2011  |
|-----------------------|-------|-------|------|-------|-------|
| Exportações (fob)     | 56,0  | 70,0  | 55,7 | 68,2  | 83,9  |
| Importações (cif)     | 44,7  | 57,4  | 38,8 | 56,8  | 73,9  |
| Saldo comercial       | 11,3  | 12,6  | 16,9 | 11,4  | 10,0  |
| Intercâmbio comercial | 100,7 | 127,4 | 94,4 | 125,0 | 157,9 |

Elaborado pelo MRE/DPR/DIC - Divisão de Inteligência Comercial, com base em dados do FMI, Direction of Trade Statistics, October 2012.

Fonte: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Dados básicos e principais indicadores econômico-comerciais: Argentina**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/IndicadoresEconomicos/INDArgentina.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

**FIGURA 9 – COMPOSIÇÃO DAS EXPORTAÇÕES ARGENTINAS POR PRODUTO  
NO PERÍODO DE 2010 A 2011**

ARGENTINA: COMPOSIÇÃO DAS EXPORTAÇÕES  
US\$ bilhões



**Fonte:** MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Dados básicos e principais indicadores econômico-comerciais:** Argentina. Brasília, DF. 2012. Disponível em:  
<<http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/IndicadoresEconomicos/INDArgentina.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Desta forma, a partir das figuras 6 e 7, percebe-se que a economia argentina experimentou, entre os anos de 2010 e 2011, uma expressiva taxa de crescimento do PIB, sendo possível perceber, tal como no Brasil, uma participação constante, aproximadamente na faixa de 10%, do setor primário – composto pela agropecuária e pelas atividades extrativistas – na conformação do PIB argentino no período apurado.<sup>116</sup>

Tendo por base as figuras 8 e 9, é possível constatar que, para os anos de 2010 e 2011, a Argentina igualmente experimentou um índice positivo em sua balança de pagamentos, não se podendo deixar de destacar tal índice positivo se deve à exportação de produtos oriundos do setor primário – eis que os mesmos compõem majoritariamente pauta argentina de exportações. Especificamente em função da figura 9, verifica-se a importância da produção agrícola para a pauta argentina de exportação – em função dos seguintes itens: resíduos das indústrias alimentares, cereais, sementes/grãos e gorduras/óleos –, a qual foi responsável por 35,1% das exportações argentinas em 2010 e por 36,5% em 2011.

<sup>116</sup> Cumpre destacar que as taxas de crescimento da economia argentina apresentadas no período de 2010 e 2011 representam uma recuperação da capacidade produtiva daquele país, afetado por uma profunda crise econômica desde o início dos anos 2000: este crescimento constitui muito mais uma recuperação dos níveis da atividade produtiva argentina verificados anteriormente à crise, não um crescimento efetivo, em termos de expansão da capacidade produtiva.

Analisando as informações contidas nas figuras de 6 a 9, é possível constatar que a agricultura desempenha uma função na estrutura econômica argentina similar à desempenhada na estrutura brasileira – especialmente levando-se em conta os anos de 2010 e 2011: a participação da agricultura no PIB argentino – derivada da participação do setor primário – manteve-se relativamente estável, apresentando taxas de crescimento próximas a 10%; da mesma forma, a agricultura constitui uma das principais atividades econômicas responsáveis pela manutenção do índice positivo da balança de pagamentos argentinas, correspondendo a aproximadamente 35% do total de exportações da Argentina.

É possível afirmar, a partir do exposto, que as estruturas econômicas brasileira e argentina assemelham-se sobremaneira, especialmente à medida que a agricultura desempenha uma não desprezável função na conformação do PIB de tais países, assim como representa o principal elemento responsável pelo índice positivo de suas balanças de pagamentos.

Sob outra perspectiva, pode-se dizer que a agricultura desempenha uma função estratégica para as economias brasileira e argentina. É em razão deste aspecto, assim, que emerge o papel ou a importância política da agricultura para Brasil e Argentina, em ambas as perspectiva interna e internacional: sob o ponto de vista interno – e pelas mesmas razões econômicas já mencionadas – a agricultura passa a constituir um importante foco para o qual os Estados brasileiro e argentino direcionam e instituem suas atuações e políticas; já sob o ponto de vista internacional, esta importância se verifica na manutenção do índice positivo das balanças de pagamento do Brasil e da Argentina, assim como no credenciamento destes países como lideranças em foros e discussões internacionais que tratem de temas agrícolas.

Com efeito, ressalte-se que a perspectiva interna e internacional da face política da agricultura não são aspectos estanques, existindo uma relação de complementaridade entre os mesmos: da mesma forma que a alta produtividade agrícola (perspectiva nacional) condiciona ao Brasil e à Argentina uma destacada atuação no plano internacional, a atuação internacional de ambos os países relativa a temas agrícolas pode incrementar ou aprimorar a produção agrícola desenvolvida no plano nacional.

É sob este contexto, assim, que se estabelecem as bases para a emergência de uma relevância política da propriedade intelectual de plantas, diretamente decorrente da função econômica e da relevância política que agricultura assume perante o Brasil e Argentina.

Neste sentido, é importante destacar que, ainda que os dados expostos neste subtópico não permitam identificar, de maneira direta, o emprego da propriedade intelectual de plantas na produção agrícola brasileira e argentina <sup>117</sup>, não é possível afastar este instituto da realidade evidenciada em tais dados: relembre-se, uma vez mais, a importância da tecnologia no desenvolvimento das atividades produtivas – por meio da tecnologia é possível produzir mais, em menos tempo, com o menor emprego de insumos e com maior qualidade.

Deve-se ter em mente que a produtividade e, principalmente, a competitividade da agricultura brasileira e argentina se devem, dentre outros fatores – v.g. o fato de que ambos os territórios brasileiro e argentino são beneficiados por vantagens comparativas naturais –, à implementação da tecnologia, em sentido amplo, na cadeia da produção agrícola: a mecanização do plantio e da colheita, o crescimento do índice de utilização de fertilizantes e defensivos agrícolas, a adoção de novas técnicas de cultivo, manejo e gerenciamento da produção, constituem exemplos de como o emprego de tecnologia na produção agrícola pode aprimorar os resultados deste setor econômico. <sup>118</sup>

Com efeito, se o emprego da tecnologia em sentido amplo na produção agrícola constitui um fator que, por si só, confere eficiência àquele setor econômico, não é difícil concluir que o emprego da propriedade intelectual de plantas – uma tecnologia estrita e exclusivamente aplicável a tal setor econômico – possui o potencial de incrementar, ainda mais, a produtividade e a competitividade da agricultura.

É exatamente neste ponto, por fim, que se deriva a relevância política da produção agrícola na relevância política da propriedade intelectual de plantas: à medida que o exercício dos direitos de propriedade intelectual guarda afinidade com a produção agrícola, a

<sup>117</sup> Acerca deste aspecto, é necessário efetuar duas ressalvas relacionadas ao presente trabalho. A primeira, reside no fato de que, até o momento da redação deste trabalho, não se logrou encontrar quaisquer dados que demonstrassem o emprego de tecnologias tuteladas por direitos de propriedade intelectual de plantas na produção agrícola do Brasil e da Argentina: em específico, não se logrou encontrar quaisquer dados que disponham qual porcentagem da safra agrícola brasileira e argentina foi produzida mediante o emprego da propriedade intelectual de plantas – v.g. “x” por cento da safra brasileira de soja foi produzida por uma variedade “y” de soja ou por uma planta transgênica de soja “z”. Já a segunda ressalva dá-se numa perspectiva inversa à anterior: igualmente não se logrou encontrar quaisquer estudos ou dados relativos ao mercado em que plantas protegidas por direitos de propriedade intelectual – quantos agentes econômicos atuam no mercado de plantas transgênicas e quantos atuam no mercado de variedades de plantas, qual a posição destes agentes em tal mercado, quantas plantas (sementes) tuteladas por propriedade intelectual são vendidas em tais mercados, etc. Em suma: a despeito da função econômica desempenhada pela propriedade intelectual de plantas, não se logrou encontrar qual a sua efetiva participação na totalidade da produção agrícola – e por consequência, na estrutura econômica – do Brasil e da Argentina.

<sup>118</sup> Pode-se dizer, assim, que a tecnologia constitui o fator diferenciador do sucesso do agronegócio brasileiro e argentino. CORREA, Angela Maria Cassavia Jorge; FIGUEIREDO, Nelly Maria Sansígolo de. **Tecnologia na agricultura brasileira**: indicadores de modernização no início dos anos 2000. Brasília, DF: IPEA, 2006. (Texto para discussão n. 1163), p. 7; CEPAL. FAO. IICA. **Perspectivas de la agricultura y el desarrollo rural en las Américas** – una mirada hacia América Latina y Caribe. Santiago: FAO, 2012. p. 71.

qual, por sua vez, desempenha uma importante função econômica e política para o Brasil e Argentina – nos planos nacional e internacional –, emerge a necessidade de os Estados brasileiro e argentino atuarem, sob a forma de políticas, para além dos aspectos atinentes à concessão e à proteção dos direitos de propriedade intelectual de plantas, em consonância com a função econômica e a relevância política que a agricultura desempenha para os mesmos, nos planos nacional e internacional.

## CAPÍTULO 4 A INCIDÊNCIA DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PLANTAS: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS, CASUÍSTICA ARGENTINA E APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*It's not clear that we really need patents in most industries. You just have this proliferation of patents. It's a problem.*<sup>1</sup>

Richard A. Posner

A afirmação da função econômica e da relevância política inerente à propriedade intelectual de plantas no Brasil e na Argentina constitui, como visto, um dos principais fundamentos para que estes países estabeleçam atuações ou políticas cujo objeto seja além da tutela comumente dispensada à propriedade intelectual de plantas – relativa aos requisitos para a obtenção e aos limites para o exercício de tal bem imaterial.

Neste sentido, ressalte-se, uma vez mais, que a despeito do fato de se tratarem de países não industrializados – que, *lato sensu*, não produzem tecnologia –, Brasil e Argentina têm se destacado por serem não só receptores, mas também produtores de tecnologia aplicada a plantas – quebrando, de certa forma, o paradigma amplo de não produtores de tecnologia.

Sob a perspectiva nacional, a necessidade de se estabelecer tais políticas é evidenciada em função do já mencionado fato de que a tecnologia constitui o principal fator de produção no atual sistema econômico: em apurada síntese, é a partir da tecnologia que a produção ganha eficiência e que seu resultado obtém competitividade. Por outro lado, a tecnologia também constitui o elemento pelo qual seu titular (geralmente) obtém poder econômico, por meio do qual estabelece – normalmente sob os termos de sua preferência – relações comerciais com outros agentes econômicos.

---

<sup>1</sup> POSNER, Richard A. **Judge who shelved Apple trial says patent system is out of sync**. Entrevistador: Dan Levine. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/07/05/us-apple-google-judge-idUSBRE8640IQ20120705>>. Acesso em: 6 jul. 2012. A importância desta declaração se dá tanto por seu conteúdo quanto por sua autoria: proferida por Richard A. Posner, um dos principais teóricos da Escola de Chicago e “paladino” do sistema de patentes enquanto instrumento de eficiência e desenvolvimento econômico, esta declaração – ainda que proferida em contexto diverso da propriedade intelectual de plantas – evidencia que mesmo perante os teóricos “pró-propriedade intelectual” já se identifica a necessidade de se repensar o atual sistema de propriedade intelectual.

Já sob a perspectiva internacional, esta necessidade decorre do fato de que, à medida que nenhum país do mundo pode originar e aplicar uma parte predominante da tecnologia disponível no sistema econômico internacional sozinho, a adoção de instrumentos que ao mesmo tempo incentivem a circulação de tecnologia e impeçam seu uso abusivo – o qual pode repercutir em ambos o plano nacional e internacional –, ademais de necessária, pode repercutir na possibilidade ou não de um país competir na economia mundial e de se inserir com as mesmas chances e em coerência com a evolução das relações internacionais.<sup>2</sup>

Neste sentido, ainda que não se possa afirmar que o sistema multilateral de comércio constitui o agente principal neste processo de contínua aproximação entre a perspectiva internacional e a nacional dos direitos de propriedade intelectual, não é possível afastar a sua importância em tal contexto: desde os fluxos internacionais de comércio, em grande parte estabelecidos ao redor da tecnologia, até a disposição de regras específicas acerca da propriedade intelectual, nota-se a presença e a atuação do sistema multilateral de comércio.<sup>3</sup>

Assim, reafirma-se o já mencionado fato de que não se pode dissociar a perspectiva nacional da perspectiva internacional: o fluxo internacional de tecnologias auxilia a produtividade nacional, a qual funda os interesses econômicos a serem expostos nas discussões e foros internacionais relativos à tecnologia. Paralelamente a tal fato, percebe-se que constitui o mercado o lócus em que a tecnologia naturalmente ocupa, ou tende a ocupar, uma vez que é em torno da tecnologia que se manifestam e se estabelecem a oferta e a demanda por produtos.

Com efeito, ainda que não se possa dissociar a perspectiva nacional da perspectiva internacional da propriedade intelectual de plantas, no sentido de que uma ação em qualquer destes planos pode repercutir em ambos, os elementos acima expostos evidenciam a possibilidade de atuação do Estado, tal como anteriormente mencionado, em duas frentes.

---

<sup>2</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho económico**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2010. p. 10.

<sup>3</sup> HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 277. Não se pode deixar de relembrar, neste sentido, que a OMC constitui um fórum que visa a agrupar e aproximar ou harmonizar as diversas políticas de comércio internacional de seus membros. É neste contexto que entra em cena a propriedade intelectual, eis que os produtos transacionados no comércio internacional correspondem à síntese da utilização de tecnologia: é a partir do incremento da utilização da tecnologia que surge a necessidade de a mesma ser tratada também no nível internacional.

Particularmente no que tange ao Brasil e à Argentina, estas frentes podem ser assim dispostas: de um lado, o *front* internacional, em que o Estado atua nos foros e discussões internacionais, visando à conformação de regras de propriedade intelectual de plantas que se mostrem adequadas às condições de seus mercados e sociedades; de outro lado, no *front* nacional, em que o Estado atua não só na tutela comumente dispensada à propriedade intelectual de plantas, mas também em momentos prévios e posteriores à sua concessão.<sup>4</sup>

Entendem-se como atuações em momentos prévios à concessão da propriedade intelectual aquelas em que o Estado auxilia ou colabora nas atividades de pesquisa das quais se origina o bem imaterial.<sup>5</sup> Já como atuações em momentos posteriores à concessão da propriedade intelectual se entendem aquelas em que o Estado verifica o modo como o bem imaterial é utilizado e quais os reflexos de tal utilização perante o mercado e a sociedade.<sup>6</sup>

Apesar de brevemente expostas, as descrições das possibilidades de atuação dos Estados brasileiro e argentino no cenário de propriedade intelectual permitem identificar o caráter, o viés predominante em cada uma destas possíveis atuações. No caso do *front* internacional, percebe-se que a atuação do Estado adquire um tom nitidamente político (*politics*) e diplomático,<sup>7</sup> característico das relações internacionais.

Entretanto, no que tange ao *front* nacional, as atuações do Estado adquirem múltiplos vieses: agrupadas sob o gênero de políticas (*policies*), estas atuações ora podem se prestar a fins estritos – v.g., econômicos, como exposto nas atuações prévias à concessão da propriedade intelectual –, ora podem se prestar a fins “mistos”, compostos por variados vieses – v.g., econômicos e sociais, como mencionado nas atuações posteriores à concessão da propriedade intelectual.

<sup>4</sup> Em específico, a atuação em momentos prévios e posteriores à concessão da propriedade intelectual de plantas no *front* nacional tem como uma de suas principais premissas o já mencionado fato de que a propriedade intelectual, em sentido amplo, constitui um instrumento pelo qual o Estado aplica sua política industrial – e, portanto, sua política econômica. BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 544.

<sup>5</sup> Exemplo por excelência de uma atuação estatal prévia é dado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) e pelo *Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria* (INTA), respectivamente órgãos estatais brasileiro e argentino responsáveis por auxiliar e desenvolver boa parte pesquisas das quais se originam novas tecnologias aplicadas a plantas nestes países.

<sup>6</sup> A partir desta atuação estatal posterior, é possível efetuar o regresso ao tema das externalidades: de modo extremamente simples, caso a utilização de um bem imaterial gere efeitos sobre uma sociedade que não sejam por esta desejáveis – portanto, caso o exercício de direitos de propriedade intelectual de plantas gere externalidades negativas –, surge a necessidade de o Estado agir de forma a cessar tais efeitos indesejáveis e sanar os prejuízos eventualmente causados pelos mesmos.

<sup>7</sup> Especificamente no contexto do sistema multilateral de comércio, este caráter político e diplomático assume grande relevância, eis que em tal sistema as principais decisões devem ser tomadas por meio do consenso entre os membros. HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 58.

É sob a perspectiva da atuação posterior, contudo, que ora se pretende aprofundar. A opção por este “sub-front” reside no fato de que, especificamente no que tange à propriedade intelectual de plantas, verificam-se escassas atuações estatais posteriores à concessão deste bem imaterial na realidade brasileira – ao passo que na realidade argentina existem atuações significativamente mais consistentes. Assim, passa-se a verificar quais atuações os Estados brasileiro e argentino podem estabelecer a fim de que a utilização da propriedade intelectual de plantas esteja de acordo com os seus respectivos interesses sociais.

Neste sentido, deve-se recordar que em razão da impossibilidade de se dissociar o plano nacional do plano internacional, estas atuações estatais deverão, ademais de atender os interesses sociais brasileiros e argentinos, também estar de acordo com as normas internacionais, particularmente as normas que regem o sistema multilateral de comércio.<sup>8</sup> Isto, pois, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, a coerência ou conformidade das atuações nacionais com o sistema multilateral de comércio é um condicionante para o funcionamento eficiente de tal sistema – e, em última análise, dos ganhos que tal sistema pode proporcionar a seus membros.<sup>9</sup>

Com efeito, e retomando o fato de que a utilização da propriedade intelectual de plantas pode gerar externalidades negativas, verifica-se a sedimentação da necessidade de

---

<sup>8</sup> Ressalte-se: embora se trate de uma atuação no plano nacional, em que, ao menos em teoria, o Estado dispõe de amplo âmbito de atuação, tal atuação deve estar em conformidade com as normas internacionais uma vez que, ambos Brasil e Argentina são interessados diretos na seara da propriedade intelectual de plantas – seja enquanto receptores e produtores desta tecnologia, seja enquanto importantes produtores agrícolas no mundo. A depender do modo de sua instrumentação, a atuação estatal brasileira e argentina na seara da tecnologia de plantas pode desencadear severos ônus para ambos os países – de natureza econômica e política, nos planos nacional e internacional.

<sup>9</sup> De acordo com Conrad, “*This debate [da integração entre as políticas nacionais e o sistema multilateral de comércio] can be seen as part of a process from the legacy of fragmentation towards greater coherence in international law: the WTO cannot deal with international trade while officially ignoring its manifold social and national implications.*” A Autora complementa, ainda, dizendo que esta coerência entre o plano nacional e o plano internacional constitui mesmo uma forma de institucionalização do sistema multilateral de comércio, assim como uma evidência de sua legitimidade: “[...] *claims advanced for linkage will enable us to see that these are not all-or-nothing claims but, rather, steps in the evolution of a complex multilateral regulatory framework across a variety of issue areas. Linkage so pursued should not obstruct agreement; on the contrary, it should further enhance the coherence of that multilateral world and the legitimacy of its institutions.*” CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 428.

uma atuação estatal posterior à concessão do bem imaterial.<sup>10</sup> Mais: ainda em razão da geração de externalidades negativas, estabelecem-se os pressupostos básicos para que esta atuação estatal esteja em conformidade com as normas do sistema multilateral de comércio.<sup>11</sup>

Neste sentido, é relevante destacar que a geração de externalidades negativas a partir da propriedade intelectual de plantas encontra um de seus principais fundamentos no fato de que a propriedade intelectual de plantas tem o potencial de conferir poder econômico a seus titulares.<sup>12</sup> Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar o fato de que a tecnologia é um instrumento que está propenso a ser localizado e utilizado predominantemente nos mercados.

A partir destes dois aspectos, fica evidenciado que uma das possíveis atuações estatais posteriores à concessão da propriedade intelectual de plantas deverá ser implementada por meio de mecanismos econômicos: à medida que as particularidades da propriedade intelectual – condicionante de poder econômico e instrumento de produção – relacionam-se diretamente com as relações estabelecidas junto aos mercados, não há como o Estado não se valer de mecanismos econômicos a fim de sujeitar a utilização da propriedade intelectual.<sup>13</sup>

Neste sentido, e levando-se em conta a situação ora exposta, verifica-se que o Estado dispõe, essencialmente, de dois instrumentos para atuar posteriormente à concessão da

---

<sup>10</sup> Massot esclarece que a geração de externalidades negativas a partir da propriedade intelectual de plantas decorre, em essência, do fato de que os mercados de plantas transgênicas e de variedades de plantas caracteriza-se pela existência (ou facilidade de instalação de) economias de escala: a partir do desenvolvimento da tecnologia, sua reprodução e transmissão é facilmente implementada. Este fator, aliado à exclusividade outorgada ao inventor, constitui um dos principais incentivos a práticas anticompetitivas – e, portanto, que geram um custo social adicional. MASSOT, Juan Miguel. Análisis económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 70.

<sup>11</sup> Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, é possível, sob a perspectiva do sistema multilateral de comércio, que as atuações estatais interfiram nos fluxos de comércio desde que estas sejam justificadas ou estabelecidas em função da correção de externalidades negativas geradas nos territórios e sociedade de um dado Estado.

<sup>12</sup> A obtenção de poderio econômico a partir da propriedade intelectual somente se efetiva se, no mercado em que o bem imaterial é utilizado, inexistir qualquer outro meio disponível para realizar a mesma função desempenhada por tal bem imaterial, com o mesmo grau de eficiência e qualidade. HOVENKAMP, Herbert J. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 242.

<sup>13</sup> Retomando o que já foi mencionado no segundo capítulo deste trabalho: a utilização de mecanismos econômicos nas atuações estatais não se presta exclusivamente ao alcance de objetivos econômicos, mas também pode ser utilizada para fins outros. Tal raciocínio pode, *mutatis mutandis*, ser aplicado no contexto ora exposto: a correção das externalidades negativas eventualmente geradas em função da propriedade intelectual de plantas pode não só ser utilizada não só para o aprimoramento dos mercados internos, mas também como uma forma de incrementar uma situação política e econômica em nível internacional. Novamente, percebe-se a impossibilidade de se dissociar a perspectiva nacional da perspectiva internacional da propriedade intelectual. MITSCHKE, Andreas. **The influence of national competition policy on the international competitiveness of nations**: a contribution to the debate on international competition rules. Heidelberg: Physica-Verlag, 2008. p. 135.

propriedade intelectual de plantas: a regulação econômica e a política de concorrência. Contudo, nota-se desde logo a falta de aplicabilidade do primeiro instrumento ao caso: inexistem, em ambos os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, quaisquer normas de regulação econômica destinadas ou relacionadas à utilização de direitos de propriedade intelectual de vegetais – e, portanto, do poder econômico destes decorrentes.<sup>14</sup>

É em função destes aspectos, assim, que emerge a política de concorrência como um poderoso, senão o único, instrumento para a correção das externalidades negativas geradas em função da propriedade intelectual de plantas: em *ultima ratio*, a política de concorrência constitui o instrumento de atuação estatal pelo qual se pode condicionar a utilização da propriedade intelectual – e, portanto, de seus atributos – em conformidade com os interesses sociais brasileiros e argentinos – e, por via reversa, com os interesses políticos e econômicos nos planos nacional e internacional.

#### **4.1 Pressupostos para a aplicação da política de concorrência sobre os direitos de propriedade intelectual**

Antes que se verifique de que forma, no Brasil e na Argentina, pode a política de concorrência atuar sobre a propriedade intelectual de plantas, entende-se necessário estabelecer um suporte para que se possa minimamente identificar os possíveis fundamentos da interface entre a política de concorrência e a propriedade intelectual. Isto, pois, será a partir de tal identificação que se extrairão as bases e as condições para a atuação da política de concorrência sobre os direitos de propriedade intelectual – sobretudo da propriedade intelectual de plantas.

Com efeito, embora não exista uma “teoria geral da interface entre política de concorrência e propriedade intelectual” – no sentido de inexistir, seja nos direitos brasileiro e argentino, seja no direito estrangeiro e internacional, um critério geral e uniforme acerca da

---

<sup>14</sup> A regulação existente na seara da propriedade intelectual de plantas, e extremamente farta, não possui qualquer fundamento econômico e é quase que totalmente prévia à própria concessão do bem imaterial: ela se destina a verificar aspectos relacionados à segurança, à saúde e ao meio ambiente, essencialmente. Sob a perspectiva econômica, por mais que a agricultura e os direitos de propriedade intelectual de plantas tenham grande relevância para Brasil e Argentina, a mesma não constitui uma utilidade pública, mote primordial para a instituição de uma atividade de regulação em tais países. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual <sup>15</sup> –, deve-se tomar como ponto de partida para a aplicação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual a exclusividade conferida ao seu titular: isto se deve ao fato de que será por meio da exclusividade que o agente econômico impede que terceiros produzam, utilizem ou coloquem à disposição no mercado produtos que incorporem a tecnologia ou utilidade contida no bem imaterial outorgado.

Neste sentido, recorde-se de que a condição essencial para a obtenção de poder econômico em função de direitos de propriedade intelectual é satisfeita a partir da inexistência de quaisquer (produtos ou técnicas) substitutos para a função desempenhada pelo bem imaterial. <sup>16</sup> Ressalte-se que ainda que haja a conferência de poder econômico ao titular da propriedade intelectual, este será limitado temporalmente, haja vista que, expirado o prazo de vigência da propriedade intelectual, o bem imaterial contido nesta cai em domínio público.

Assim, *conditio sine qua non* para a obtenção de poder econômico em função da propriedade intelectual, a exclusividade constitui, em essência, um dos elementos de convergência entre o equilíbrio de interesses sociais e particulares, representado pelos propósitos de encorajar a inovação, recompensar o inventor ou criador e garantir a difusão da utilidade contida na inovação pela sociedade. <sup>17</sup>

Com efeito, não se pode deixar de ressaltar que igualmente a política de concorrência constitui um instrumento pelo qual se estimula a inovação: em essência, tal estímulo é evidenciado à medida que, sob a perspectiva da concorrência, a inovação

---

<sup>15</sup> Cabanellas expõe e reafirma esta posição dizendo que “*Tanto a nivel judicial como administrativo, la tendencia predominante consiste en la enunciación de sucesivas normas aisladas, que determinan la validez de cierto tipo de actos o cláusulas, sin que exista un criterio general que permita resolver los casos no reglados o aplicar con bases suficientes las reglas enunciados respecto de casos ya resueltos. Ello es particularmente prejudicial pues, antes las fuertes disidencias en la doctrina respecto de cuáles deben ser los criterios generales para resolver los conflictos entre Derecho de la competencia y Derecho de la propiedad industrial, las partes interesadas en subscribir contratos de licencia y transferencia de tecnología se encuentran con un marco jurídico de gran incertidumbre.*” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho económico**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2010. p. 165.

<sup>16</sup> BESEN, Stanley M.; RASKIND, Leo J. An introduction to the law and economics of intellectual property. **The Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, v. 5, n. 1, p. 8, 1991. Em última análise, pode-se dizer que a conferência de poder econômico a partir da outorga da propriedade intelectual decorre do valor que os mercados dão às inovações e utilidades contidas no bem imaterial.

<sup>17</sup> “Ao mesmo tempo em que prossegue o objetivo de incentivar a investigação e o desenvolvimento de inovações, a propriedade intelectual procura salvaguardar o acesso público às inovações e aumentar o patrimônio de conhecimento disponível à sociedade. Por esse motivo são impostos limites temporais à duração dos direitos exclusivos em que se traduzem, do ponto de vista econômico, os direitos de propriedade intelectual.” SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 60. Noutros termos, pode-se mesmo entender que a possibilidade de o titular de uma inovação obter poder econômico consiste numa forma de o mesmo ser recompensado pelos benefícios que a sociedade obtém a partir do emprego da utilidade contida na inovação.

corresponde a uma das formas legítimas pelas quais o agente econômico adquire e exerce poder econômico – mediante a inovação, a produção do agente econômico se incrementa em termos quantitativos e qualitativos, por meio dos quais o mesmo se destaca dos demais e é alçado à posição de relevância, quando não de dominância, nos mercados em que atua.<sup>18</sup>

É exatamente neste momento que se evidencia o incentivo à inovação como um dos aspectos da interface entre a propriedade intelectual e a política de concorrência: se a primeira estimula a inovação em função dos ganhos que o titular pode auferir por meio do exercício da exclusividade oriunda da propriedade intelectual, pela segunda se busca sujeitar, condicionar a busca de melhores condições no mercado, pelos agentes econômicos, a partir da inovação.<sup>19</sup>

Tendo em vista o aspecto supramencionado, ainda que não se possa afirmar que existe uma relação de complementaridade entre a propriedade intelectual e a política de concorrência, não se pode negar a existência de um nexo lógico entre ambas, eis que, em *ultima ratio*, as mesmas podem colaborar para o aumento da disputa entre agentes econômicos – e, portanto, para o aumento da concorrência – em função da busca pela inovação.

Como decorrência deste nexo lógico, evidenciam-se como lícitas as seguintes formas de aquisição e de exercício de poder econômico: (i) de um lado, pela propriedade intelectual que, por meio da exclusividade, concede ao titular do bem imaterial o direito de obter ganhos econômicos a partir da disponibilização do invento à sociedade; (ii) de outro,

---

<sup>18</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**. Brasília, DF, v. 35, p. 13, 2006. A respeito do incentivo à inovação pela política de concorrência, assim como a utilização do poder econômico eventualmente desta decorrente, diz Cabanellas: “*La teoría contemporánea pone mayor énfasis en el impacto de la competencia sobre la disponibilidad de recursos, particularmente a través de la innovación, el progreso técnico y la acumulación de capital. En un mercado competitivo, y particularmente uno en que exista competencia efectiva, aunque no competencia perfecta, los oferentes se ven obligados a introducir permanentemente innovaciones productivas y mejoras tecnológicas, con el fin de poder continuar siendo viables en el mercado en que operan. La introducción de esas mejoras e innovaciones acelera asimismo el ritmo de inversión y consiguientemente la formación de capital físico y humano.*” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 1. p. 54.

<sup>19</sup> Revendo a premissa geral mencionada na nota 17, Silva verifica que o incentivo à inovação por meio da concessão de direitos de propriedade intelectual e da atuação da política de concorrência não é absoluto ou irrestrito: em essência, os incentivos à inovação eventualmente emanados a partir destes instrumentos estão diretamente relacionados às estruturas e às características dos mercados – a depender das estruturas e características dos mercados, pode ser necessário o emprego isolado, em conjunto ou de nenhum destes instrumentos. Isto não afasta, por óbvio, sua validade e importância, mas evidencia que a utilização destes instrumentos demanda a compreensão do funcionamento dos mercados sobre os quais estes instrumentos irão atuar. SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 79-87. É interessante destacar, neste sentido, a percepção

pela política de concorrência, que procura conformar a atuação do agente econômico no sentido de que o mesmo busque a inovação como forma de galgar posições de relevância nos mercados.<sup>20</sup>

Deve-se ressaltar, contudo, que este aspecto da interface entre a propriedade intelectual e a política de concorrência corresponde, por assim dizer, à normatização do funcionamento de um aspecto dos mercados: a partir deste aspecto, extrai-se o comando pelo qual se busca induzir os mercados, particularmente os agentes econômicos que nos mesmos se encontram, a continuamente buscar e incorporar inovações em seus processos produtivos, que posteriormente satisfazem as necessidades sociais.<sup>21</sup>

Com efeito, se o mencionado aspecto da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência assenta o modo pelo qual os mercados devem idealmente funcionar (o “dever-ser”) – sancionando positivamente os agentes econômicos que procuram inovar em suas produções com a outorga de poder econômico –, não se pode afastar o fato de que este funcionamento ideal pode não ser verificado na realidade (o “ser”).

De modo geral, este funcionamento desacertado decorre da própria outorga de poder econômico ao agente titular de propriedade intelectual: se é por meio do poder econômico que o agente econômico desenvolve e consolida suas relações no mercado, nota-se o estabelecimento de uma situação extremamente delicada quando este poder econômico decorre de direitos de propriedade intelectual, eis que, em função da exclusividade, somente determinado agente econômico poderá transacionar a utilidade contida no bem imaterial nos mercados em que atua.

Assim, se o primeiro aspecto da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência é dado pelo incentivo à inovação, o segundo aspecto de tal interface se dá por meio da busca de parâmetros para que o exercício de direitos de propriedade intelectual não distorça, não gere efeitos negativos sobre o funcionamento dos mercados. Perceba-se, desta forma, que a interface entre propriedade intelectual e política de

---

<sup>20</sup> A licitude, por óbvio, decorre do fato de que estas formas de aquisição e exercício de poder econômico estão insertas nos suportes jurídicos que fundam a propriedade intelectual e a defesa da concorrência.

<sup>21</sup> Acerca desta normatização, vejam-se os comentários de Grau – os quais, embora genéricos, são cabíveis ao caso ora exposto –: “O direito, por um lado, organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando à sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.) e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um só tempo, obter a consecução de determinados objetivos de política social.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 269.

concorrência não deve ser tratada sob a perspectiva da primeira ou da segunda: ela deve levar em conta todas as circunstâncias e aspectos que compõem suas conjunturas.<sup>22</sup>

Desta forma, entende-se necessário regressar uma vez mais à exclusividade enquanto ponto de partida para a análise da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência: em essência, a exclusividade que decorre da concessão de um direito de propriedade intelectual, desde que exercida nos limites de seu assento legal, jamais poderá sofrer atuações da política de concorrência. De modo mais amplo: à política de concorrência não é defeso questionar a utilização regular da propriedade intelectual, mas sim o exercício abusivo de seus atributos.<sup>23</sup>

Neste sentido, é interessante destacar que o exercício abusivo da propriedade intelectual pode ser verificado sob duas perspectivas: (i) a do abuso dos direitos intelectuais, em que o titular do bem imaterial incorre na má-utilização da propriedade intelectual em si, abusando das faculdades que lhe são conferidas pela lei – de modo geral, porém não somente, todas aquelas esquadrihadas no capítulo três deste trabalho –, independentemente de qualquer reflexo de tais abusos nos mercados; (ii) a do abuso de poder econômico praticado mediante a utilização do bem imaterial – ou, mais propriamente, o abuso do poder econômico que decorre da concessão do bem imaterial –, na qual o titular usa a propriedade intelectual para além de seu escopo, na tentativa de manter ou estender sua participação nos mercados.<sup>24</sup>

Ressalte-se que, sob a primeira perspectiva, tal situação constitui um abuso de direito, enquanto que sob a segunda se trata de uma situação de abuso de poder: a primeira corresponde a um exercício do direito para além dos limites jurídicos ou a um exercício que distorce as finalidades da propriedade intelectual; a segunda tem sua constatação a partir da

---

<sup>22</sup> A interface entre propriedade intelectual e política de concorrência não se presta exclusivamente ao incentivo à inovação ou ao estabelecimento de parâmetros mínimos de concorrência a serem adotados nos mercados, mas sim a ambos simultaneamente: embora uma tarefa extremamente difícil, o equilíbrio entre ambos os aspectos deve ser buscado sob pena do recrudescimento de um a expensas do outro, anulando, por fim, os benefícios que os mesmos podem trazer à sociedade. HOVENKAMP, Herbert J. **The intellectual property-antitrust interface**. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1287628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628)>. Acesso em: 14 abr. 2009.

<sup>23</sup> ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional**: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 110. Não se esqueça de que, ademais de constituir a gênese dos direitos de propriedade intelectual, a exclusividade corresponde à raiz do incentivo à inovação, a respeito do que, diz Silva: “Entendemos, por isso, que sempre que esteja em causa um objeto protegido por direitos de propriedade intelectual, a intervenção do direito da concorrência se deve pautar pelo respeito devido à função de incentivo prosseguida por aqueles direitos.” SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência**: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2003. p. 78.

<sup>24</sup> ROSENBERG, op. cit., p. 134.

análise de uma conduta em meio a uma dada situação – no caso do poder econômico, da análise da conduta de um agente econômico em dado mercado relevante.<sup>25</sup>

Acerca destas distinções entre abuso de direito e abuso de poder, é interessante destacar que cada uma destas violações encontra sua respectiva forma de repressão em diplomas legais próprios: em se tratando de abuso de um direito de propriedade intelectual, a sua sanção negativa será disposta em função do respectivo ramo de direito; em se tratando de abuso de um poder, há que se considerar o enquadramento, a natureza deste abuso e verificar a existência ou não de fundamento legal para sua repressão.<sup>26</sup>

Com efeito, a despeito do que estas distinções indicariam à primeira vista, a política da concorrência sobre a propriedade intelectual pode – e mesmo deve – atuar sobre o abuso de direito de propriedade intelectual. Esta atuação se justifica à medida que o abuso de direito também pode consubstanciar um abuso de poder econômico: é possível que o desvio de finalidade do exercício de um direito de propriedade intelectual gere efeitos ou

---

<sup>25</sup> Acerca do abuso de direito, sintetiza o Barbosa: “À luz de tais diferenças, distingue-se o abuso do sistema de patentes [e de propriedade intelectual] – quando o titular excede os limites de seu direito – do abuso de monopólio de patentes – quando o titular, sem exceder os limites legais, opera em desvio de finalidade. De qualquer forma, em ambos os casos há abuso.” BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 45, p. 10, 2000. Acerca de abuso de direito e abuso de poder, exemplifica o Autor: “O abuso pode-se dar no plano funcional, e atinge a finalidade da instituição de um privilégio: concedido para estimular o investimento industrial, passa a assegurar somente a importação, reduzindo a industrialização interna. Pode ocorrer no plano temporal: através de inúmeros mecanismos (vinculação de produto a uma marca) se estende a ação material da patente para além de sua expiração. Dar-se-á, enfim, uma expansão da capacidade ofensiva, do poder econômico-jurídico próprio a um privilégio, através das práticas restritivas e dos cartéis de patentes – neste caso, já na fronteira do abuso de poder econômico.”

<sup>26</sup> Ferraz Júnior delimita com precisão a distinção entre abuso de direito e abuso de poder: “Distinguem-se, assim, em tese, duas hipóteses de ação econômica, ambas capazes de gerar responsabilidade do agente por danos: a esfera da ilicitude per se e a esfera da abusividade. No primeiro caso ocorre a transgressão de limites estabelecidos em lei. No segundo, o agente obedece os limites objetivos do preceito legal mas fere ostensivamente a destinação do direito, o espírito da instituição da concorrência.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 21, p. 25, 1995.

repercussões sobre as estruturas do mercado – condição essencial para a atuação da política de concorrência.<sup>27</sup>

Desta forma, pode-se entender que enseja a atuação da política de concorrência toda prática abusiva, de direito e de poder, manifestada por meio do exercício de direitos de propriedade intelectual, da qual decorra a extensão do monopólio, do poder de mercado e da exclusividade inerentes ao bem imaterial, a atividades ou relações não protegidas pelas normas que embasam os direitos de propriedade intelectual.<sup>28</sup>

Como visto, a mera existência ou a outorga da propriedade intelectual a um agente econômico não enseja a aplicação da política de concorrência: para tanto, é necessário que haja seu abuso. Entretanto, a ocorrência de um abuso pressupõe, por óbvio, uma faculdade de uso ou de ação, intrínseca à própria propriedade intelectual. Assim, se na gênese da propriedade intelectual se encontra o estímulo à inovação e sua disseminação pela a sociedade, pode-se mesmo concluir que o titular da propriedade intelectual tem a obrigação de utilizar a propriedade intelectual a ele concedida, sob pena de prática de abuso.<sup>29</sup>

Neste sentido, a utilização da propriedade intelectual não ocorre por sua simples concessão ou exercício singular, mas corresponde a um conjunto de operações pelas quais seu titular transaciona, transfere (em sentido amplo) a tecnologia contida no bem

<sup>27</sup> “[...] [o direito aceita] fazer parte da economia de mercado o uso estratégico do poder a fim de obter posições de maior predominância no interior de sua estrutura. O abuso ocorre, então, quando, neste admitido [juridicamente] uso estratégico, estamos diante de um desvio de finalidade.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 11, 1993. No mesmo sentido, diz Marques: “O limite do *contra legem* [da conduta abusiva], no exercício sem interesse das faculdades jurídicas contido no referido círculo de proibição [disposto pela exclusividade], na supressão ou na negação emulativa, total e duradoura, do mercado aos seus reais ou potenciais concorrentes.” MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade intelectual e interesse público. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 59, p. 314, 2003. Destaque-se, por fim, que a atuação da política de concorrência sobre abusos de direitos de propriedade intelectual em nada obsta a sanção negativa de tais práticas pelo ramo da propriedade intelectual correspondente: a dupla sanção, no caso, não é considerada um *bis in idem* (valendo-se de uma analogia ao direito penal) mas sim uma resposta do ordenamento jurídico a práticas que, a um só momento, ofendem uma pluralidade de microssistemas jurídicos.

<sup>28</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 252. A autorizada doutrina de Jorge Americano, embora de longa data, permanece atual, ao dispor que “[...] o interesse legítimo, traduzido na utilidade para o agente, é a razão de ser do acto lícito e a sua causa justificativa.” *Mutatis mutandis*, é esta a síntese do substrato para o exercício de direitos de propriedade intelectual. O problema resta, assim, em definir quais os contornos da mencionada “legitimidade.” AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Casa Vanorden, 1923. p. 47.

<sup>29</sup> Trata-se, propriamente, de um abuso por meio de omissão: se o titular da propriedade intelectual não explora o bem imaterial nela contido, verifica-se um custo social sem contrapartida – custo social este decorrente da exclusividade conferida ao titular da propriedade intelectual –, eis que a utilidade não estaria sendo disseminada pela sociedade. BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 45, p. 9, 2000.

imaterial.<sup>30</sup> É a partir destas complexas transações que a propriedade intelectual exaure sua função social e econômica: pela primeira, mediante a oferta de bens e serviços produzidos por meio da tecnologia, propagam-se os benefícios da tecnologia pela sociedade; na segunda, o titular da tecnologia obtém ganhos econômicos decorrentes de sua exploração.

O aspecto supramencionado é importante para evidenciar que, em *ultima ratio*, a utilização da propriedade intelectual deve ser compreendida como – ou ao menos seu entendimento perpassa por – sua transação ou transferência: o alcance da função social e a exploração econômica da propriedade intelectual são inerentes à sua transação.<sup>31</sup>

Com efeito, da mesma forma em que é útil e necessária, é a partir das operações de transação da propriedade intelectual que emerge a dificuldade de sua apreensão pela política de concorrência, bem como da atuação desta sobre aquela. Isto, pois, os agentes econômicos titulares de propriedade intelectual, baseados numa racionalidade econômica que pressupõe o alcance de seus objetivos com o menor dispêndio de recursos próprios possível, tendem a transacionar seus bens imateriais de forma a maximizar seus ganhos econômicos: é particularmente nesta tentativa de maximização que se enseja o abuso de poder econômico.<sup>32</sup>

Seja em razão dos atributos conferidos pelos direitos de propriedade intelectual – primordialmente, porém não só, da exclusividade –, os agentes econômicos (empresas) titulares de bens imateriais, na busca de maximizar seus ganhos (lucros), encontram incentivos – recorde-se de que a empresa é agente econômico racional e autointeressado – para desenvolver práticas que excedem o assento legal e de fato conferido pelos direitos de

<sup>30</sup> Estas transações e transferências podem ser operadas diretamente para a sociedade, mediante a oferta do produto final em que se manifesta, exterioriza ou materializa a tecnologia aplicada, ou por meio da disposição, instrumentalizada por um negócio jurídico próprio, da tecnologia (v.g., patente, cultivar, modelo de utilidade, marca, etc.) a outros agentes econômicos, os quais passam a utilizá-la em suas respectivas produções e, por consequência, ofertas. Perceba-se, portanto, que a transação da propriedade intelectual constitui um mecanismo de disseminação e de transferência de tecnologia, aspecto que, a seu turno, sintetiza um dos principais objetivos da proteção à propriedade intelectual, nos planos nacional e internacional – e mesmo faz parte de sua própria essência. CARVALHO, Nuno Pires de. **The TRIPS regime of antitrust and undisclosed information**. Boston: Kluwer Law International, 2008. p. 83.

<sup>31</sup> Portanto, muito mais que convenientes à sua exploração econômica, a transação, a transferência, a negociação da propriedade intelectual são necessárias ao cumprimento de sua função social. Em consequência, reafirma-se, uma vez mais, a licitude – inclusive sob o prisma da política de concorrência – da utilização ou do exercício (desde que regular) da propriedade intelectual. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 252.

<sup>32</sup> Para Marques, as empresas constituem, atualmente, o centro de gravidade da propriedade intelectual: a atividade empresarial “representa um mínimo denominador comum das diversas áreas por que se espriam os direitos de propriedade intelectual”. Isto ocorre à medida que a atividade empresarial constitui o instrumento pelo qual se dissemina, como maior eficiência, as utilidades decorrentes da tecnologia à sociedade. MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade intelectual e interesse público. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 79, p. 317, 2003.

propriedade intelectual: é este, em suma, o substrato do abuso de poder econômico praticado por meio da propriedade intelectual.

Perceba-se, assim, que as pretensões do agente econômico titular do bem imaterial de maximizar seus ganhos, os atributos próprios da propriedade intelectual e a complexidade inerente à transação da propriedade intelectual – que, destaque-se, é necessária à sua disseminação pela sociedade – estabelecem um cenário no qual é extremamente difícil verificar ou constatar o eventual exercício abusivo da propriedade intelectual.<sup>33</sup> Em síntese: ao mesmo tempo em que é necessária ao seu exercício, a complexidade que permeia a utilização da propriedade intelectual constitui um dos pilares para práticas abusivas.

Convém ressaltar, ainda neste cenário, o contínuo aperfeiçoamento das práticas empresariais pelas quais é transacionada a propriedade intelectual: justificadas inicialmente como uma forma de disseminar com maior eficiência os benefícios da propriedade intelectual pela sociedade, não raro as frequentes alterações das práticas empresariais incorporam abusos de propriedade intelectual com reflexos anticoncorrenciais. Por sua vez, estas constantes alterações das práticas empresariais que envolvem a transação da propriedade intelectual complementam, por fim, a supramencionada dificuldade de atuação pela política de concorrência sobre a propriedade intelectual.<sup>34</sup>

Assim, a partir do estabelecimento dos elementos fundantes do abuso de propriedade intelectual que enseja a atuação de propriedade intelectual, pode-se dizer que as práticas anticoncorrenciais levadas a cabo por meio de direitos de propriedade intelectual consistem na extensão da proteção do bem imaterial para além de suas finalidades, ou que a exclusividade inerente à patente seja empregada no sentido de abusar da posição dominante detida pelo agente econômico titular da propriedade intelectual.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> É em razão deste conjunto, assim, que Cabanellas conclui que “*Para solventar el conflicto patente-antitrust en materia de contratos de licencia de patente y de otros contratos basado en derechos de patente* [ou, de modo mais amplo, a utilização ou transação da propriedade intelectual], *no es posible, por tanto, acudir al simple mecanismo de excluir el ejercicio de los derechos de patente de la infracción de las normas del Derecho antitrust.*” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 264.

<sup>34</sup> Ainda que relativos ao setor de patentes farmacêuticas, os comentários de Rosenberg se mostram aplicáveis à propriedade intelectual como um todo: a Autora ressalta que, a despeito dos consideráveis esforços das autoridades de concorrência norte-americanas e europeias – referências mundiais na atuação da política de concorrência –, continuamente são identificadas novas formas de condutas anticompetitivas praticadas por titulares de patentes. ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias**. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 111.

<sup>35</sup> Ibid., p. 114, p. 126.

Neste sentido, as práticas acima mencionadas podem ser sintetizadas em dois grandes grupos: (i) no primeiro, em que a utilização da propriedade intelectual visa a restringir ou excluir concorrentes, efetivos ou em potencial; (ii) no segundo, por meio da utilização da propriedade intelectual como instrumento de práticas restritivas verticais, em que os agentes econômicos localizados ao longo da cadeia permanecem submetidos (cativos) ao titular da propriedade intelectual.<sup>36</sup>

É interessante destacar que por conta da inexistência de uma “teoria geral da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência”, a caracterização e a especificação destas práticas anticoncorrenciais constitui uma atividade que deve – quase que de modo intuitivo – ser desenvolvida pela jurisprudência que decorre da atuação das autoridades concorrenciais.<sup>37</sup>

Diante de tal fato, sinteticamente cita-se, a título de exemplo, as seguintes hipóteses de práticas anticoncorrenciais praticadas com o exercício da propriedade intelectual: (i) a venda casada, em que, essencialmente, o titular da propriedade intelectual condiciona a aquisição do produto protegido à compra de outro produto não protegido por propriedade intelectual;<sup>38</sup> (ii) as licenças restritivas e exclusivas, pelas quais as partes do licenciamento impedem que terceiros (concorrentes) tenham acesso a uma tecnologia essencial ao desenvolvimento de determinada atividade produtiva;<sup>39</sup> (iii) o abuso de posição dominante que restringe o desenvolvimento tecnológico, em que o titular estende artificialmente o âmbito de sua propriedade intelectual de forma a impedir que terceiros – concorrentes ou não – realizem atividades de pesquisa e desenvolvimento com a utilidade contida no bem

<sup>36</sup> HOVENKAMP, Herbert J. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005. p. 243. Contudo, é importante ressaltar que estas circunstâncias não são estanques: em razão da mencionada complexidade inerente às transações da propriedade intelectual, não raro tais circunstâncias acabam se inter-relacionando – v.g., uma prática que gere a exclusão de concorrentes (horizontal) pode também ter reflexos ao longo de uma dada cadeia produtiva (vertical). Não se pode deixar de destacar, ainda neste processo de inter-relacionamento, a contribuição igualmente desempenhada pelos já mencionados aspectos das pretensões do agente econômico titular do bem imaterial de maximizar seus ganhos e dos atributos próprios da propriedade intelectual.

<sup>37</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho económico**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2010. p. 164. Posteriormente, afirma o Autor que, em razão de tal fato, as principais autoridades de concorrência – a norte-americana, europeia e alemã – viram-se premidas pela necessidade de baixar regramentos específicos – as chamadas *guidelines* – pelos quais se estabelecem em quais condições – v.g., fatia de mercado, mercado relevante – o exercício da propriedade intelectual pode ser abusivo, ensejando, portanto, a incidência da política de concorrência. Ressalte-se que estas *guidelines* refletem as características e particularidades próprias dos mercados em que aquelas autoridades atuam, razão pela qual a sua transposição para outros ordenamentos enseja cautela e cuidados redobrados.

<sup>38</sup> HOVENKAMP, Herbert J. **The intellectual property-antitrust interface**. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1287628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628)>. Acesso em: 14 abr. 2009.

<sup>39</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre a aplicação da doutrina das *essential facilities* à propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/essential.doc>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

imaterial;<sup>40</sup> (iv) o abuso de objeto de patente registrada, em que o agente econômico titular de uma patente pretende estender os atributos conferidos por uma patente a situações nas quais o regime patentário não é aplicável.<sup>41</sup> Recorde-se, uma vez mais, que o caráter anticoncorrencial destas práticas decorre diretamente da atuação das autoridades de concorrência, razão pela qual sua caracterização se dá somente a partir da análise do caso concreto – dificultando, quando não impedindo, uma sistematização acerca tais práticas.<sup>42, 43</sup>

Por fim, existe um terceiro aspecto que, ao lado do incentivo à inovação e da punição ao abuso de poder econômico, também decorre da interface entre a propriedade intelectual e a política de concorrência. Trata-se da proteção às estruturas dos mercados, de forma que se possibilite o fluxo de recursos necessários ao desenvolvimento econômico, técnico e social.<sup>44</sup> Note-se, portanto, que este constitui um aspecto que, de certa forma, complementa os seus antecessores.

Como visto no segundo capítulo deste trabalho, a política de concorrência constitui um dos principais instrumentos para a correção de externalidades negativas geradas nos mercados. Neste sentido, recorde-se de que os mercados são instituições cujas estruturas oscilam, essencialmente, entre duas situações limítrofes: a de singularidade ou unicidade de

---

<sup>40</sup> SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência**: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2003. p. 126 e CARVALHO, Nuno Pires de. **The TRIPS regime of antitrust and undisclosed information**. Boston: Kluwer Law International, 2008. p. 93.

<sup>41</sup> ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional**: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 117.

<sup>42</sup> Em outra obra de sua Autoria, Cabanellas expõe que, correlata à inexistência de uma teoria geral e às particularidades mencionadas, diferentes teorias ou escolas, cada qual com suas preferências ideológicas, surgiram com o objetivo de indicar qual deve ser a funcionalidade da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência – fato este que contribui ainda mais para as imprecisões destas matérias: “*Enfrentados a tales incertidumbres y dificultades, los juristas han reaccionado en forma muy humana para recorrer el camino entre la vaguedad de los amplios principios y la precisión de las normas directamente aplicables: han escapado a un mundo de mito y fantasía. El nudo gordiano del análisis de mercado, producto de las inacabables contradicciones de la teoría económica, ha sido nuevamente cortado por la espada de la supersimplificación y ficción legal para reaparecer a la postre con nuevas formas y con fuerza renovada. [...] Se ha creado un mundo en el que lo irreal aumenta continuamente oscureciendo el camino entre los principios básicos de la competencia y su realización en el área de las operaciones relativas de patentes [propriedade intelectual].*” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t. 2. p. 268.

<sup>43</sup> Em razão destes fatos, assim, opta-se por verificar, em outro tópico, a casuística relativa à propriedade intelectual e política de concorrência, porém especificamente relacionada à propriedade intelectual de plantas.

<sup>44</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 12, 1993.

agentes econômicos (monopólio e monopsonio) e a de multiplicidade equilibrada de agentes econômicos, em que não se manifesta qualquer posição de dominância.<sup>45</sup>

Estas situações, como já visto, essencialmente implicam na menor ou maior eficiência dos recursos pelos quais são satisfeitas as variadas necessidades sociais: conforme o maior grau de eficiência na canalização dos recursos disponíveis, maior será o nível de satisfação e de bem estar social. Portanto, quanto maior o grau de competitividade de um mercado, maior será o nível da eficiência que nele se manifesta e maior será o nível de satisfação das necessidades que a ele se apresentam.

Por outro lado, não se pode esquecer do papel desempenhado pela tecnologia no sistema econômico atualmente vigente: como visto no primeiro capítulo, é por meio da tecnologia que as atividades produtivas distribuem, de modo eficiente, os produtos (recursos) necessários à satisfação das necessidades sociais.<sup>46</sup> Ainda recordando os termos do primeiro capítulo, pode-se dizer que a tecnologia constitui um instrumento de correção de externalidades negativas, eis que sua utilização reduz os custos da satisfação das necessidades sociais.<sup>47</sup>

Assim, percebe-se que, muito mais que incentivar a inovação ou reprimir o abuso de poder econômico, a interface entre propriedade intelectual e política de concorrência tem como objetivo a perpetuação e o aprimoramento dos mercados (e de suas dinâmicas): a partir do fato de que ambas a tecnologia e a concorrência se manifestam em meio aos mercados, a preservação desta instituição é fundamental para a existência destas. Desta forma, o incentivo à inovação e a repressão ao abuso de poder econômico têm por objetivo evitar a distorção objetiva na estrutura do mercado, em termos de sua eficiência.<sup>48</sup>

Tendo em vista estes fatos, não se pode conceber que a atuação da política de concorrência seja implementada somente diante do caso concreto, diante de eventual abuso de poder econômico: a completude da interface entre propriedade intelectual e defesa da concorrência se efetiva quando a autoridade concorrencial age não só de modo repressivo, mas também de modo vigilante. Ou seja, muito mais que reprimir, a política de concorrência

---

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33.

<sup>46</sup> Como exposto no capítulo anterior, constitui o mercado o locus em que a tecnologia tende a ser criada, desenvolvida e aprimorada.

<sup>47</sup> CARVALHO, Nuno Pires de. **The TRIPS regime of antitrust and undisclosed information**. Boston: Kluwer Law International, 2008. p. 20.

<sup>48</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 12, 1993.

deve vigiar as práticas empresariais, agindo ao menor sinal de distorção (potencial ou efetiva) objetiva: seja convocando empresas, abrindo discussões, celebrando protocolos, a política de concorrência deve atuar direcionando o mercado para uma objetivamente eficiente livre concorrência.<sup>49</sup>

Neste sentido, é relevante regressar ao aspecto da aquisição de poder econômico por meio da propriedade intelectual: como visto, ademais de ser lícito e mesmo incentivado, trata-se de um poder econômico que é temporário – existe somente durante a vigência do bem imaterial – e relativo – existe somente quando não há um substituto para desempenhar a mesma atividade, com o mesmo grau de eficiência. Trata-se, ao menos em tese, de um poder econômico com alcance limitado.

Com efeito, este “contraponto” ao poder econômico conferido pela propriedade intelectual é, com frequência cada vez maior e não necessariamente de modo ilícito, contornado pelos agentes econômicos: boa parte das práticas empresariais hodiernas se sofisticam sobremaneira objetivando o exercício do poder econômico decorrente da propriedade intelectual em seu limite máximo, com o qual os agentes econômicos se capacitam visando a, tão logo encerre a vigência da propriedade intelectual de que são titulares, disporem de uma tecnologia substituta, igualmente tutelada por direitos de propriedade intelectual.<sup>50</sup>

Assim, ainda que não sejam ilícitas, situações como a supramencionada ensejam preocupações das mais diversas ordens. Sob uma perspectiva econômica, a concentração e (tentativa de) perpetuação de poder econômico nas mãos de mesmos agentes econômicos é, por si só, um fato que enseja a atenção do Estado – as autoridades de concorrência incluídas –, haja vista o risco de uso deletério de tal poder.<sup>51</sup> Sob uma perspectiva do desenvolvimento tecnológico, a preocupação se dá em função do já mencionado fato de que não se cria uma nova tecnologia sem se valer dos conhecimentos

---

<sup>49</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 12, 1993.

<sup>50</sup> A título de exemplo, cita-se a prática de obsolescência planejada, mediante a qual o agente econômico estipula o tempo de vida útil de dada tecnologia, buscando desde logo desenvolver outra tecnologia substituta. GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica à recente decisão da Secretária de Direito Econômico (SDE). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 145, p.153, 2007.

<sup>51</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 28. Os Autores chamam a atenção para o fato de que o poder econômico não raro funda ou se converte em poder político, razão por que, assim, sua concentração deve ser, senão sancionada, ao menos vigiada: não se pode conceber a aceitação pura, simples e incontestada da concentração de poder econômico, submetendo os interesses da sociedade a determinismos econômicos que a poucos beneficiam.

técnicos contidos na tecnologia anterior: em situações como a mencionada, seria possível o estabelecimento de um cenário em que só um agente econômico ou grupo de agentes econômicos seria o responsável por desenvolver tecnologias aplicadas a determinadas atividades produtivas.<sup>52</sup>

Perceba-se, assim, que mesmo o exercício regular dos atributos conferidos pela propriedade intelectual pode ensejar a geração de externalidades negativas: situações como as acima narradas, e outras que podem decorrer da intenção do agente econômico perenizar o poder econômico decorrente da propriedade intelectual, podem distorcer a gestão da tecnologia e causar efeitos nocivos às estruturas dos mercados.<sup>53</sup>

Assim, é com base neste contexto que deve ser compreendido o terceiro aspecto da interface entre propriedade intelectual e política de concorrência: diante das particularidades e das características próprias da propriedade intelectual, a política de concorrência constitui um relevante instrumento de que dispõe o Estado de forma a persuadir os agentes econômicos a agirem em favor do bom funcionamento do mercado.<sup>54</sup> Seja agindo de modo repressivo ou dispondo regulamentos complementares – nos moldes das *guidelines* norte-americanas e europeias –, seja convocando empresas, abrindo discussões, celebrando protocolos, a atuação da política de concorrência constitui um dos instrumentos mais poderosos de que dispõe o Estado para estabelecer de que formas a transação da tecnologia incentiva a inovação e favorece a higidez das estruturas dos mercados.

---

<sup>52</sup> Para Cabanellas, esta é a estrutura atualmente vigente: “[a tecnologia] es producida, en la enorme mayoría de los casos, por empresas dedicadas principalmente a la producción de bienes y servicios. El desarrollo de tecnología, que estas empresas llevan a cabo, está principalmente dirigido a la utilización de los nuevos conocimientos técnicos que así logran en la producción emprendida por la propia empresa. [...] normalmente la tecnología que se desarrolla se encuentra estrechamente vinculada a la ya utilizada por la empresa que la desarrolla, tanto en el sentido de existir un vínculo conceptual entre una y otra, como en el de que son las experiencias que se recogen en el propio proceso de producción las que sirven para la introducción de innovaciones y avances tecnológicos.” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho económico**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2010. p. 29.

<sup>53</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 12, 1993.

<sup>54</sup> Neste sentido, diz Rosenberg: “Nota-se, inclusive que produtos patenteados [protegidos por propriedade intelectual] apresentam, em alguns casos, barreiras praticamente intransponíveis pela regulação, razão pela qual entende-se que o estudo da interface entre a questão patentária e o direito da concorrência pode ser, ainda que não a solução única, um importante elemento para mitigar alguns efeitos anticoncorrenciais decorrentes da exploração da patente.” ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional**: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 62, nota 182.

## 4.2 A casuística estrangeira relativa à propriedade intelectual de plantas: o paradigmático caso *Monsanto v. Argentina*

Expostas as principais preocupações atinentes à interface entre propriedade intelectual e política de concorrência, regressa-se ao campo específico da propriedade intelectual de plantas. Conforme exposto no tópico anterior, à medida que inexiste uma “teoria geral” da mencionada interface, o modo como estas preocupações serão resguardadas depende, necessariamente, da análise concreta de um caso.

Neste sentido, em pesquisa realizada junto ao CADE, autoridade concorrencial brasileira, não se logrou encontrar, ao menos até o momento de tal busca, quaisquer procedimentos, averiguações ou processos administrativos relativos ao emprego de direitos de propriedade intelectual de plantas – não obstante a já mencionada e ressaltada importância econômica e política que esta desempenha para o Brasil.

Por outro lado, em pesquisas junto a jurisdições estrangeiras, logrou-se encontrar alguns casos relativos à aplicação da política de concorrência sobre direitos de propriedade intelectual de plantas. Dentre estes, o mais significativo foi encontrado na jurisdição norte-americana e ainda está sub judice: trata-se do caso *Mr. Bowman v. Monsanto Co.*, Docket No. 11-796 (*Supreme Court*, 2012), cuja repercussão foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos <sup>55</sup>, tendo o mesmo acedido àquele tribunal para a apresentação de argumentos das partes e dos *amici curiae*. <sup>56</sup>

O que se discute neste caso pode ser assim sintetizado: a companhia Monsanto processou o fazendeiro norte-americano Vernon Bowman por uma suposta violação de uma patente detida por aquela empresa, a qual tinha por objeto um invento inserido na cadeia

<sup>55</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Granted & noted list**. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/orders/12grantednotedlist.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

<sup>56</sup> Paralelamente a este caso, existem outros tramitando em cortes norte-americanas de instância inferior. Em razão da importância que o precedente possui no direito norte-americano, acredita-se que as decisões de tais casos serão proferidas tão logo a Suprema Corte norte-americana decida sobre o caso *Bowman v. Monsanto*, o primeiro relativo à aplicação da política de concorrência sobre propriedade intelectual de plantas a aceder a tal tribunal. A título de exemplo – atinente à propriedade intelectual de plantas, tão somente –, convém citar o caso *Monsanto Co. vs. E.I. Dupont De Nemours*, U.S. District Court, Eastern District of Missouri, No. 09-00686, cuja decisão, de segunda instância, confirmou a violação de uma patente de planta detida pela Monsanto, sendo a Dupont condenada a pagar, a título de *damages* e lucros cessantes, US\$ 1 bilhão. (SEEDS market clash: Monsanto wins one billion dollars lawsuit to DuPont. **MercoPress**. Montivedeo, 7 ago. 2012. Disponível em: <<http://en.mercopress.com/2012/08/07/seeds-market-clash-monsanto-wins-one-billion-dollars-lawsuit-to-dupont>>. Acesso em: 13 jan. 2013).

genética de uma planta de soja. Por meio de tal invento, a planta de soja se tornava resistente ao uso de um herbicida cuja principal substância ativa era o glifosato.

A suposta violação de patente ocorreu quando Bowman, tendo adquirido sementes de soja produzidas com este invento da Monsanto, separou da safra colhida uma determinada quantidade de grãos, destinados ao plantio para a próxima safra – grãos estes que também continham o mencionado invento. De acordo com a tese sustentada pela Monsanto, à medida que o invento estava protegido por patente, Bowman deveria realizar o pagamento de *royalties* a cada plantio em que este utilizasse sementes contendo o invento: ele estaria plantando mais sementes de soja com o invento do que ele havia inicialmente adquirido.

Já os argumentos de Bowman foram no sentido de que as sementes por ele adquiridas faziam parte de um complexo indiferenciado de “mercadorias de sementes” (a expressão utilizada é *commodities seeds*) e que, de modo geral, os fazendeiros usavam as sementes separadas na colheita para o plantio, criando “sementes de segunda geração” (a expressão utilizada é *second-generation seeds*) – prática esta efetuada há décadas.

Tendo perdido nas instâncias inferiores, Bowman apela para a Suprema Corte, argumentando que estas instâncias erraram ao proibir o uso de sementes separadas de sua colheita para um propósito natural e facilmente previsível: semear e colher novas safras. Bowman argumenta ainda que as instâncias inferiores teriam indicado que a Monsanto não teria quaisquer direitos após a venda inicial de sementes – ou seja, não existiriam quaisquer direitos da Monsanto sobre as sementes de soja separadas da colheita –, razão do abuso praticado por tal companhia, ensejando, por fim, a sanção concorrencial.

Como já mencionado anteriormente, este caso ainda não foi julgado em instância máxima, mas chama a atenção pelo fato de que diversas entidades têm procurado se habilitar na condição de *amicus curiae*, dentre as quais sendo relevante destacar o *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), a *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Department of Justice* (DoJ), respectivamente as autoridades norte-americanas de propriedade intelectual e de concorrência, demonstrando, assim, sua repercussão e a necessidade de encontrar um consenso acerca de como deve ser estabelecida a integração entre propriedade intelectual e política de concorrência.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Docket No. 11-796** – Vernon Bowman v. Monsanto Company et al. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-796.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

Embora o suporte fático, os argumentos apresentados e os eventuais *amici curiae* habilitados em tal caso contenham e reflitam todos os elementos necessários para o estabelecimento de uma interface entre a propriedade intelectual de plantas e a política de concorrência, o fato de o mesmo ainda não ter sido julgado em definitivo pela Suprema Corte – ao menos até o presente momento – não permite a sua completa verificação: somente a partir de seu trânsito em julgado é que será possível identificar o modo pelo qual esta interface – especificamente no que tange à propriedade intelectual de plantas – deve ser estabelecida.<sup>58</sup>

Com efeito, e conforme já mencionado anteriormente, logrou-se encontrar um caso relativo à interface entre propriedade intelectual de plantas e a política de concorrência que, ademais destas duas searas, contém não desprezáveis aspectos relacionados ao comércio internacional – portanto, um caso que, de certa forma, sintetiza o trinômio “comércio internacional - política de concorrência - propriedade intelectual” que se intentou estabelecer ao longo do presente trabalho –: trata-se do caso *Monsanto v. Argentina* (Estado e fazendeiros argentinos), cuja repercussão extrapolou a jurisdição argentina e foi recepcionada na jurisdição europeia.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Ainda relativamente à casuística estrangeira, logrou-se encontrar na jurisdição canadense um caso cujos fatos se assemelham ao caso *Bowman v. Monsanto*: trata-se do caso *Monsanto Canada v. Schmeiser* (Supreme Court Ruling 902, 2004, Supreme Court of Canada, 34). Em essência, este caso refere-se ao cultivo de canola que continha genes cuja atividade conferiam à planta resistência a herbicidas à base de glifosato: Schmeiser havia desenvolvido uma variedade de planta de canola, derivada da canola transgênica patenteada pela Monsanto, a qual se mostrou tolerante à polinização por outras plantas de canola – ou seja, a polinização só ocorria entre as plantas desta variedade, mantendo o padrão de qualidade. Não se pode deixar de ressaltar, neste sentido, que o Canadá é aderente à Convenção de 1991 da UPOV, a qual não admite a prática de desenvolvimento de variedades de plantas sem a concordância do titular da planta mãe. Em suma: Schmeiser ganhou a contenda em primeira instância, porém as instâncias superiores, baseadas na Convenção de 1991 da UPOV, deram ganho de causa à Monsanto. No entanto, assevera Blakeney que não esta vitória não foi unânime, sendo necessário, no mínimo, refletir sobre o questionamento apresentado por Schmeiser e endossado pela minoria da Suprema Corte do Canadá: “*Counsel for Schmeiser raised the moral question whether it was right to manipulate genes in order to obtain better weed control or higher yields. [...] As the minority judge pointed out that the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS) of the World Trade Organization (WTO), in Article 27.2(b), permits the exclusion of plants from patentability but that plant varieties might be patented. The Novartis determination, among other, argues that the addition or modification of genetic material to confer disease resistance is not the creation of a new plant variety. It is the view of the majority in Schmeiser that the patenting of a cell confers exclusive patent rights over a plant in which that cell is included, then the Article 27.2(b) exception becomes meaningless.*” BLAKENEY, Michael. Plant variety protection, international agricultural research and exchange of germplasm: legal aspects of sui generis and patent regimes. In: BENNETT, Alan B. et. al. **Intellectual property management in health and agricultural innovation**: a handbook of best practices. Oxford: MIHR, 2007. v. 1. p. 409.

<sup>59</sup> Este caso é composto por uma pluralidade de ações judiciais movidas junto à jurisdição argentina e a jurisdição de países europeus. Importa destacar, desde já, que, até o momento da redação do presente trabalho, nenhuma destas ações transitou em julgado – inclusive a ação relativa à atuação da política de concorrência em trâmite na jurisdição argentina.

Entretanto, para que se possa compreender este caso, é necessário fundar as bases que propiciaram a sua ocorrência. O ponto de partida para tanto é coincidente à emergência do sistema multilateral de comércio: a partir de meados da década de 1990, marcada por intensas reformas estruturais <sup>60</sup>, a Argentina experimentou uma intensificação e uma expansão de sua produção agrícola, em grande parte incentivada pela eliminação de taxas e de retenções nas exportações agrícolas, pela substancial eliminação de tarifas de importação sobre mercadorias e bens de capitais e pela desregulação de alguns mercados. <sup>61</sup>

Neste sentido, verifica-se que constitui a soja – grãos de soja, farinha de soja e óleo de soja, em essência – o principal produto agrícola argentino, respondendo tal produto, no período entre 1994 e 2004, por 20% a 25% do total das exportações argentinas. <sup>62</sup> Foi em meio a este contexto, assim, que a produção agrícola argentina – e em especial, a produção de soja – experimentou um incremento substancial da utilização de tecnologia: mecanização (tratores, colheitadeiras, semeadeiras), novas técnicas de plantio, uso de defensivos agrícolas e fertilizantes e, especificamente abrangendo o interesse deste trabalho, o emprego da biotecnologia no melhoramento de plantas. <sup>63</sup>

Com relação ao melhoramento de plantas, interessante ressaltar que, a partir de meados da década de 1990, a Monsanto passou a introduzir, no mercado argentino de sementes de soja para plantio, sementes geneticamente modificadas, nas quais fora introduzida uma cadeia genética por meio da qual a planta resultante era resistente a um herbicida cuja principal substância ativa era o glifosato – substância esta que era patenteada pela Monsanto. <sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Não se pode deixar de expor, contudo, que estas reformas tiveram efeitos negativos que, apesar de breves momentos de atenuação, estendem-se até os dias de hoje. Tais efeitos decorrem, em essência, (i) da abertura (abrupta) da economia argentina ao comércio internacional (ocasionando uma invasão de produtos industrializados estrangeiros), (ii) de um maciço programa de privatização (marcado por uma grande onda de corrupção) e (iii) do despreparo de suas instituições em perceber estas duas (principais) mudanças.

<sup>61</sup> CHUDNOVSKY, Daniel. Argentina: adopting RR soy, economic liberalization, global markets and socio-economic consequences. In: FUKUDA-PARR, Sakio (Org.). **The gene revolution: GM crops and unequal development**. Oxon: Earthscan, 2007. p. 85.

<sup>62</sup> CAP, Eugenio. La economía y la agricultura argentina en los años 90. In: \_\_\_\_\_.; CHUDNOVSKY, Daniel; LÓPEZ, Andrés; TRIGO, Eduardo (Org.). **Los transgénicos en la agricultura argentina: una historia con final abierto**. Buenos Aires: Zorzal, 2004. p. 80. É interessante ressaltar, ainda no que tange à intensificação das exportações agrícolas argentinas, que, no período assinalado, foram julgados diversos painéis na OMC que resultaram na condenação de alguns países – essencialmente Estados Unidos e União Europeia – pela prática de subsídios à agricultura e que a moeda argentina, o peso, sofreu forte desvalorização em relação ao dólar – o que incentivava ainda mais a venda de produtos agrícolas argentinos no mercado internacional.

<sup>63</sup> CHUDNOVSKY, op. cit., p. 86.

<sup>64</sup> Chudnovsky estima que, atualmente, do total da safra argentina de soja, aproximadamente 90% seja produzido por meio de sementes geneticamente modificadas. Ibid., p. 87.

É interessante ressaltar que, dentre os fatores que contribuíram para a rápida e intensa disseminação desta soja geneticamente modificada produzida pela Monsanto perante o território argentino, o principal reside no fato de que, a partir desta semente, foram produzidas diversas variedades de plantas de soja, cada qual adequada às demandas apresentadas – por exemplo, plantas que se mostrassem mais adequadas a climas frios, ou que se mostrassem mais adequadas a longos períodos de chuva. Para que se possa visualizar esta disseminação: em 1996, período em que a mesma foi iniciada, a área argentina cultivada de soja correspondia a 10000 hectares; em 2004, a área ultrapassava os 14 milhões de hectares.<sup>65</sup>

Neste sentido, relevante destacar que, ainda que a patente do herbicida à base de glifosato fosse de titularidade, na jurisdição argentina, da Monsanto, o mesmo não se deu com a semente de soja geneticamente modificada e adequada a tal herbicida: a despeito das variadas justificativas para tanto, fato é que a Monsanto não requereu ou não conseguiu obter, à época da inserção desta sua semente no mercado argentino de sementes, a patente de tal planta transgênica.<sup>66</sup>

Como consequência disto, desde sua inserção, o invento contido nesta semente de soja estava, e está, em domínio público, no que tange à jurisdição argentina.<sup>67</sup> Perceba-se que este fato constitui a raiz da intensa disseminação da planta de soja transgênica ocorrida

<sup>65</sup> CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_.; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement: international perspectives**. Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 82. Esta expansão perante o território argentino, por sua vez, apresentou taxas de crescimentos superiores às ocorridas nos Estados Unidos, “berço” de mencionada semente de soja.

<sup>66</sup> Uma das justificativas para tanto é de natureza estratégica: a Monsanto desejava buscar novos mercados para o seu herbicida à base de glifosato, cuja utilização somente seria eficiente quando combinada com a mencionada planta de soja transgênica. Veja-se, neste sentido, a síntese de Remiche: *“Podemos decir que el factor principal del desarrollo del cultivo de soja en Argentina fue la introducción de la soja transgénica a bajo precio por Monsanto. La razón por la que se supone que Monsanto transfirió su tecnología es estratégica. En esa época, la soja transgénica no era utilizada en el continente sudamericano. Monsanto quería introducir la soja transgénica en América Latina y expandirla al resto del continente. Con este fin, Monsanto necesitaba un punto de ingreso al subcontinente. Decidió, por varias razones, la soja transgénica, a través de empresas semilleras, en Argentina. El objetivo era introducir tal soja y favorecer su propagación, no sólo a lo largo de Argentina, sino igualmente, a Brasil y a otros países de América Latina.”* REMICHE, Bernard. El acuerdo ADPIC y la directiva europea de biotecnología en el mercado mundializado. In: BERGEL, Salvador Darío; CASELLA, Aldo Pedro. **Agrobiotecnología, políticas públicas y propiedad intelectual**. Buenos Aires: Mave, 2008. p. 69. Correa, contudo, apresenta outra justificativa, afirmando que a Monsanto elegeu a Argentina como a porta de entrada de sua soja transgênica pelo fato de que tal país era um dos poucos, senão o único, disposto a receber o plantio de transgênicos em seu território – à guisa de contextualização, o plantio desta soja transgênica no Brasil somente foi autorizado após extensos debates conduzidos por autoridades de biossegurança. Neste sentido, a Monsanto, tendo obtido a patente da soja transgênica junto à jurisdição norte-americana, solicitou a revalidação desta patente perante a jurisdição argentina. Ocorre que esta solicitação fora efetuada em meio à recente alteração do regime de patentes argentino: tendo em base esta alteração, a autoridade patentária argentina negou a revalidação da patente norte-americana obtida pela Monsanto, rejeição esta posteriormente por todas as instâncias judiciais argentinas. Ibid., p. 84.

<sup>67</sup> Destaque-se, contudo, que o mesmo não ocorreu em outras jurisdições: a patente desta planta transgênica foi requerida e obtida pela Monsanto junto às jurisdições norte-americana, canadense, europeias, dentre outras.

sobre o território argentino: é a partir da inexistência de qualquer tipo de proteção por direitos de propriedade intelectual que se possibilitou a livre disseminação – sem necessidade de quaisquer permissões por parte da Monsanto – das sementes transgênicas e a produção de variedades de plantas a partir de tais sementes.<sup>68</sup> A partir da combinação destes dois elementos possibilitou-se uma melhoria na produção da soja, correlata a uma redução nos custos de tal produção – como visto, consequências da utilização da tecnologia numa cadeia produtiva –, as quais, portanto, ensejaram a expansão do cultivo da soja no território argentino.<sup>69</sup>

A complexa situação acima exposta pode ser sintetizada da seguinte forma: (i) a soja transgênica produzida pela Monsanto constitui a raiz da ascensão argentina ao posto de um dos maiores produtores de soja do mundo; (ii) muito embora não existisse nenhuma obrigação legal para tanto, as companhias argentinas produtoras de semente de soja pagavam à Monsanto valores a título de *royalties* decorrentes da utilização da soja transgênica; (iii) os interesses econômicos da Monsanto na Argentina eram amplamente satisfeitos, eis que a mesma obtinha ganhos por meio da venda do herbicida à base de glifosato, do qual a mesma detinha a patente, e por meio dos *royalties* pagos pelas companhias argentinas.

Com efeito, esta situação, relativamente estável, sofreu uma súbita alteração: a Monsanto modificou suas práticas comerciais no sentido de cobrar de todos os produtores de soja argentinos compensações relativas à utilização da tecnologia contida na soja transgênica,

---

<sup>68</sup> CHUDNOVSKY, Daniel. Argentina: adopting RR soy, economic liberalization, global markets and socio-economic consequences. In: FUKUDA-PARR, Sakio (Org.). **The gene revolution: GM crops and unequal development**. Oxon: Earthscan, 2007. p. 88. Destaque-se, contudo, a despeito da inexigibilidade de autorizações por parte da Monsanto, diversas produtoras de semente argentinas estabeleceram acordos particulares – que previam o pagamento de *royalties* – com tal empresa, a fim de que pudessem utilizar a tecnologia contida na soja transgênica e desenvolver novas variedades de plantas. Por sua vez, a quase totalidade destas variedades de plantas produzidas obtiveram o registro de propriedade intelectual junto ao Registro Nacional da Propriedade de Cultivares, a autoridade argentina competente. Em meio a este contexto, é de fundamental importância o fato de que, em nenhuma destas concessões de cultivares, a Monsanto apresentou quaisquer oposições ou reivindicações – uma faculdade garantida pela Lei 20247/1973, a lei argentina de sementes –, muito embora tal empresa tivesse consciência da utilização de sua tecnologia.

<sup>69</sup> CAP, Eugenio. La economía y la agricultura argentina en los años 90. In: \_\_\_\_\_.; CHUDNOVSKY, Daniel; LÓPEZ, Andrés; TRIGO, Eduardo (Org.). **Los transgénicos en la agricultura argentina: una historia con final abierto**. Buenos Aires: Zorzal, 2004. p. 85.

devendo estes pagar quinze dólares por tonelada de soja produzida.<sup>70</sup> Neste sentido, elenca-se como principal causa para esta repentina mudança de prática comercial o fato de que o glifosato havia caído em domínio público, passando a Monsanto a sofrer concorrência de outros agentes produtores de herbicidas à base de glifosato – portanto, podendo esta mudança ser entendida como uma forma de a Monsanto manter os ganhos no mercado de soja (em sentido amplo) argentino.<sup>71</sup>

Em função desta exposição das bases do caso Monsanto v. Argentina, pode-se perceber, ao menos até a abrupta mudança das práticas comerciais da Monsanto, a existência de um sistema de transação de tecnologia cujo funcionamento não dependia ou estava alheio aos direitos de propriedade intelectual – repita-se: muito embora não houvesse obrigação legal de as produtoras de semente argentinas pagarem *royalties* à Monsanto, estas assim procediam como uma forma de obter segurança e com vistas a estabelecer uma relação econômica duradoura.<sup>72</sup>

À medida que a cobrança de *royalties* era direcionada aos produtores de soja argentinos, e não aos produtores de semente – os licenciados diretos da tecnologia –, verifica-se que o comportamento da Monsanto não foi no sentido de resguardar seus direitos relativos (inexistentes, sob a jurisdição argentina) à tecnologia da soja, mas sim como uma forma de compensar as suas perdas no mercado de herbicidas. Nesta prática da Monsanto, assim, há uma dupla violação de direitos: de um lado, a violação dos direitos dos agricultores em separar grãos de soja para um plantio futuro; de outro, uma prática sem qualquer anteparo jurídico, eis que não havia patente sobre a soja transgênica.

---

<sup>70</sup> Ressalte-se: a Monsanto, que, por decorrência de acordos particulares, já recebia *royalties* – legalmente inexigíveis – das produtoras argentinas de sementes, passou a cobrar *royalties* – igualmente inexigíveis, eis que a mesma não detinha, na jurisdição argentina, qualquer direito de propriedade intelectual sobre a soja transgênica – dos produtores de soja argentinos em razão de os mesmos estarem se utilizando de sua tecnologia sem a correspondente contraprestação. Por outro lado, é interessante ressaltar que os produtores argentinos, da mesma forma que no mencionado caso Bowman, também estabeleciam a prática de selecionar grãos de sua colheita para o plantio de sua próxima safra – o que também, no entender da Monsanto, motivava esta cobrança –, prática esta, a seu turno, que era admitida na Lei 20247/1973 e pela Convenção da UPOV de 1978 – portanto, em conformidade com o direito argentino.

<sup>71</sup> REMICHE, Bernard. El acuerdo ADPIC y la directiva europea de biotecnología en el mercado mundializado. In: BERGEL, Salvador Darío; CASELLA, Aldo Pedro. **Agrobiotecnología, políticas públicas y propiedad intelectual**. Buenos Aires: Mave, 2008. p. 71.

<sup>72</sup> CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_.; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement: international perspectives**. Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 84.

Em essência, é com base nestes argumentos que a Monsanto tem rejeitadas suas pretensões de obter compensações junto aos produtores de soja argentinos.<sup>73</sup> E é a partir destas rejeições que a Monsanto, numa espécie de retaliação, ingressa com diversas ações junto a países europeus visando a bloquear o desembarque de carregamentos de farelo de soja importados da Argentina. No caso, a alegação da Monsanto tinha como justificativa o fato de que o farelo de soja importado da Argentina continha tecnologia protegida por patentes europeias de sua titularidade – tecnologia esta, no entender da Monsanto, que os produtores de soja argentinos deveriam ter pago para utilizar.<sup>74, 75</sup>

Perceba-se, portanto, que muito mais que obter ganhos junto aos produtores de soja argentinos que utilizaram a tecnologia de sua soja transgênica, a intenção da Monsanto, ao ingressar com estas ações, é principalmente a de desestabilizar as relações de comércio nas quais a Argentina era parte – ou, no caso, os produtores de soja argentinos. O bloqueio da soja argentina nos portos europeus teve como uma de suas principais consequências a perda de credibilidade dos produtores argentinos no mercado internacional: os importadores de soja, particularmente os europeus, passaram a buscar novos fornecedores e o preço da soja argentina caiu vertiginosamente. Não se pode deixar de mencionar, por outro lado, que o bloqueio do farelo de soja nos portos europeus gerou cobranças de taxas de armazenamento

---

<sup>73</sup> CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_.; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement: international perspectives**. Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 85. Não se pode deixar de ressaltar, contudo, os reflexos econômicos e políticos que o efetivo pagamento desta compensação teria para a Argentina: boa parte do ganho de competitividade da produção argentina de soja seria nulificado, eis que os valores cobrados pela Monsanto correspondiam a uma não desprezável parte do preço da soja então praticado no mercado internacional – não se esqueça de que a soja é uma *commodity* internacional, o que faz com que a fixação de seus preços dependa ainda menos da vontade de seu produtor –, prejudicando, assim, não só a produção – eis que os produtores de soja argentinos não teriam condições de arcar com tais custos – e exportação de soja, mas também a própria balança comercial argentina. Perceba-se, em *ultima ratio*, que muito além de quebrar um ciclo até então tido por virtuoso – ao menos sob a perspectiva econômica –, a cobrança de compensações pela Monsanto, caso tivesse sido efetivada, ademais de poderia gerar um ponto de estrangulamento na produção argentina de soja.

<sup>74</sup> REMICHE, Bernard. El acuerdo ADPIC y la directiva europea de biotecnología en el mercado mundializado. In: BERGEL, Salvador Darío; CASELLA, Aldo Pedro. **Agrobiotecnología, políticas públicas y propiedad intelectual**. Buenos Aires: Mave, 2008. p. 70. Em específico, a Monsanto amparou suas alegações com base no Regulamento CE 1383/2003, o qual determina a intervenção das autoridades aduaneiras europeias com relação a mercadorias que apresentem suspeitas de violação de direitos de propriedade intelectual: em tais casos, deve a autoridade impedir o desembarque de tais mercadorias e verificar efetivamente se as mesmas contêm ou decorrem da violação de direitos de propriedade intelectual.

<sup>75</sup> Embora não se enquadre dentro dos objetivos do presente trabalho, é interessante ressaltar que, ao mesmo tempo em que a Monsanto ingressava com estas ações visando ao bloqueio do farelo de soja argentino, a Argentina ingressava na OMC contra a União Europeia em razão de restrições à importação de produtos transgênicos. KRANAKIS, Eda. Patents and power: european patent-system integration in the context of globalization. **Technology and Culture**, Maryland, v. 48, n. 4, p. 722, 2007. Perceba-se, portanto, que os interesses dos agentes econômicos se manifestam em distintos níveis, evidenciando uma impressão, ao menos à primeira vista, contraditória, eis que o ingresso da Argentina na OMC beneficiaria – como de fato beneficiou, eis que a mesma foi vencedora em referido painel –, ainda que indiretamente, as pretensões da Monsanto, eis que a sua soja transgênica poderia ser transacionada no território europeu.

de tal produto sobre seus importadores, assim como ensejou o estabelecimento de garantias monetárias destinadas a resguardar a Monsanto caso fosse confirmada eventual violação de patente – taxas e garantias estas pagas pelos importadores europeus e posteriormente repassadas aos produtores argentinos de soja.<sup>76</sup>

Assim, como já adiantado, o bloqueio (cautelar) do descarregamento do farelo de soja argentino nos portos europeus teve como principal justificativa o fato de que, em tal soja, havia tecnologia patenteada, em países europeus, da Monsanto, a qual os produtores argentinos utilizaram sem pagamento. Neste sentido, relembre-se que a patente da planta transgênica presta-se à proteção do micro-organismo que altera a cadeia genética da planta, e não à planta em si: especificamente no caso da soja transgênica, pode-se dizer que a patente da Monsanto relaciona-se única e tão somente à capacidade de esta planta de soja resistir ao herbicida à base de glifosato.

Neste sentido, interessante ressaltar que a produção de farelo de soja – produto argentino cujo desembarque fora bloqueado pelas medidas judiciais iniciadas pela Monsanto em diversos portos europeus – é uma atividade que modifica drasticamente o estado natural do grão de soja: em seu processo, a soja é submetida a altíssimas temperaturas e a forte compressão física, restando ao final a soja em farelo.

Perceba-se, portanto, que em decorrência deste processo transformador, a soja argentina bloqueada nos portos europeus (já em estado de farelo) não mais poderia manifestar a utilidade da tecnologia contida em sua cadeia genética, seja pelo simples fato de que o grão de soja fora decomposto – ou “esfarelado” –, seja pelo fato de que, em decorrência das altas temperaturas e fortes compressões físicas, a cadeia genética da soja transgênica restaria desnaturada. Ou seja, à medida que a tecnologia contida na soja (em forma de farelo) argentina bloqueada não poderia mais produzir quaisquer utilidades e não mais poderia ser

---

<sup>76</sup> Para que se possa ter noção dos valores envolvidos: (i) as taxas de armazenamento nos portos europeus custavam em torno de 20000 a 30000 euros por dia; (ii) as garantias monetárias, estabelecidas mediante acordo entre a Monsanto e os importadores europeus, foram fixadas em 15 euros por tonelada de soja importada – cada carregamento de soja continha, em média, 40000 toneladas. Ao final, leve-se em conta que todos os procedimentos judiciais foram finalizados, em média, dois anos após seu início. KRANAKIS, Eda. Patents and power: european patent-system integration in the context of globalization. **Technology and Culture**, Maryland, v. 48, n. 4, p. 724, 2007.

utilizada, conclui-se pela impossibilidade de ocorrer qualquer violação das patentes de soja transgênica detidas pela Monsanto nos países europeus.<sup>77</sup>

Não obstante, também não se pode deixar de ressaltar que a Argentina é aderente à Convenção de 1978 da UPOV, convenção esta que, como visto no terceiro capítulo deste trabalho, admite a exceção do agricultor, mecanismo jurídico que possibilita ao agricultor separar de sua colheita (em que haja o emprego de variedade de plantas) sementes para serem utilizadas num plantio futuro – faculdade esta que também é prevista no ordenamento argentino, por meio da Lei 20247/1973.

Assim, entende-se por descabido o questionamento feito pela Monsanto de que os produtores de soja argentinos estariam violando sua patente (concedida sob a jurisdição europeia) mediante a produção de variedades de plantas e a seleção de grãos para a próxima colheita: à medida que estas práticas foram lícitamente implementadas sob a jurisdição argentina – em que a tecnologia da soja transgênica estava em domínio público e que facultava a seleção de grãos pelo seu produtor –, não havia como se conceber uma atuação extraterritorial das normas europeias de propriedade intelectual.<sup>78</sup>

*Mutatis mutandis*, as decisões das ações judiciais movidas pela Monsanto – propostas na Dinamarca, Holanda, Espanha e Reino Unido – foram essencialmente

<sup>77</sup> MASSOT, Juan Miguel. Análisis económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 104. No que tange especificamente ao direito europeu, a inexistência de violação decorre do fato de que a Diretiva 98/44/CE, que harmonizou a concessão de patentes biotecnológicas na União Europeia, dispunha, em seu art. 9º, que a proteção conferida por uma patente biotecnológica alcança todo material que contenha o material genético patenteado e desempenhe efetivamente sua função. CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_.; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement**: international perspectives. Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 88. De acordo com o Autor, esta conclusão seria aplicável a outros derivados de soja, igualmente exportados pela Argentina: “*The same can be applied to other by-products, such as soybean oil. Likewise, the importation of soybeans, so long as they are not used as seeds (but for food or further processing), does not infringe said patents since there is no use in European territory of the gene-resistance properties. The same reasoning is applicable to the RR gene [o gene contido no micro-organismo] eventually remaining in soymeal. It is not only deprived of any function but it is an undesirable element.*”

<sup>78</sup> REMICHE, Bernard. El acuerdo ADPIC y la directiva europea de biotecnología en el mercado mundializado. In: BERGEL, Salvador Darío; CASELLA, Aldo Pedro. **Agrobiotecnología, políticas públicas y propiedad intelectual**. Buenos Aires: Mave, 2008. p. 71. Ao dispor sobre este aspecto no caso argentino, Correa destaca que, ainda que a mesma situação ocorresse num país aderente à Convenção de 1991 da UPOV – que veda a exceção do agricultor e que dispõe a proteção das variedades de planta por patentes –, seria igualmente incabível uma aplicação extraterritorial do direito europeu – mesmo em casos em que efetivamente se comprovasse a violação da propriedade intelectual –: “*On the other hand, as also happens in other countries (including the United States), ‘white bag’ seeds that are grown without the authorization of breeders end up cutting down sales of the legitimate seed. This is a problem of enforcement that affects all seed producers, not just Monsanto, which cannot be solved by filing suit in a foreign jurisdiction, but rather by investing in improved mechanisms for the supervision and control of the production and trading of seeds. Intellectual property rights, as stated in the Preamble of the TRIPS Agreement, are private rights. Hence, the costs of their enforcement should be borne by the right-holders, not the states.*” Ibid., p. 86.

fundamentadas com base nos argumentos acima dispostos, saindo a Argentina, portanto, vencedora dos mesmos e sendo autorizado o desembarque dos carregamentos de farelo de soja em mencionados países. Note-se, contudo, que se trata de uma “vitória de Pirro”: conforme já mencionado, o objetivo primordial da Monsanto, ao mover estas ações, foi o de gerar incertezas e desconfiças sobre os produtores de soja argentinos – e, por via regressa, a própria Argentina –, a fim de forçar a submissão dos mesmos às suas novas práticas comerciais – ou seja, que pagassem a compensação pela utilização de sua tecnologia.

Perceba-se, portanto, que as ações judiciais movidas pela Monsanto compõem uma estratégia de litigância pela qual a mesma não buscava somente impedir o desembarque da soja argentina nos países europeus, a pretexto de violação de sua propriedade intelectual, mas também desequilibrar, econômica e politicamente, a Argentina, recém-saída de uma crise econômica – superada, em grande parte, em função das exportações de produtos agrícolas, sobretudo da soja.<sup>79</sup>

Não se pode deixar de ressaltar, por fim, que mesmo tendo perdido as lides por ela iniciadas na Europa, toda a pressão posta pela Monsanto sobre a Argentina trouxe a esta, por fim, um resultado positivo. Este resultado decorre da Resolução 338/2006, da Secretaria Argentina de Agricultura, Gado, Pesca e Alimentos, destinada a regulamentar o instituto da exceção do agricultor no direito argentino, por meio da qual se proibiu os produtores argentinos de separarem sementes de suas colheitas em número superior ao adquirido inicialmente das produtoras de semente, assim como que os mesmos vendessem parte destas sementes a terceiros – um dos principais objetivos da Monsanto quando do início de sua nova prática comercial.<sup>80</sup>

Com efeito, é somente após todos estes acontecimentos – iniciados com a mudança das práticas comerciais da Monsanto e culminados com as ações judiciais por esta movidas nos países europeus – que emerge, novamente perante a jurisdição argentina, a atuação da política de concorrência. A partir dos acontecimentos acima mencionados, a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC), autoridade concorrencial argentina, iniciou, mediante solicitação da Secretaria Argentina de Agricultura, Gado, Pesca e

<sup>79</sup> Na síntese de Correa: “*The company aims at twisting the arm of the Argentine government and imposing a ‘tailor-made’ solution, bypassing Argentine and international law. In fact, much more than the interpretation of patent law is at stake in this case. It is an important test for the way in which disputes between multinational companies and the states where they operate are to be settled.*” CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_.; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement: international perspectives**. Northampton: Edward Elgar, 2009. p. 88.

<sup>80</sup> KRANAKIS, Eda. Patents and power: european patent-system integration in the context of globalization. **Technology and Culture**, Maryland, v. 48, n. 4, p. 725, 2007.

Alimentos, investigação preliminar visando a apurar eventuais práticas anticoncorrenciais efetuadas pela Monsanto.<sup>81</sup>

Em setembro de 2007, após analisar os argumentos apresentados pela Monsanto, a CNDC entendeu existirem indícios suficientes para converter a investigação preliminar em investigação efetiva e ampla acerca de eventuais práticas anticoncorrenciais executadas pela Monsanto. Em específico, a autoridade concorrencial argentina buscava verificar se, na tentativa de fazer cumprir, na jurisdição europeia, seus supostos direitos de propriedade intelectual sobre a soja transgênica, a Monsanto teria praticado infrações anticoncorrenciais.

Em essência, as alegações desenvolvidas pela (e na esfera da) CNDC se cingem ao fato de que as condutas que a Monsanto instrumentalizou tendo por base seus supostos direitos de propriedade intelectual sobre a soja transgênica – particularmente as ações judiciais movidas na Europa – caracterizariam um abuso de posição dominante, uma vez que tais atuações teriam obstaculizado o comércio de produtos argentinos – numa nítida referência ao diploma concorrencial argentino – na Europa.<sup>82</sup>

Mais uma vez exercendo uma estratégia de litigância pouco convencional, a Monsanto procurou obter a revogação judicial da instalação deste procedimento investigatório efetivo, trazendo, para tanto, argumentos preliminares e de mérito. Pelos primeiros, alegou a Monsanto que: (i) a CNDC não dispunha de legitimidade para comandar estas investigações,

---

<sup>81</sup> Por meio de pesquisa *in loco*, o Autor desta pesquisa verificou que este procedimento, embora iniciado na esfera administrativa, fora finalizado na instância judicial. Neste sentido, verificou-se que é a praxe argentina substituir a identificação dos procedimentos (número, partes, órgão competente) conforme a instância em que os mesmos se encontram ou têm seu trânsito em julgado – portanto, a identificação do procedimento junto à CNDC inexistente. Na instância judicial, estes procedimentos receberam a identificação de Causa 13.676/07 “Monsanto Company s/ Apel. Resol. Comisión Nac. de Defensa de la Competencia” e Causa n. 638/08 “Monsanto Argentina SAIC s/ Apel. Resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, tanto ambos sido julgados em conjunto, por aplicação do princípio da conexão de causas, pela Sala III da Câmara Nacional de Apelações no Cível e Comercial Federal – instituição jurisdicional federal de segunda instância na Argentina.

<sup>82</sup> Portanto, o objetivo da CNDC era investigar os possíveis impactos anticoncorrenciais decorrentes dos efeitos dos litígios envolvendo os direitos de propriedade intelectual da Monsanto. Práticas desta natureza são denominadas pela doutrina-norte americana de *sham litigation* – em tradução literal, “litigância falsa ou simulada”. Em essência, a *sham litigation* se caracteriza quando o agente econômico, titular de propriedade intelectual e em posição dominante em seu mercado, exercita seu direito à prestação jurisdicional ou administrativa do Estado, não dispondo, para tanto, de qualquer chance ou intenção de ganho, assim como não dispondo de qualquer mérito em sua solicitação de prestação. Destaque-se, contudo, que a solicitação frívola da prestação deve ser claramente caracterizada, sob pena de violar o direito de ação e o direito de petição consagrados constitucionalmente – ao menos nos países ocidentais. Basicamente, esta frivolidade pode decorrer: (i) da inadequação da medida executada pelo agente econômico, ou seja, se ele, dispondo de outra alternativa, se utiliza de procedimento judicial ou administrativo; (ii) ausência de causa provável ou razoável na desistência ou arquivamento de processo anterior; (iii) que o procedimento seja corrompido na tentativa de alcançar um propósito para o qual o mesmo fora designado. ELHAUGE, Einer. Making sense of antitrust petitioning immunity. **California Law Review**, Berkeley, v. 80, n. 5, p. 1185-1204, 1992.

uma vez que a autoridade concorrencial argentina estaria a cabo, por força da Lei 25156/1999, do Tribunal de Defesa da Concorrência; (ii) a CNDC estava com seu quadro de conselheiros incompleto, o que impediria o desenvolvimento de atividades por tal órgão.

O tribunal *ad quem*, no entanto, não admitiu estas duas pretensões da Monsanto: a primeira, em razão de que a jurisprudência consolidada na Corte Suprema de Justiça – instância máxima do Poder Judiciário argentino – dispunha que, até a constituição do Tribunal de Defesa da Concorrência, a CNDC tinha legitimidade para atuar enquanto autoridade concorrencial argentina; a segunda, pelo fato de que igualmente a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça se direcionava no sentido de não existir quaisquer requisitos legais segundo os quais a CNDC deveria, para desenvolver suas funções, contar com o número total de membros que a compõem.

No que tange ao mérito, os argumentos apresentados pela Monsanto podem ser sumarizados da seguinte forma: (i) a impossibilidade de aplicação extraterritorial da lei concorrencial argentina; (ii) insuficiência de provas que indicam posição dominante pela Monsanto; (iii) aplicação da doutrina “Noerr-Pennington”, elaborada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e aceita pelas autoridades concorrenciais europeias, ao caso investigado pela CNDC; (iv) ausência ou insuficiência de danos aos exportadores de soja argentinos.

Em específico, o primeiro argumento de mérito apresentado pela Monsanto era no sentido de que as ações judiciais por ela movidas na Europa não tinham quaisquer efeitos na Argentina: assim, diante de tal fato, deve vigor o princípio da territorialidade, não existindo quaisquer exceções ao mesmo. Além deste fato, a Monsanto argumenta que todo o procedimento conduzido pela CNDC poderia levar a decisões conflitantes com aquelas eventualmente tomadas pelas autoridades estrangeiras.

Neste sentido, é interessante ressaltar que o art. 3º da lei concorrencial argentina <sup>83</sup> prevê a cobertura, pela política de concorrência, de condutas que, embora

---

<sup>83</sup> Art. 3º – *Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.*

*A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.*

praticadas no estrangeiro, tenham ou possam ter efeitos nos mercados argentinos.<sup>84</sup> Destaque-se, entretanto, que estes argumentos não foram analisados em profundidade pelo tribunal, tampouco foram decisivos no resultado final do julgamento – a despeito do dispositivo legal supramencionado expressamente dispor a possibilidade de aplicação extraterritorial da lei concorrencial argentina.

Quanto ao argumento da insuficiência de provas relativas à posição dominante eventualmente exercida, a Monsanto apresentou diversos estudos indicando que ela não detinha posição dominante no mercado de sementes de soja argentino. Não obstante, a Monsanto também apresentou estatísticas oficiais que demonstravam que os países europeus nos quais a mesma ingressou com ações judiciais respondiam tão somente por 36% do total das exportações argentinas de farelo soja.<sup>85</sup>

O tribunal, de certa forma concordando com os argumentos expostos pela Monsanto, ressaltou que a CNDC não descreveu ou produziu provas suficientes a evidenciar, ainda que minimamente, que a Monsanto detinha posição dominante. Pior: de acordo com o tribunal, a CNDC sequer definiu de modo suficiente o mercado relevante no qual a Monsanto atuaria. Ou seja, de acordo com o tribunal, não teria como a CNDC investigar a prática de abuso de posição dominante, e mesmo a violação do interesse econômico geral – o objeto

---

<sup>84</sup> É interessante ressaltar, no entanto, que na própria origem do direito da concorrência, nos Estados Unidos, se estabeleceu a exceção ao princípio da territorialidade como uma das válvulas de escape da política de concorrência. Inclusive, durante muito tempo a atuação extraterritorial da lei concorrencial foi utilizada pelos Estados Unidos como uma forma de controlar os efeitos das importações perante o mercado interno norte-americano. BARBOSA, Denis Borges. **The world competition agency as a necessary international institution**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=436685>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

<sup>85</sup> Muncioy resalta ainda a tentativa de comprovação de boa-fé por parte da Monsanto: “*Nevertheless, Monsanto also pointed out that there were other international markets where the technology protected by the European patents was in the public domain, including China, which was the destination of 76 percent of the exports of Argentine products derived from the technology Roundup-Ready.*” MUNCIOY, Mariano. Judicial decision in Argentina tackles the interplay between enforcing patent rights and antitrust law within the dispute between Monsanto and the Argentine government on the “GM soy-seed RR”. **The Online Magazine for Global Competition Policy**, Cambridge, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/judicial-decision-in-argentina-tackles-the-interplay-between-enforcing-patent-rights-and-antitrust-law-within-the-dispute-between-monsanto-and-the-argentine-government-on-the-gm-soy-seed-rr>>. Acesso em: 3 jan. 2013. No que tange à definição de mercado relevante, assevera o Autor: “*Particularly in the case of the local market of soy seed, there are many difficulties to estimating the different economic factors that are needed to define the market of the relevant product as, for example, the high level of national commercialization through ‘gray channels.’*” Estes canais cinzentos podem ser entendidos desde a perspectiva dos chamados “mercados negros” até a perspectiva das sementes produzidas de acordo com a exceção do agricultor.

tutelado pela lei concorrencial argentina –, sem delimitar o mercado relevante em que a Monsanto atua.<sup>86</sup>

Como terceiro argumento, a Monsanto expôs que as ações judiciais por ela movidas na Europa seriam isentas de qualquer responsabilização, nos termos da lei concorrencial argentina, em razão da doutrina “Noerr-Pennington” – alegação esta que, embora exposta à CNDC quando da investigação preliminar, não foi por esta admitida. Em essência, esta doutrina dispõe a imunidade concorrencial do direito de ação e do direito de petição – consagrados, no direito norte-americano, pela *United States’ Bill of Rights*.

Neste sentido, o tribunal argentino dispõe que o peticionamento a autoridades constitui um direito com amparo na Constituição Argentina e em tratados internacionais – os quais, por sua vez, são hierarquicamente superiores às leis federais argentinas, devendo aqueles prevalecer em caso de conflitos normativos. Entretanto, reconheceu o tribunal que este direito é limitado pela doutrina do abuso de direito, razão por que não deveria haver isenção pela lei concorrencial argentina quando o peticionamento a autoridades mascara uma interferência em direitos legítimos dos competidores – devendo esta limitação, no entanto, ser aplicada de modo excepcional e somente em casos em que há uma intenção clara de intervir de tal modo.

Isto posto, o tribunal concordou com os argumentos da Monsanto, expondo que a CNDC não logrou demonstrar que as tentativas de a Monsanto fazer cumprir seus supostos direitos de propriedade intelectual sobre a soja transgênica não tinham quaisquer bases ou fundamentos. O tribunal asseverou, ainda, inexistirem, nos autos, quaisquer indícios que

---

<sup>86</sup> Como visto, a atuação da política de concorrência se condiciona, necessariamente, à definição de um mercado relevante: é a partir do mesmo que se identificará o nível de poder dos agentes econômicos e os efeitos das condutas que os mesmo praticam. Na síntese de Rosenberg: “Uma prática só pode ser considerada como anticompetitivas se verificado o lócus econômico no qual está inserida, a fim de que se examine se tal ato ou conduta tem o condão de prejudicar as relações concorrenciais naquele mercado.” ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional:** os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 103.

minimamente comprovassem a ocorrência de abuso de direito de petição por parte da Monsanto.<sup>87</sup>

Por fim, como quarto argumento a Monsanto alega a ausência ou insuficiência de danos aos exportadores de soja argentinos: de um lado, expõe que os importadores europeus da soja argentina, interessados exclusivamente em obter ganhos com estas transações, não tomaram qualquer iniciativa em participar dos procedimentos investigatórios preliminares e efetivos propostos pela CNDC<sup>88</sup>; por outro lado, em nova tentativa de demonstrar sua boa-fé, a Monsanto expôs que, as ações judiciais movidas na Europa não teriam propriamente o objetivo de bloquear o desembarque das cargas de farelo de soja, mas somente o objetivo de obter amostras destas cargas a fim de analisá-las e verificar a violação ou não de suas patentes sobre a soja transgênica.<sup>89</sup>

Analisando este argumento, nota-se que o tribunal argentino entendeu a ausência de quaisquer importadores europeus de soja como um elemento decisivo para aferição de danos aos exportadores de soja argentinos: ainda que não se possa identificar se como simples falta de interesse dos importadores na investigação da CNDC ou como uma espécie de reciprocidade à atuação do Estado argentino nas lides europeias, é visível a motivação da decisão no sentido de que sem uma ruptura explícita entre os importadores europeus e os produtores de soja argentinos – não exposta no procedimento investigatório conduzido pela CNDC –, não haveria como qualificar, ou mesmo quantificar, possíveis danos ao interesse econômico geral.

É interessante destacar, contudo, que à medida que esta ação judicial se referia à própria atuação da CNDC na condução das investigações preliminares e na possível futura investigação efetiva, não havia quaisquer possibilidades de a CNDC apresentar novos argumentos, ao menos naquela instância judicial.

---

<sup>87</sup> De acordo com Municoy, outro fator que levou a adoção desta posição pelo tribunal argentino é dado pela complexidade da tecnologia protegida pelas patentes europeias detidas pela Monsanto, cujo escopo ainda estaria sendo decidido pelos tribunais europeus e cuja interpretação pelo Tribunal de Justiça Europeu ainda não havia sido estabelecida. MUNICOY, Mariano. Judicial decision in Argentina tackles the interplay between enforcing patent rights and antitrust law within the dispute between Monsanto and the Argentine government on the “GM soy-seed RR”. *The Online Magazine for Global Competition Policy*, Cambridge, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/judicial-decision-in-argentina-tackles-the-interplay-between-enforcing-patent-rights-and-antitrust-law-within-the-dispute-between-monsanto-and-the-argentine-government-on-the-gm-soy-seed-rr>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

<sup>88</sup> Interessante ressaltar, neste sentido, que o Estado argentino se habilitou em todas as ações movidas pela Monsanto na Europa, em cujos polos passivos se encontravam inicialmente os importadores europeus.

<sup>89</sup> A Monsanto reafirma, ainda neste contexto, que disponibilizou todas as garantias – financeiras e materiais – requeridas pelas normas europeias, visando a cobrir potenciais danos decorrentes deste procedimento.

Assim, tendo em vista os aspectos anteriormente expostos, a Câmara Nacional de Apelações no Cível e Comercial Federal decidiu pela procedência dos pedidos efetuados pela Monsanto, entendendo não existirem indícios suficientes que justificassem a instalação de um procedimento de investigação efetiva, por parte da CNDC, acerca do suposto abuso de posição dominante praticado pela Monsanto quando tentativa de fazer cumprir seus direitos sobre a propriedade intelectual da soja transgênica.

Entretanto, o tribunal ressaltou que sua decisão não deveria ser considerada como uma limitação à possibilidade de descoberta de novas evidências que pudessem provar que a Monsanto abusou de seus direitos de propriedade intelectual, ou que novos atos ou condutas pela mesma manifestados acerca dos fatos narrados poderiam resultar em sua responsabilização pela lei concorrencial argentina.

Por fim, a CNDC apresentou recurso desta decisão à Suprema Corte de Justiça argentina, a qual não se pronunciou, até o momento da redação do presente trabalho, acerca do recebimento e da admissibilidade de tal recurso – embora se trate da mais importante ação judicial relativa à atuação repressiva da política de concorrência sobre condutas praticadas por meio de direitos de propriedade intelectual em trâmite na jurisdição argentina.

#### **4.3 A atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas no Brasil: suporte fático dos litígios judiciais e conjecturas a partir do caso Monsanto v. Argentina**

Conforme já exposto no tópico anterior, até o momento de redação do presente trabalho, não se logrou encontrar na jurisdição brasileira quaisquer casos relativos à interface entre política de concorrência e propriedade intelectual de plantas. Para que não se possa dizer que inexistente qualquer interface entre propriedade intelectual de plantas e política de concorrência, foram encontrados diversos casos relativos à apreciação de controle de estruturas cujas partes, ademais de serem agentes econômicos que atuam no mercado agrícola brasileiro, são reconhecidas detentoras e desenvolvedoras de tecnologia aplicada à agricultura – destacando-se desde já que a (tantas vezes mencionada) Monsanto é parte em muitos destes casos. Ressalte-se, contudo, que tais casos não tiveram maiores repercussões, tendo a quase totalidade dos mesmos sido aprovada pelo CADE sem restrições.

Assim, a despeito dos aspectos expostos no terceiro capítulo deste trabalho, como a importância econômica e política que a produção agrícola exerce para o Brasil em ambos os planos nacional e internacional e o fato de que o Brasil tem obtido relativo sucesso no desenvolvimento e utilização de tecnologias aplicadas a plantas (sobretudo em variedades de plantas) – destacando-se, em meio a tais aspectos, o alto nível de competitividade da produção agrícola brasileira e a diversificação dos *players* participantes nos mercados agrícolas nacionais (nacionais e estrangeiros, particulares e públicos) –, não se logrou encontrar, até o momento da redação do presente trabalho, qualquer atuação do CADE relativa a condutas praticadas por meio da propriedade intelectual de plantas.

Neste sentido, diversos aspectos podem compor a justificativa para tal fato. Sem a pretensão de esgotá-los, entende-se que os seguintes figuram dentre os principais <sup>90</sup>:

- (i) a disponibilidade de poucos dados relativos à utilização da propriedade intelectual de plantas na agricultura brasileira: não se logrou encontrar quaisquer estudos acadêmicos ou de órgãos oficiais que expressassem sequer qual a participação da propriedade intelectual de plantas na agricultura brasileira, seja em cultivos específicos, seja de maneira abstrata (v.g., não se encontrou dados que apontassem que “x por cento” da safra de determinado produto ou da produção agrícola brasileira é obtida por meio do emprego de propriedade intelectual de plantas). Igualmente não se logrou encontrar estudos que acerca das características dos *players* que atuam nos mercados em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada no Brasil;
- (ii) a falta de recursos humanos disponíveis junto ao CADE: este aspecto já fora mencionado desde a discussão do então projeto que viria originar a atual Lei 12529/2011, em que se previa a criação e o preenchimento – ainda não efetivados – de 200 cargos para a nova estrutura do CADE, sendo que, atualmente, o CADE conta com 158 servidores. <sup>91</sup> A título de comparação,

---

<sup>90</sup> O Autor do presente trabalho agradece ao Professor Daniel Damásio Borges que, quando de arguição no exame de qualificação de mestrado, efetuou questionamentos no sentido de se identificar quais os possíveis motivos da inexistência, até o momento, de atuações repressivas da política de concorrência brasileira sobre os direitos de propriedade intelectual em plantas – obrigando, por consequência, que a investigação então proposta se estendesse para esta dimensão. Certamente os aspectos acima mencionados não encerram ou satisfazem plenamente este questionamento, porém constituem um indicativo que, sob o ponto de vista deste Autor, não pode ser desprezado.

<sup>91</sup> SEGEPI. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Boletim estatístico de pessoal**: novembro 2012. Brasília, DF 2012. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico\\_12/Bol199\\_Nov2012\\_rep2.pdf](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_12/Bol199_Nov2012_rep2.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2013.

somente a *Federal Trade Commission* (FTC), uma das autoridades de concorrência norte-americanas, dispõe de um quadro fixo de 1100 empregados.<sup>92</sup> Perceba-se que, para um país de dimensões continentais e com um mercado multifacetado como o Brasil, o funcionamento adequado da política de concorrência depende, necessariamente, de uma estrutura que possibilite quantificar e qualificar os dados econômicos inerentes a qualquer análise concorrencial. Ainda que a comparação da realidade brasileira com a realidade norte-americana não seja totalmente apropriada, não se pode negar que a mesma evidencia o fator “recursos humanos” como uma das razões pelas quais a efetividade da política de concorrência brasileira ainda é baixa – embora com níveis não desprezáveis de evolução – quando comparada aos Estados Unidos ou União Europeia<sup>93</sup>;

(iii) a dificuldade de definição de mercados relevantes para a propriedade intelectual de plantas: como se constatou no segundo capítulo deste trabalho, a aplicação da política de concorrência depende fundamentalmente da definição de mercados relevantes, a partir dos quais são medidos os poderes dos agentes econômicos. Neste sentido, a propriedade intelectual é um ativo econômico que, por si só, dificulta sobremaneira a delimitação de mercados relevantes.<sup>94</sup> Especificamente no caso da propriedade intelectual de plantas, a dificuldade de se delimitar, em termos de produto e em termos geográficos, mercados relevantes decorre não só dos itens (i) e (ii) supramencionados, mas também das particularidades a esta inerentes: uma

<sup>92</sup> FTC. **Performance & accountability report**: fiscal year 2012. Disponível em:

<<http://www.ftc.gov/opp/gpra/2012parreport.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

<sup>93</sup> *Mutatis mutandis*, diagnóstico semelhante é atribuído à situação da política de concorrência argentina – inclusive no que tange ao revés da CNDC junto à Câmara Nacional de Apelações no Cível e Comercial Federal: “*The Antitrust Commission has been involved in several high profile cases that have shown its capacity to uncover anticompetitive conduct. However, in recent years, the case load of the Antitrust Commission has greatly increased, without a corresponding increase in important results, due to the severe understaffing of the Antitrust Commission.*” O’FARREL, Alfredo Miguel; DEL PINTO, Miguel. **Handbook on multijurisdictional competition law investigations**: Argentina. Disponível em:

<[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust\\_law/at311000\\_treatise\\_argentina.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/at311000_treatise_argentina.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2013.

<sup>94</sup> Um dos principais óbices em delimitar o mercado relevante para produtos tecnológicos decorre da dificuldade de se encontrar substitutos da tecnologia incorporada naquele produto: embora duas tecnologias distintas possam apresentar finalidades semelhantes, nem sempre uma pode ser considerada substituta da outra. Assim, a depender do produto e da tecnologia que o mesmo contém, pode-se identificar o mercado relevante como (i) tão somente aquele do produto, (ii) aquele do produto com a tecnologia incorporada ou (iii) tão somente da tecnologia assinalada. ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional**: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias. 2004. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 67.

delimitação como esta demandaria, v.g., o conhecimento dos *players* que transacionam a propriedade intelectual e a cadeia pela qual a mesma é transacionada, as culturas em que a propriedade intelectual é implementada, as localidades em que a propriedade intelectual de plantas é utilizada e transacionada.

Com efeito, a despeito da inexistência de uma atuação mais consistente por parte do CADE sobre a propriedade intelectual de plantas (seu exercício potencial e efetivo), logrou-se encontrar algumas ações judiciais em trâmite perante a jurisdição brasileira em que se discute o exercício de direitos de propriedade intelectual de plantas. Dentre estas ações, duas guardam especial afinidade com as situações expostas no presente trabalho: embora não tenham transitado em julgado, estas ações que discutem, em essência, a cobrança e o pagamento de *royalties* decorrentes da utilização da tecnologia que confere às plantas resistência ao glifosato – portanto, ações em que a Monsanto figura como uma das partes.

A primeira destas ações foi recentemente julgada em primeira instância pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (15ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, sentença publicada em 19 de abril de 2012): trata-se do Processo 001/1.09.0106915-2, movido pelo Sindicato Rural de Passo Fundo, o Sindicato Rural de Sertão e o Sindicato Rural de Santiago contra a *Monsanto Technology LLC* e a Monsanto do Brasil Ltda.

Em essência, trata-se de uma demanda em que se buscava o reconhecimento do direito a reservar – para replantio, venda, troca ou doação – e vender – como matéria-prima (sementes) ou alimento – o produto de cultivares da soja transgênica da Monsanto, sem a necessidade de pagamento de *royalties* ou indenizações de qualquer natureza pela utilização da tecnologia da soja transgênica, ao passo que a Monsanto postulava a existência de seu direito a estabelecer tais práticas.<sup>95</sup>

À medida que esta ação retrata, *mutatis mutandis*, os mesmos fatos e argumentos expostos nos casos canadense, norte-americano e argentino supramencionados, passa-se a expor os principais pontos dispostos na sentença deste processo. Julgando parcialmente procedente os pedidos efetuados pelos sindicatos, a sentença levou em consideração primordialmente os seguintes fatos: (i) as patentes que resguardam a tecnologia

---

<sup>95</sup> Numa tentativa de sintetizar a ação, o juízo dispõe que se trata de verificar se, ao caso exposto, devem ser aplicados os regimes da Lei de Cultivares (Lei 9456/1997) e da Convenção de 1978 da UPOV ou o regime da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279/1996) e o modelo do Acordo TRIPS.

da soja transgênica da Monsanto estão em domínio público desde 2010 <sup>96</sup>; (ii) o regime da propriedade intelectual de plantas vigente no Brasil não admite a dupla proteção (eis que o Brasil é aderente da Convenção da UPOV de 1978), razão pela qual as cobranças de *royalties* ou de indenizações pela utilização da tecnologia feitas aos produtores de soja gaúchos não cabíveis, tanto da forma em que eram feitas quanto pela própria inexistência deste direito da Monsanto <sup>97</sup>. Por fim, ressalte-se que Monsanto recorreu desta sentença junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recurso este que, até o momento da redação deste trabalho, ainda não foi julgado.

Deve-se destacar, contudo, que quando da propositura de tal ação, os autores requereram e obtiveram a antecipação de tutela visando, basicamente, à suspensão das cobranças de *royalties* engendradas pela Monsanto. A Monsanto recorreu da tutela antecipada por meio de agravo de instrumento, tendo por argumentos o descabimento do instrumento processual utilizado pelos sindicatos para resguardar os supostos direitos por eles reivindicados e a ausência de legitimidade dos sindicatos para a propositura daquela ação, ocasião em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se pronunciou pela manutenção da tutela antecipada, ressaltando, porém, a sua circunscrição às cidades de Passo Fundo, Sertão e Santiago.

Desta decisão, ambas as partes recorreram, por meio de recurso especial direcionado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp. n. 1.243.386 – RS), tendo a Monsanto basicamente reafirmado os termos de seu recurso anterior. Já o recurso dos sindicatos tinha por objetivo estender a eficácia da tutela antecipada para todo o território nacional, argumentando que a Monsanto praticaria todos os atos mencionados nos autos no restante do território nacional.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 26 de junho de 2012, de certa forma foi correlata à sentença prolatada na primeira instância: de um lado, negou

---

<sup>96</sup> A Monsanto ajuizou ação (Processo n. 2007.51.01.805642-1, 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro) visando à extensão da validade de suas patentes relativas à soja transgênica resistente ao glifosato, amparando-se, para tanto, na doutrina das patentes *pipeline* – cuja constitucionalidade, por sua vez, foi questionada junto ao Supremo Tribunal Federal. Esta ação foi julgada improcedente, tendo a Monsanto recorrido desta decisão (AC n. 540481, 1ª Turma, Tribunal Regional Federal da 2ª Região), recurso este ainda pendente de julgamento.

<sup>97</sup> Especificamente, a cobrança engendrada pela Monsanto (desde que anteriormente ao domínio público) somente poderia ser efetuada sobre os agentes que desenvolveram variedades de plantas – em se tratando de variedades derivadas da soja transgênica. Por outro lado, a Lei de Cultivares e a Convenção de 1978 da UPOV reconhecem o direito de os agricultores separarem grãos – para replantio, venda, troca ou doação – de soja decorrentes de safra em que houve o plantio de soja transgênica (desde que a semente tenha sido legitimamente obtida) sem a necessidade de quaisquer pagamentos à Monsanto – quanto mais de pagamentos contínuos, em que havia a cobrança da Monsanto a cada colheita de soja efetuada.

provimento ao recurso da Monsanto; de outro, deu provimento total ao recurso dos sindicatos, conferindo à antecipação de tutela eficácia *erga omnes* em escala nacional, com base no fato de que a propositura da ação pelos sindicatos não visava à exclusiva tutela dos interesses de seus associados, mas sim à ampla tutela de todos os produtores de soja (associados ao não, localizados naquela região ou não) que utilizam a soja transgênica da Monsanto, não sendo possível, assim, conceber uma tutela jurídica que isentasse do pagamento de *royalties* apenas os produtores de soja do Rio Grande do Sul – ressaltando que, se assim se procedesse, seria causado um substancial desequilíbrio no mercado atacadista de soja nacional.

Já a segunda das ações supramencionadas foi recentemente ajuizada junto ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso (Vara Especial da Ação Civil Pública e Ação Popular da Comarca de Cuiabá, distribuída em 18 de setembro de 2012): trata-se do Processo n. 82/2012 (Código 779222), movido pela Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Mato Grosso em conjunto com 60 sindicatos rurais de municípios de Mato Grosso em face da Monsanto Technology LLC e Monsanto do Brasil Ltda.

Tal como suas predecessoras nacional e estrangeiras, esta ação visa à isenção de quaisquer cobranças, a títulos de *royalties* ou de indenizações, pela utilização da tecnologia da Monsanto que confere às plantas resistência ao glifosato, tendo por base os argumentos de que as patentes que protegem tal tecnologia estão em domínio público e de que o sistema de propriedade intelectual de plantas vigente no Brasil confere aos agricultores a possibilidade de separar, de sua colheita, sementes para serem vendidas, trocadas, doadas ou replantadas.

Ressalte-se, contudo, que esta ação se distingue de suas predecessoras na medida em que, ademais da soja transgênica, discute a extensão dos direitos supramencionados para a planta de algodão transgênica, igualmente de titularidade da Monsanto, que também contém a tecnologia de resistência ao glifosato. Note-se, portanto, que esta ação instrumentaliza a “ampliação” da disputa relativa à tecnologia da Monsanto – passando a abranger não só a soja, mas também o algodão transgênico: da mesma forma como ocorreu no Rio Grande do Sul, foi requerida, e deferida, antecipação de tutela visando a cessar toda e qualquer cobrança da Monsanto relativa à utilização de sua tecnologia sobre a soja e

também sobre o algodão transgênico – abrangendo, portanto, as já mencionadas faculdades de separar, replantar, vender, trocar e doar as sementes.<sup>98</sup>

Desta forma, levando-se em conta o “precedente” estabelecido pela ação movida no Rio Grande do Sul (escreve-se entre aspas eis que tal ação ainda está em trâmite) evidencia-se a importância da ação de Mato Grosso em função de dois aspectos: (i) ela corrobora o fato, mencionado na ação gaúcha e utilizado como fundamento na supramencionada decisão do STJ, de que as (ora discutidas) práticas da Monsanto são manifestadas em todo território nacional; (ii) ela tem o condão de, tal como procedido na novamente mencionada decisão do STJ, estender os efeitos da cessação das práticas da Monsanto para os casos relativos ao algodão transgênico.

Ainda que os litígios acima expostos não tenham sido finalizados – e, ao que tudo indica, um longo caminho deve ser percorrido para tanto –, a análise dos mesmos torna claro que as práticas manifestadas pela Monsanto não se delimitam a uma dada localidade ou a um restrito conjunto de localidades: embora não tenha sido profundamente investigada, a experiência estrangeira exposta no presente trabalho permite inferir que a Monsanto manifesta as mesmas práticas relativas à propriedade intelectual de plantas de que é titular em todos os países em que atua.

Em razão de tal fato, não se pode afirmar peremptoriamente a licitude ou a ilicitude destas práticas: basicamente, estas irão depender dos regimes, internacionais e nacionais, de propriedade intelectual de plantas que cada país segue ou adota em seus ordenamentos internos – conclusão esta que é suportada pela singela experiência estrangeira coletada no presente trabalho.

Com efeito, interessante destacar que, da mesma forma que a licitude ou a ilicitude variam conforme o país, os efeitos das práticas manifestadas pela Monsanto são sentidos com menor ou maior intensidade a depender do país em que são estabelecidos: a despeito da sua eventual conformidade ou não com o regime de propriedade intelectual de

---

<sup>98</sup> A antecipação de tutela foi deferida em primeira instância e, após recurso da Monsanto, mantida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. No momento, tem-se notícia que a Monsanto apresentou recurso da decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso ao Superior Tribunal de Justiça, porém, até o momento de redação deste trabalho, tal recurso sequer fora distribuído.

plantas, não se pode afastar o fato de que as práticas da Monsanto podem incorrer em alterações na estrutura da produção agrícola dos países em que foram manifestadas.<sup>99</sup>

Neste sentido, o paradigmático caso *Argentina v. Monsanto* demonstra com considerável nitidez como as práticas da Monsanto, engendradas numa suposta tentativa de fazer cumprir seus direitos de propriedade intelectual sobre a soja transgênica, podem interferir de modo negativo não só sobre a estrutura da produção agrícola, mas mesmo sobre toda a estrutura político-econômica de um país.

Em específico, muito embora a licitude ou ilicitude destas práticas ainda não esteja definida em concreto – seja sob a perspectiva das ações europeias, seja sob a perspectiva da investigação concorrencial argentina bloqueada judicialmente –, não se pode deixar de notar que as mesmas produziram resultado satisfatório para a Monsanto e repercutiram negativamente na economia argentina: pela primeira, em função da já mencionada Resolução 338/2006, da Secretaria Argentina de Agricultura, Gado, Pesca e Alimentos; pela segunda, a título de exemplificação, em função da simples perda de credibilidade da produção argentina de soja, o então “carro-chefe” das exportações e da economia argentina.

Contudo, relativamente ao aspecto concorrencial do caso *Argentina v. Monsanto*, não se pode deixar de ressaltar que, a despeito do cabimento ou não da decisão que bloqueou o prosseguimento das investigações por parte da CNDC – e mesmo da possibilidade ou não de as práticas manifestadas pela Monsanto serem sancionadas pela lei argentina de

---

<sup>99</sup> A título de exemplo, Gibbons, analisando a decisão do caso canadense *Monsanto Canada v. Schmeiser*, afirma que, a médio e longo prazo, esta decisão implicará na diminuição do número de pequenos agricultores canadenses, seja pela dificuldade de se desenvolver novas variedades de plantas a partir de plantas transgênicas, seja mesmo pela quase impossibilidade de impedir que as pequenas plantações sejam cruzadas naturalmente (v.g., em função do pólen) com plantas transgênicas: somente os grandes proprietários teriam condições de arcar com os custos inerentes à utilização da tecnologia de plantas. GIBBONS, Catherine. **Monsanto Canada Inc. Vs. Percy Schmeiser**. Disponível em: <<http://bizgovsoc2.wordpress.com/2012/04/09/monsanto-canada-inc-vs-percy-schmeiser/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

defesa da concorrência <sup>100</sup> –, todo o conjunto das ações postas em prática pela Monsanto – essencialmente, a alteração de suas práticas comerciais na Argentina, o ingresso nas vias judiciais europeias e bloqueio da investigação concorrencial argentina – teve sua implementação possibilitada primordialmente em função do poder econômico detido pela Monsanto: todas as práticas manifestadas pela Monsanto transmitem um grau de autonomia e independência tal que só poderiam ser obtidas e exercidas por meio de seu poderio econômico. <sup>101</sup>

Neste sentido, uma breve apresentação da estrutura corporativa que a Monsanto tem à sua disposição evidencia, a despeito de qualquer tentativa de delimitação de mercado relevante – e, portanto, sem grande precisão –, que a mesma detém um não desprezável poder econômico: (i) a Monsanto é uma companhia que, atualmente, está presente em 71 países, com pretensão de expandir sua atuação em 25% até 2015; (ii) em 2010, a Monsanto teve um lucro líquido de 11,7 bilhões de dólares; (iii) a Monsanto é uma das principais empresas do mercado de biotecnologia agrícola, exercendo a liderança mundial nos segmentos de sementes e genética e produtividade agrícola; (iv) até 2015, a Monsanto pretende investir 1 bilhão de dólares em pesquisa e desenvolvimento; (v) desde os anos 2000, a Monsanto estabeleceu uma agressiva estratégia de incursão na China, o maior mercado

---

<sup>100</sup> Não constitui objetivo do presente trabalho analisar ou avaliar a decisão do Judiciário argentino de bloquear as investigações por parte da CNDC – inclusive pelo fato de esta decisão não ser definitiva. Entretanto, embora singelamente expostos, alguns elementos apresentados neste trabalho fornecem (um não desprezável) suporte para uma decisão distinta – para não dizer oposta – àquela da Câmara Nacional de Apelações no Cível e no Comercial Federal. Neste sentido, e lembrando-se a nota 81 deste capítulo, note-se que, ainda que as ações judiciais europeias movidas pela Monsanto não tenham sido julgadas em definitivo, o fato de as decisões em primeira instância terem sentido quase unívoco pode constituir um indicativo da frivolidade de tais ações – e, portanto, do possível cabimento da aplicação da doutrina da *sham-litigation*. Não se pode deixar de destacar, também, o fato de que a legislação concorrencial argentina expressamente prevê a possibilidade de aplicação extraterritorial – fazendo cair por terra qualquer argumento acerca do não cabimento de as investigações terem por objeto as ações judiciais iniciadas pela Monsanto na Europa. Por fim, um argumento de ordem principiológica: até que ponto o bloqueio do desembarque dos carregamentos de farelo de soja argentino, e a consequente perda de credibilidade da produção argentina de soja no mercado internacional, não estaria relacionada ao interesse econômico geral, objeto de tutela da lei concorrencial argentina?

<sup>101</sup> É exatamente em função da autonomia e independência que Forgioni compreende o poder econômico como *potestas*: “No campo do direito da concorrência, o poder econômico, para fins de um trabalho jurídico, deverá ser tomado *potestas*, ou seja, nas palavras de Passarelli, como ‘*una supremazia del volere del titolare, grazie alla qual lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall’altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poichè il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze dela potestà.*’” (Em tradução livre: “como uma supremacia da vontade do titular, graças à qual o mesmo pode sozinho realizar seu interesse: a esta supremacia, que se pode chamar poder, é correspondida do outro lado da relação não como uma obrigação, mas uma mera sugestão, uma vez que o sujeito é verdadeiramente passivo, submisso às consequências do poder.”). Complementando tal definição, a Autora afirma que o detentor de poder econômico pode “[...] dar-se à adoção de estratégia de mercado que, se não coroada de sucesso, não lhe trará prejuízos de monta, como ocorreria em um mercado competitivo.” FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 258-259. *Mutatis mutandis*, entende-se que esta é a posição em que a Monsanto se enquadrava quando das práticas manifestadas no caso Argentina v. Monsanto.

agrícola do mundo, atuando em favor da liberação do cultivo de plantas geneticamente modificadas, estabelecendo parcerias de pesquisa em conjunto com universidades chinesas e desenvolvendo produtos específicos para a dieta alimentar chinesa (v.g., arroz transgênico resistente a uma praga local, pimentas com maior durabilidade).<sup>102</sup>

Especificamente no que tange à face concorrencial do caso *Argentina v. Monsanto*, os dados acima expostos exercem fundamental importância: o simples fato de as práticas discutidas terem sido manifestadas por um agente econômico do porte da Monsanto constitui, *per se*, um aspecto que ensejaria a instalação de uma investigação concorrencial efetiva, uma vez que não há como se desvincular tais práticas do potencial, da capacidade de atuação da Monsanto. Toda esta situação se torna ainda mais complexa à medida que as práticas manifestadas pela Monsanto se referem à propriedade intelectual de plantas: não é difícil perceber que a Monsanto agiu em prol de resguardar um de seus principais ativos econômicos – eis que, como visto, a mesma é líder no segmento de sementes e genética.

Perceba-se, assim, que o caso *Argentina v. Monsanto* reúne os principais elementos e circunstâncias que ensejam uma preocupação concorrencial em seu nível máximo: trata-se de um caso em que um agente econômico, notoriamente detentor de poder econômico, age de todas as formas possíveis no sentido de resguardar um instrumento que lhe confere a exclusividade de atuação em determinado mercado. Reforce-se: em se tratando de um contexto com todos estes elementos e circunstâncias, bem como em atendimento à cautela e prudência necessárias a quaisquer análises econômicas, a investigação concorrencial argentina, poderia, e mesmo deveria, ter sido efetivada.

Com efeito, entende-se que esta é a linha de raciocínio que deve ser aplicada nos mercados brasileiros em que a propriedade intelectual é transacionada. Por certo que as práticas manifestadas pela Monsanto no Brasil – basicamente aquelas questionadas nas ações judiciais em trâmite no Rio Grande do Sul e no Mato Grosso – não tiveram a mesma amplitude e a profundidade que as práticas relativas ao caso argentino.

Entretanto, à medida que, conforme exposto em ambas as ações e mencionado na decisão do STJ (REsp. n. 1.243.386 – RS), as (ora questionadas) práticas da Monsanto se manifestaram em todo território nacional, bem como diante do poderio econômico detido pela

<sup>102</sup> Perceba-se que, a partir dos dados acima expostos, a Monsanto constitui um agente econômico capaz de estabelecer e suportar praticamente quaisquer condutas, em quaisquer localidades, necessárias ao alcance de seus interesses. Para uma compreensão mais ampla da Monsanto, seus mercados de atuação e suas estratégias comerciais, consultar: CULLE, Jed; DIALYNAS, Anastasia; YAMAZAKI, Kevin. **Strategic report for Monsanto Company**: Vector Strategy Group. Disponível em: <<http://economics-files.pomona.edu/jlikens/SeniorSeminars/vector2010/pdf/mon.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

Monsanto, é de se indagar: (i) quais repercussões a somatória, a reunião de todas estas práticas (ou, mais propriamente, dos efeitos de tais práticas) apresentaria para a agricultura brasileira e, de modo mais amplo, para a economia brasileira (balança de pagamentos, PIB)?; (ii) seria possível identificar, a partir de tal somatória ou reunião, consequências anticoncorrenciais para os mercados nacionais?

Note-se que as respostas às indagações acima efetuadas, sobretudo a resposta à segunda indagação, demandaria, como já ressaltado ao longo deste capítulo, uma profunda investigação acerca das estruturas dos mercados brasileiros em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada, uma vez que não há disponibilidade das informações e dos dados pelos quais se possa compreender a dinâmica de tais mercados: qualquer análise concorrencial, como qualquer análise econômica, não pode prescindir do conhecimento dos mercados sobre os quais a mesma pretende atuar.<sup>103</sup>

Ainda que se argumente que as práticas manifestadas pela Monsanto no Brasil não constituam justificativa suficiente para que se examine ou se verifique, inclusive sob a perspectiva concorrencial, os mercados brasileiros em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada, não se pode deixar de levar em conta o fato de que as demais empresas que atuam em tais mercados constituem agentes econômicos similares à Monsanto: são empresas estrangeiras, com sólida presença em boa parte dos países do globo – eminentemente nos países com destacada produção agrícola – e, afinal, notoriamente detentoras de considerável poder econômico.<sup>104</sup>

No entanto, o principal aspecto da semelhança entre estas empresas e a Monsanto se dá em função das estratégias comerciais (*business strategies*) por estas implementadas: ademais de atuarem nos mercados em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada, estes agentes econômicos também atuam de modo consistente em

---

<sup>103</sup> Ressalte-se novamente: não se logrou encontrar, até o momento de redação do presente trabalho, qualquer estudo ou pesquisa que apresentasse ou abordasse os dados e informações acima mencionados.

<sup>104</sup> Neste sentido, dizem Cule, Dialynas e Yamazaki: “*Only a few companies can be considered direct competitors to Monsanto. Key industry players such as DuPont, Syngenta, BASF, Cargill and DOW AgroSciences, are mostly considered conglomerates that are diversified across several agricultural product and chemical businesses. As a result of this concentrated industry, leading firms often have a large product portfolio that changes over time as firms shift focus to new growth markets while divesting businesses in mature industries with limited opportunities.*” CULLE, Jed; DIALYNAS, Anastasia; YAMAZAKI, Kevin. **Strategic report for Monsanto Company**: Vector Strategy Group. Disponível em: <<http://economics-files.pomona.edu/jlikens/SeniorSeminars/vector2010/pdf/mon.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

outros mercados de insumos para a produção agrícola – v.g., mercados de defensivos e de fertilizantes.<sup>105</sup>

Em função deste aspecto, estes agentes econômicos – a Monsanto incluída – estabelecem estratégias comerciais que, na prática, funcionam da seguinte forma: a utilização de uma planta transgênica ou de uma variedade de planta, produzida pela empresa “a” e ofertada no mercado “x”, somente alcançará todo o seu potencial se combinada com a utilização de um insumo produzido pela mesma empresa “a”, porém ofertado no mercado “y”.

Desta forma, pode-se entender que, por meio de tais práticas, tais agentes econômicos buscam estabelecer sinergias entre seus produtos ofertados nos mercados de plantas e seus produtos ofertados nos demais mercados de insumos agrícolas: em específico, eles buscam associar a utilização de uma planta por eles desenvolvida – e por eles apropriada intelectualmente – à utilização de um produto que os mesmo ofertam – do qual geralmente também detém a propriedade intelectual.<sup>106</sup>

Perceba-se, assim, que o histórico e os paradigmas envolvendo a Monsanto, tanto por conta do caso Monsanto v. Argentina quanto pelas ações judiciais brasileiras, podem constituir apenas uma face da realidade em que os mercados de propriedade intelectual de plantas – e mesmo toda a produção agrícola – nacional se inserem. À medida que é notória a atuação destas outras empresas – Cargill, Dupont, Dow AgroSciences, Syngenta, etc. – nos mercados brasileiros, não é difícil imaginar o aumento do potencial de práticas nocivas que podem afetar a produção agrícola nacional, bem como a própria economia nacional.

Neste sentido, uma vez que a tecnologia constitui um instrumento cada vez mais utilizado, transacionado e demandado na produção agrícola – incluindo-se aqui, por óbvio, a propriedade intelectual de plantas –, estabelece-se um ambiente no qual os agentes econômicos detentores de tecnologia encontram substanciais incentivos a “super-utilizar” – quando não abusar – esta mesma tecnologia e o poder econômico por eles detido, tendo em vistas a potencialização de seus ganhos econômicos. É a partir da instalação desta situação, portanto, que se viabiliza a ocorrência dos efeitos nocivos acima mencionados, levando a um

<sup>105</sup> MONTEIRO, Guilherme Fowler de Ávila. **Direitos de propriedade, estratégia e ambiente institucional**. 2010. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 86.

<sup>106</sup> Ibid., p. 90. Perceba-se que esta situação não pode ser considerada como uma forma de venda-casada, prática que na maioria das vezes constitui um ilícito concorrencial, à medida que o agente econômico não condiciona a venda da planta à aquisição de determinado insumo: o que ocorre é que a tecnologia inserida na planta tem seu funcionamento ótimo somente quando combinada com a tecnologia contida no insumo agrícola ofertado em outro mercado – não obstando, portanto, que o consumidor utilize o insumo produzido por outro agente econômico.

funcionamento desvirtuado dos mercados, impactando negativamente, ao final, na própria produção agrícola brasileira.<sup>107</sup>

Não obstante os aspectos anteriormente mencionados – de caráter estritamente econômico –, não se pode deixar de levar em conta a já mencionada relevância política que a produção agrícola desempenha para o Brasil, em ambos os níveis nacional e internacional: como visto, qualquer alteração ocorrida na estrutura da produção agrícola brasileira, seja ela positiva ou negativa, necessariamente teria um reflexo sobre as relações políticas de que o Brasil é parte – v.g., a queda da produção agrícola pode gerar impactos negativos sobre o PIB e a balança de pagamentos nacionais, podendo ocasionar a diminuição do poder de barganha detido pelo Brasil nos fóruns e discussões internacionais relativos à agricultura.

Assim, seria possível, transcendendo a uma perspectiva mais ampla, afirmar que o controle da produção agrícola, ou de parte desta, equivaleria à assunção de uma substancial parcela de poder político, o qual seria passível, inclusive, de ser contraposto ao poder político de que o Estado é titular. Neste sentido, novamente o caso *Argentina v. Monsanto* evidencia de modo nítido o potencial que este poder político – conferido, no caso,

---

<sup>107</sup> *Mutatis mutandis*, Brusick e Evenett confirmam este diagnóstico: “Even when foreign firms are not monopolies, they may easily become dominant players in developing countries simply as a result of their large turnover and deep pockets compared to domestic competitors. And having power means it is very tempting to abuse such power in order to quash competition.” BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should developing countries worry about use of dominant power? **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 2008, n. 2, p. 284, 2008. Posteriormente, os Autores chamam a atenção para o fato de que constitui a propriedade intelectual uma das principais causas deste “empoderamento” por parte das empresas estrangeiras. A título de exemplo, citam um caso da África do Sul, em que se discutia judicialmente a possibilidade de importação paralela de medicamentos patenteados, à medida que os preços de tais produtos no mercado interno eram excessivamente superiores aos praticados em mercados estrangeiros. No entanto, antes que a Suprema Corte da África do Sul decidisse, as farmacêuticas detentoras das patentes de tais medicamentos concordaram em oferecer um substancial abate dos preços de tais produtos no mercado interno, pondo fim ao caso sem o julgamento de mérito. Estabelecendo uma conexão destes fatos com o comércio internacional, dizem ainda os Autores: “Obviously, some of these developments are reflected in the waiver to TRIPS agreement of the WTO, decided on August 30, 2003. According to the WTO, ‘The waiver made it easier for poorer countries to obtain cheaper generic versions of patented medicines by stting aside a provision of the TRIPS Agreement that could hinder exports of pharmaceuticals manufactured under compulsory licenses to countries that are unable to produce them.’” Entende-se que este é o suporte fático sobre o qual a Monsanto iniciou as ações judiciais na Europa: embora não se trate de um caso sobre medicamentos (possivelmente abrangido pelo *waiver* ao TRIPS) e tampouco de países pobres, não se pode deixar de ressaltar que, relativamente às ações da Monsanto, que regramento europeu sobre propriedade intelectual somente confere a proteção caso a utilidade que a tecnologia contida no bem importado estivesse ativa ou fosse passível de duplicação – o que, como já se demonstrou, não era o caso.

em função da propriedade intelectual de plantas – pode alcançar.<sup>108</sup> Em última análise, pode-se mesmo constatar que o exercício da propriedade intelectual de plantas pode gerar complexas consequências – de ordem econômica e política, nos planos nacional e internacional – nos países em que não é fiscalizado, ou ao menos monitorado.

Desta forma, é possível perceber um caráter extremamente sensível da situação brasileira atinente à propriedade intelectual de plantas: à medida que, como visto, não há – ou ao menos não se logrou dados relativos a tanto – uma noção exata ou aprofundada dos agentes econômicos, dos mercados e dos modos em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada no Brasil, abre-se margem para a ocorrência de condutas que, ademais de serem nocivas às estruturas dos mercados, podem gerar desvios no campo político (*politics*) brasileiro.

É com base neste cenário, portanto, que emerge a conveniência da atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas: a análise concorrencial constitui um mecanismo por meio do qual se possibilita a delimitação e compreensão (ainda que em termos razoáveis) dos mercados em que a propriedade intelectual de plantas é transacionada – abrangendo-se, neste sentido, os agentes econômicos e as práticas comerciais nos mesmos existentes –, bem como um dos (senão o único) instrumentos pelos quais é possível corrigir e sancionar o eventual funcionamento desvirtuado destes mercados e evitar deslizos na arena política brasileira – inclusive, em consonância com as normas oriundas do sistema multilateral de comércio.

Por conta destes aspectos, assim, é que se regressa aos supramencionados casos envolvendo a Monsanto: as práticas discutidas nas ações judiciais brasileiras e no caso argentino fornecem relevantes subsídios para uma futura atuação da política de concorrência

---

<sup>108</sup> Recorde-se, uma vez mais, do caso argentino, cujo principal êxito obtido pela Monsanto é dado pela Resolução 338/2006, da Secretaria Argentina de Agricultura, Gado, Pesca e Alimentos. A partir de tal fato, não fica difícil imaginar, embora constitua uma situação limite, a aquisição de tal ordem de poder político, por parte dos agentes econômicos detentores da propriedade intelectual de plantas, a ponto de que os mesmos sejam capazes de compelir o Estado brasileiro a aderir à Convenção de 1991 da UPOV – cujo regramento muito mais benéfico a tais agentes econômicos, mas que, ao menos no atual contexto, não reflete e atende os interesses brasileiros.

brasileira sobre a propriedade intelectual de plantas – tendo em vista, sobretudo, a função corretiva e sancionadora de tal política.<sup>109</sup>

Neste sentido, dentre os aspectos discutidos nos casos brasileiros e argentinos, constituem as discussões relativas à exceção do agricultor um dos que mais claramente guarda relação com a tutela concorrencial. Prevista na Convenção de 1978 da UPOV e incorporada nas legislações de propriedade intelectual de plantas brasileira e argentina, a exceção do agricultor reserva ao produtor agrícola que utiliza variedades de plantas o direito de gratuitamente separar, a partir de sua colheita, sementes a serem empregadas no replantio – ou, conforme o caso, doação, troca ou venda.

Em essência, tais discussões consistiam na cobrança de *royalties* instituída pela Monsanto, a qual, por sua vez, era motivada pelo fato de que os agricultores brasileiros e argentinos estariam, baseados na exceção do agricultor, separando grãos de soja obtidos em suas colheitas, nas quais haviam sido utilizadas variedades de plantas que continham a tecnologia da Monsanto de resistência ao glifosato. Noutros termos: o entendimento da Monsanto era de que ao suporte fático acima descrito deveria ser aplicado o regime de patentes, não o regime de propriedade intelectual *sui generis* (as cultivares), permitido pela Convenção de 1978 da UPOV e incorporado nos ordenamentos brasileiro e argentino.

Neste sentido, deve-se ressaltar o fato de que Brasil e Argentina são aderentes à Convenção de 1978 da UPOV, a qual admite que a proteção às variedades de plantas seja efetivada por meio de patentes ou por meio de um regime *sui generis* – sendo este último o adotado nas legislações internas de tais países.<sup>110</sup>

Recorde-se, igualmente, de que, no Brasil e Argentina, este regime *sui generis* previa o esgotamento da proteção conferida às variedades de plantas a partir de sua primeira venda: o titular da propriedade intelectual de uma variedade de planta não pode exercer os

---

<sup>109</sup> No que tange às ações brasileiras, deve-se recordar que a Monsanto implementava as práticas questionadas em todo o território nacional – cujo impacto sobre os mercados fora, inclusive, reconhecido pela decisão do STJ no REsp. n. 1.243.386 – RS. Já com relação ao caso Argentina v. Monsanto, não se pode esquecer de que: (i) ressalvadas algumas exceções, as legislações concorrenciais e os regimes de propriedade intelectual de plantas de Brasil e Argentina assemelham-se sobremaneira; (ii) ambos Brasil e Argentina são destacados produtores agrícolas, razão pela qual eventuais repercussões anticoncorrenciais decorrentes da propriedade intelectual de plantas seriam sentidos de maneira semelhante por tais países.

<sup>110</sup> Caso se tratasse de uma proteção estabelecida por meio de patente, uma faculdade na Convenção de 1978 e obrigatoriedade na Convenção de 1991 da UPOV, tal instituto seria inexecutável, dado que o nível de proteção conferido pelas patentes é muito mais amplo.

atributos do bem imaterial após a legítima aquisição da planta (ou de sua semente) junto aos agentes econômicos responsáveis por seu desenvolvimento.<sup>111</sup>

Verifica-se, portanto, que o regime aplicável a tais casos – inclusive conforme assinalado na decisão gaúcha de primeira instância e na investigação concorrencial preliminar argentina – é o deste regime *sui generis*, uma vez que, nestes casos, os produtores de soja teriam separado os grãos de soja colhidos diretamente da produção das variedades de planta de soja, não da planta de soja transgênica “pura” ou “original” – sobre a qual incide a patente de titularidade da Monsanto. Em síntese: à medida que o ato de separar sementes se refere a variedades de plantas, constata-se incabível a aplicação dos direitos de patentes a tal suporte fático.<sup>112</sup>

Desta forma, a prática de cobrança de *royalties* que a Monsanto implementou sobre os produtores de soja que exerceram o instituto da exceção do agricultor constitui claramente uma tentativa de estender, ampliar o âmbito de atuação de sua patente sobre a tecnologia de resistência ao glifosato sobre uma situação em que seria aplicável o regime *sui generis* da proteção à propriedade intelectual sobre as variedades de plantas.

Perceba-se que a prática implementada pela Monsanto pode ser enquadrada como uma conduta de abuso de objeto de patente registrada, conforme descrição no tópico anterior, dando ensejo, assim, à atuação da política de concorrência: o efeito anticoncorrencial emergiria em função da constrição sofrida pelos agricultores a pagar os *royalties* sobre a tecnologia de resistência ao glifosato contida nos grãos de soja por eles separados. Em síntese: o efeito anticoncorrencial decorreria do fato de que a atuação da Monsanto impeliu um comportamento dos produtores de soja que não seria (licitamente) exigível para as práticas e situações em que os mesmos se encontravam naquele mercado.

A partir da análise acima efetuada, é possível identificar, por fim, um possível ponto de partida para a atuação da política de concorrência brasileira sobre a propriedade intelectual de plantas: a partir do reconhecimento dos mercados em que esta tecnologia é transacionada, a política de concorrência deveria identificar e distinguir as relações em que

<sup>111</sup> MASSOT, Juan Miguel. Análisis económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 87.

<sup>112</sup> Como já exposto, entende-se que a cobrança de *royalties* por parte da Monsanto somente seria cabível se efetuada sobre os agentes econômicos que desenvolveram as variedades de plantas que continham a tecnologia de resistência ao glifosato – cobrança esta que, frente ao direito brasileiro, era legítima e fora efetuada de modo regular; no caso argentino, por conta de aquela tecnologia estar em domínio público, tal cobrança não seria legal, mas o pagamento fora realizado por iniciativa própria daqueles que desenvolviam variedades de plantas.

deve incidir o regime de patentes das relações em que deve incidir pelo sistema de proteção *sui generis* (as cultivares), para que, a partir de então, verificar se tais relações são efetivamente regidas por tais normas: em havendo distinção de normas aplicadas, abre-se margem para a atuação da política de concorrência.

Sob uma perspectiva internacionalizante, a análise acima mencionada poderia ser exposta da seguinte forma: dado que os principais *players* que transacionam a propriedade intelectual de plantas são agentes econômicos estrangeiros – cujos países de origem são majoritariamente aderentes à Convenção de 1991 da UPOV –, a atuação da política de concorrência brasileira seria demandada a partir do momento em que fossem aplicadas as normas da Convenção de 1991 da UPOV, em detrimento das normas da Convenção de 1978 – especialmente nos campos em que estas normas fossem divergentes.

## CONCLUSÃO

Pretendeu-se apresentar, ao longo do presente trabalho, as bases e os fundamentos pelos quais o Estado brasileiro poderia implementar sua política de concorrência sobre o campo dos direitos de propriedade intelectual de plantas. Para tanto, foi de grande importância a comparação entre a realidade brasileira e a realidade argentina, justificada à medida que esta última conta com uma paradigmática casuística relativa à interface destes dois ramos jurídicos.

Com efeito, à medida que a atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas constitui uma temática que guarda grande relação com o sistema multilateral de comércio – seja pelo fato de que a liberalização do comércio pressupõe um nível mínimo de coerência entre as políticas nacionais e as normas internacionais relativas ao comércio, seja pelo fato de que do sistema multilateral de comércio emanam as principais diretrizes que os países membros devem adotar em seus regramentos nacionais de propriedade intelectual –, premiu-se a necessidade de se realizar uma contextualização acerca de tal sistema e de relacioná-lo com as searas da política de concorrência e propriedade intelectual.

Foi por conta destes aspectos, assim, que no primeiro capítulo se procurou realizar uma abordagem acerca da conformação do sistema multilateral de comércio, contextualizando brevemente os antecedentes históricos e os principais suportes teóricos que permearam e ensejaram a emergência deste sistema. Como visto, a liberalização do comércio constitui um propósito cuja justificativa reside, em essência, no incremento do nível de satisfação das necessidades sociais, bem como na potencialização dos ganhos econômicos que a atividade comercial pode gerar a uma sociedade ou Estado.

Entretanto, distintamente de outros propósitos a serem alcançados pelo sistema econômico internacional – como o estabelecimento de diretrizes para uma ordem monetária e financeira internacional, instituída a partir da emergência do Sistema Bretton Woods e da consequente criação do Banco Mundial e do FMI –, a liberalização do comércio constitui um propósito cuja realização necessitava da instalação de uma complexa e sólida estrutura política que somente foi alcançada com a criação da Organização Mundial do Comércio.

A institucionalização da OMC representou um relevante avanço para o sistema multilateral de comércio: o conjunto normativo inaugurado pela OMC demandou a assunção, por parte de seus países membros, de uma série de obrigações e deveres, os quais foram

responsáveis por viabilizar um funcionamento melhor e mais eficiente do sistema multilateral de comércio. Orientado por uma principiologia fundada na reciprocidade e transparência, o aparato normativo estabelecido pela OMC deu impulso à instalação dos preceitos da liberalização do comércio desde o plano nacional dos países.

Foi particularmente em função deste aspecto que a OMC – ou, de modo mais amplo, o próprio sistema multilateral de comércio – passou a ser considerada, como visto, um fórum para a cooperação internacional de políticas de comércio: em tal fórum, os países membros deveriam alinhar as suas diretrizes relativas ao comércio internacional, visando à eliminação dos obstáculos ao livre fluxo de produtos perante os países membros.

Com efeito, foi particularmente em função deste aspecto que se tornou possível o estabelecimento de uma relação entre o sistema multilateral de comércio e as políticas nacionais – “gênero” em que se inclui a “espécie” política de concorrência. Esta relação tem como premissa o fato de que, grosso modo, quaisquer políticas nacionais (atuações estatais) têm o potencial de afetar ou alterar os fluxos internacionais de comércio de um dado país – não só aquelas cujas motivações se referem estritamente ao comércio internacional.

Neste sentido, a partir da análise dos julgados dos casos “atum-golfinho I”, “atum-golfinho II” e “camarão-tartaruga”, constatou-se que os fluxos de comércio poderiam ocasionar e gerar externalidades negativas – ou, de modo mais genérico, custos sociais – tanto sobre as localidades produtoras quanto sobre as localidades consumidoras dos produtos transacionados. Em essência, é a partir de tal constatação que se identifica um dos pressupostos da relação entre sistema multilateral de comércio e políticas nacionais.

Desta forma, a relação ou integração poderia, basicamente, ser assim exposta: à medida que a mencionada geração de externalidades negativas eliminaria ou anularia os ganhos e benefícios advindos da liberalização do comércio, abre-se margem para que os países afetados por externalidades negativas eventualmente geradas em função dos fluxos internacionais de comércio estabeleçam políticas (atuações) nacionais direcionadas a sanar e corrigir tais externalidades. Cumpre ressaltar, por fim, que estas políticas poderiam, sob a perspectiva das normas que regem o sistema multilateral de comércio, legitimamente afetar e alterar os fluxos de comércio.

A partir da estruturação deste suporte, buscou-se, no segundo capítulo, apresentar a política de concorrência como um instrumento de que dispõe o Estado para sanar e corrigir as externalidades negativas que afetam as estruturas dos mercados, instrumento este

cuja utilização pode ser conforme aos ditames do sistema multilateral de comércio. Neste sentido, verificou-se que a competição entre os agentes econômicos – a concorrência – constitui um dos temas que, a despeito de encontrar algumas disposições no conjunto normativo da OMC, mais intrinsecamente se relaciona com o sistema multilateral de comércio: em suma, a justificativa para tanto reside no fato de que a liberalização do comércio possibilita, a uma só vez, a disputa entre agentes econômicos nacionais e estrangeiros, em mercados nacionais e internacionais.

A partir desta noção, destacou-se que as externalidades negativas geradas em função do comércio internacional se relacionam, basicamente, a três fundamentos: (i) a salvaguarda da competitividade dos mercados; (ii) a correção das falhas de mercado; (iii) a realização de objetivos distributivos ou sociais. Embora a política de concorrência esteja mais propriamente associada aos dois primeiros fundamentos, nada obsta que sua implementação também resguarde o terceiro, entendimento este que, *mutatis mutandis*, prevalece em relação às demais atuações estatais.

Com efeito, se de um lado as externalidades negativas acima mencionadas são geradas a partir dos fluxos internacionais de comércio, e, de outro, os mesmos fluxos comerciais encampam as disputas entre os agentes econômicos – e, portanto, as relações de concorrência – simultaneamente nos planos nacional e internacional, evidencia-se a importância da política de concorrência: uma vez que sua implementação tem por objetivo uma das principais causas da geração de externalidades negativas – as relações de concorrência, a nível nacional e internacional –, verifica-se que a mesma dispõe do potencial de sanar as externalidades negativas em ambos os planos nacional e internacional, salvaguardando a competitividade e corrigindo as falhas dos mercados, bem como, conforme as circunstâncias, realizando objetivos distributivos ou sociais.

Percebe-se, contudo, que atualmente não há uma política de concorrência “a nível internacional”: não existe nenhum órgão ou entidade internacional responsável pela monitoração da concorrência a nível internacional – embora existam projetos pelos quais se pretende conferir tal atribuição a uma nova organização internacional ou mesmo à própria OMC. Por esta razão, a política de concorrência – enquanto expressão de uma política nacional – tem sua importância aumentada, tanto sob a perspectiva dos países membros da OMC quanto sob o prisma do próprio sistema multilateral de comércio: é a partir da mesma que as externalidades negativas que são geradas no plano internacional, bem como as que sobre ele impactam, serão sanadas.

Assim, foi a partir deste ponto que se entendeu necessário apresentar o suporte dogmático da política de concorrência, como forma de se visualizar, ainda que de forma abstrata, as circunstâncias que ensejam sua atuação, bem como os modos pelos quais esta atuação pode ser implementada. Em específico, como a investigação exposta no presente trabalho versa sobre a atuação da política de concorrência no Brasil e na Argentina, a mencionada apresentação voltou-se aos regramentos concorrenciais de ambos os países.

Neste sentido, passou-se à apresentação da Lei 12529/2011, a lei brasileira de defesa da concorrência. Trata-se de um diploma normativo que recentemente passou a ter vigência no ordenamento brasileiro, substituindo a Lei 8884/1994: a inovação trazida pela Lei 12529/2011 se refere, quase que exclusivamente, à alteração da estrutura e das funções atribuídas às autoridades concorrenciais brasileiras, justificada em função da busca de maior eficiência da persecução concorrencial no Brasil. Em essência, concentraram-se no CADE as funções de investigação e de sanção das condutas e dos controles de estruturas concorrenciais, reservando-se à SEAE a função da advocacia da concorrência.

No que tange ao aspecto material da legislação concorrencial brasileira, verificou-se que a Lei 12529/2011 manteve, grosso modo, a principiologia e o regramento existente na derogada Lei 8884/1994. Como visto, tal como em seu antecessor, o vigente diploma concorrencial tem como interesse a ser protegido o abuso de poder econômico: no Brasil, a política de concorrência se presta precipuamente à tutela do modo pelo qual os agentes econômicos utilizam seus respectivos poderes econômicos perante os mercados, reprimindo seu exercício abusivo.

Da mesma forma que dispõe o abuso de poder econômico como objeto de tutela da política de concorrência, a Lei 12529/20211 norteia a sua atuação em função dos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores. É a partir destes dois vetores, assim, que a política de concorrência é implementada no Brasil: ambas as suas a atuação repressiva (controle de condutas praticadas) e preventiva (controle de estruturas econômicas) objetivam o exercício efetivo e potencial do poder econômico, visando à repressão de seu abuso e ao resguardo dos princípios constitucionais supramencionados.

Com relação à Argentina, procedeu-se à análise da Lei 25156/1999, diploma normativo que fornece o suporte à política da concorrência naquele país. O primeiro aspecto que se destacou, relativamente ao sistema concorrencial argentino, refere-se ao fato de que, a despeito de mencionada lei estar vigente há mais de dez anos, o Estado argentino sequer

estabeleceu a autoridade concorrencial tal como concebida em tal norma: até o momento de redação deste trabalho, o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência – a autoridade concorrencial argentina disposta pela Lei 25156/1999 – não havia sido instalado, razão pela qual o desenvolvimento de suas funções ficou a cabo da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, órgão criado em conformidade com Lei 22262/1980 – a lei concorrencial anterior – e cuja existência foi prorrogada por tempo indeterminado, por conta da mencionada “não instalação”.

A despeito desta dissonância acerca do exercício da autoridade concorrencial na Argentina – que, como visto, pode significar o desprestígio que a política de concorrência enfrenta naquele país –, verificou-se que o sistema concorrencial argentino guarda relativas semelhanças com o sistema brasileiro. Isto, pois, ambos o CADE e a CNDC – autoridade concorrencial argentina suplementar – dispõem de estruturas administrativa-organizacionais muito similares, assim como a legislação concorrencial argentina, a exemplo da brasileira, também encontra seu fundamento em ditames constitucionais.

Neste sentido, os mencionados ditames constitucionais podem ser assim sintetizados: o art. 42 da Constituição Argentina dispõe que o Estado irá prover a defesa da concorrência como forma de evitar a distorção dos mercados e controlar os monopólios como forma de resguardar as relações de consumo, saúde, segurança e interesses econômicos dos cidadãos; o art. 75, incisos 18 e 19 estabelecem, respectivamente, que o alcance do bem-estar e do progresso social, das metas econômicas e da justiça social se dará a partir da implementação da política de concorrência, dentre outras atuações estatais.

É, contudo, a partir da conjugação destes ditames constitucionais com o interesse protegido pelo diploma concorrencial argentino que se sedimenta o suporte para a atuação da política de concorrência na Argentina: disposto no art. 75, inciso 18 da Constituição Argentina e retomado logo no art. 1º da Lei 25156/1999, o interesse econômico geral constitui o elemento que vai conferir coerência à implementação da política de concorrência argentina.

Como visto, o conteúdo básico do interesse econômico geral consiste, a partir de uma interpretação do art. 42 da Constituição Argentina, num “direito à concorrência efetiva”. Transportado à atuação da política de concorrência, este direito pode ser compreendido, ainda que não de modo exclusivo, à utilidade que a sociedade confere ao comportamento econômico objeto de análise da política concorrencial: esta utilidade decorre do grau de conformidade que os comportamentos analisados guardam com os

supramencionados ditames constitucionais e com os valores reconhecidos pela comunidade afetada por tais comportamentos.

Após a análise da atuação da política de concorrência argentina em sede de controle de condutas e de estruturas, bem como a partir da comparação desta com a política brasileira, foi possível verificar que, a despeito da existência de diversos elementos comuns entre ambas, estas se distinguem ainda que minimamente. Como visto, esta distinção se expressa da seguinte forma: no contexto argentino, o resguardo do “interesse econômico geral” equivale à proteção da concorrência e vice-versa; no contexto brasileiro, não há, necessariamente, uma associação entre a repressão ao abuso do poder econômico e a concorrência, ou seja, a repressão ao abuso de poder econômico não tem como fim último resguardar a concorrência, mas sim tutelar o exercício de tal poder no mercado.

Expostos os fundamentos teóricos que suportam a política de concorrência enquanto instrumento de correção de externalidades negativas, bem como apresentados os regramentos concorrenciais brasileiros e argentinos, passou-se a tratar da propriedade intelectual de plantas – a última dimensão do trinômio “comércio internacional - política de concorrência - propriedade intelectual”, sobre o qual o presente trabalho foi embasado.

À distinção das exposições anteriores, o tratamento da propriedade intelectual de plantas foi efetuado a partir da exposição dos regramentos brasileiro e argentino que disciplinam a propriedade intelectual de plantas. Neste sentido, verificou-se que, no Brasil, a propriedade intelectual de plantas é regulamentada por meio da Lei 9279/1996, a lei de propriedade industrial, e da Lei 9456/1997, a lei de cultivares.

Como visto, a lei de propriedade industrial se presta à tutela das plantas transgênicas, ao passo que a lei de cultivares tutela as variedades de plantas. Neste sentido, verificou-se que plantas transgênicas são aquelas cujas cadeias genéticas são modificadas a partir da introdução de microorganismos, os quais inserem em ditas cadeias genes ou grupos de genes que conferem às plantas a capacidade de desenvolver novas substâncias ou desempenhar novas atividades. Especificamente, a lei de propriedade industrial tutela as plantas transgênicas por meio da concessão de patentes, desde que os microorganismos contidos nas plantas cumpram os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Já as cultivares, denominação dada pela Lei 9456/1997 às variedades de plantas, constituem as variedades de plantas que, produzidas por meio do cruzamento

artificial ou técnicas análogas, distinguem-se das plantas “mães” por características fenotípicas, as quais se mantêm uniformes e estáveis quando as variedades de plantas são reproduzidas ou multiplicadas. A lei de cultivares tutela as variedades de plantas por meio da concessão de certificados de proteção de cultivares: em essência, recebem esta proteção as cultivares cujos descritores – características pelas quais se diferencia uma cultivar de uma planta ou de outras cultivares –, permanecendo uniformes e estáveis depois de seguidas reproduções ou multiplicações, representem utilidades econômicas ou que revistam interesses econômicos.

Como visto, a proteção conferida pelas patentes e pelos certificados de proteção de cultivares possui uma semelhança fundamental: basicamente, ambas conferem ao seu titular o direito de excluir terceiros da exploração das plantas transgênicas ou das variedades de plantas protegidas. Entretanto, é exatamente em função desta semelhança que se evidencia a principal distinção entre as patentes e os certificados de proteção de cultivares: a depender de sua extensão concedida, o direito de excluir conferido pela patente pode envolver não só a transação do bem que contém o invento, porém pode abranger etapas prévias ou posteriores àquela; o mesmo não ocorre com relação à cultivar: o direito de excluir só é oponível em meio à transação que tenha fim comercial específico, desde que a mesma ocorra nos limites da proteção conferida.

Tal como no Brasil, a disciplina da propriedade intelectual de plantas na Argentina decorre de dois diplomas normativos: a Lei 24481/1996, a lei de patentes de invenção e modelos de utilidade, que tutela as plantas transgênicas, e a Lei 20247/1973, a lei de sementes e criações fitogenéticas, que tutela as variedades de plantas. Entretanto, a partir da exposição relativa ao tratamento da propriedade intelectual de plantas no direito argentino, constatou-se que os regimes argentino e brasileiro praticamente não diferem.

Neste sentido, afora o fato de que a proteção às variedades de plantas há muito mais tempo existe no primeiro, assim como a lei de sementes argentina menciona expressamente o instituto da exceção do agricultor – igualmente existente no Brasil, mas decorrente de outra fonte –, ambos os ordenamentos estabelecem os mesmos requisitos para a concessão de uma patente de planta transgênica e de um certificado de proteção de cultivares ou de um registro nacional da propriedade de cultivares (direito brasileiro e argentino, respectivamente), bem como proveem os mesmos níveis de proteção a ambas as plantas transgênicas e cultivares.

Com efeito, este alto nível de conformidade entre os suportes dogmáticos da propriedade intelectual de plantas do Brasil e da Argentina encontra sua justificativa a partir do tratamento que a propriedade intelectual de plantas recebe no direito internacional: como visto, o acordo TRIPS, disposto no Tratado da OMC, e as Convenções da UPOV constituem as principais fontes disciplinadoras dos direitos de propriedade intelectual de plantas no âmbito internacional.

Sob a perspectiva estrita da propriedade intelectual de plantas, ambos o TRIPS e as Convenções da UPOV desempenham a função de harmonizar a disciplina que aquela recebe nos países membros da OMC e aderentes à UPOV. Em linhas gerais, esta harmonização resulta do fato de que tais diplomas internacionais estabelecem os requisitos e os parâmetros mínimos para a concessão e a proteção da propriedade intelectual de plantas a serem adotados nos países signatários de ditos diplomas. Assim, a grande semelhança entre os regimes brasileiro e argentino de propriedade intelectual de plantas decorre da adoção, por ambos os países, dos supramencionados requisitos e parâmetros mínimos.

Entretanto, não se pode deixar de notar que, à medida que disciplinam a propriedade intelectual de plantas no plano internacional, o acordo TRIPS e as Convenções da UPOV evidenciam a sua relação com o sistema multilateral de comércio: a partir da emergência da OMC, notou-se um incremento de força e efetividade neste movimento de harmonização de normas, eis que este proporciona maior segurança e eficiências aos fluxos internacionais de comércio. É particularmente por conta destes aspectos, assim, que a propriedade intelectual – incluída aquela relativa a plantas – guarda relação e deve ser tratada sob o prisma do sistema multilateral de comércio e do direito internacional.

Contudo, diante do fato de que as disposições do TRIPS e das Convenções da UPOV foram assimiladas de modo praticamente integral pelos regramentos brasileiro e argentino de propriedade intelectual de plantas, entendeu-se relevante expor as dimensões institucionais de referidos diplomas internacionais, a fim de visualizar os elementos econômicos e políticos que os permeiam – e que, portanto, permeiam a propriedade intelectual de plantas.

Neste sentido, verificou-se que a UPOV constitui uma organização internacional que tem por objetivo primordial promover sistemas de proteção de variedades de plantas: em específico, esta promoção de sistemas decorre das convenções que são firmadas no âmbito da UPOV, as quais fornecem as bases normativas para os regimes de proteção de variedades de plantas nos países membros de mencionada organização.

Relativamente às convenções da UPOV, é importante destacar que, na prática, existem duas convenções firmadas no âmbito daquele órgão que dispõem de eficácia: trata-se da Convenção de 1978, da qual Brasil e Argentina são aderentes e à qual não é mais possível aderir, e da Convenção de 1991, única versão à qual é possível aderir atualmente. Conforme visto, a principal distinção entre estas convenções reside no fato de que, na Convenção de 1978, possibilita que os países aderentes protejam as variedades de plantas por patentes ou por um regime *sui generis* – este último menos rígido que o primeiro –, ao passo que na Convenção de 1991 a patente constitui a única forma de proteção às variedades de plantas.

No que tange ao acordo TRIPS, pôde-se verificar dois aspectos extremamente importantes: o primeiro, dado pela obrigação de os países membros da OMC, efetivos ou futuros, estabelecerem um sistema de propriedade intelectual em seus ordenamentos internos – sistema este que, na maioria dos países em desenvolvimento, era inexistente até a emergência da OMC; o segundo, de certa forma decorrente do primeiro, consiste na obrigação de os países membros instituírem regimes de propriedade intelectual sobre plantas (plantas transgênicas e variedades de plantas).

Foi, contudo, a partir da exposição destes aspectos institucionais relativos às convenções da UPOV e ao acordo TRIPS que se pôde primeiramente identificar o viés econômico da propriedade intelectual. Em essência, procurou-se evidenciar que os textos finais das convenções da UPOV e do acordo TRIPS sintetizam os interesses dos países desenvolvidos, de forma que os regimes de propriedade intelectual possibilitem a propagação da posição de majoritários produtores e detentores de tecnologia detida por tais países.

Esta situação é particularmente evidenciada em função da Convenção de 1991 da UPOV: à medida que prevê a tutela das variedades de plantas exclusivamente por meio de patentes, em detrimento do regime *sui generis* existente em sua antecessora, esta convenção repercutiu no aumento de dificuldade de transação e de acesso à propriedade intelectual de plantas, eis que a patente confere ao seu titular uma possibilidade de ação mais ampla que o regime *sui generis*.

Correlato a tal situação, verificou-se que alguns países em desenvolvimento, a despeito de sua convencional posição de receptores de tecnologia estrangeira, obtiveram relativo êxito no desenvolvimento de tecnologia aplicada a plantas – dentre os quais se incluem Brasil e Argentina. É a partir da conjunção deste aspecto com o aspecto exposto no parágrafo anterior, assim, que se justifica a forte pressão, por parte dos países desenvolvidos,

para que os países em desenvolvimento – Brasil e Argentina aqui incluídos – abandonem o regime da Convenção de 1978 e passem a aderir ao regime da Convenção de 1991 da UPOV.

Com efeito, é por conta desta análise das convenções da UPOV e do acordo TRIPS que se identifica a face política da propriedade intelectual de plantas. No plano internacional, parte desta face corresponde à já mencionada pressão dos países desenvolvidos sobre os países em desenvolvimento para que estes adiram à Convenção de 1991 da UPOV. Contudo, é importante ressaltar que, ao menos no que tange ao Brasil e à Argentina, a face política da propriedade intelectual de plantas se manifesta em ambos os níveis nacional e internacional.

No que tange ao plano nacional de Brasil e Argentina, a importância política da propriedade intelectual de plantas está diretamente relacionada à importância que a agricultura exercer para tais países: como visto, a produção agrícola compreende os principais itens exportados por Brasil e Argentina, sendo um dos principais responsáveis pelo desempenho da balança comercial e do PIB de tais países. Já com relação ao plano nacional, a importância política da agricultura reside no fato de ambos Brasil e Argentina se destacam entre os maiores produtores agrícolas do mundo, fato este que os confere poder político nos fóruns e discussões internacionais relativos à agricultura.

Assim, tendo em vista que os altos níveis de competitividade e de eficiência da produção agrícola brasileira e argentina se devem ao incremento da utilização de tecnologia – sobretudo pela tecnologia tutelada pela propriedade intelectual de plantas – ao longo de mencionada cadeia produtiva, identifica-se um panorama no qual passa a ser necessária a atuação estatal sobre a propriedade intelectual de plantas, de forma que a utilização de tal bem imaterial esteja em conformidade com os supramencionados interesses políticos e econômicos, nacionais e internacionais, associados à agricultura no Brasil e na Argentina.

Adentrando-se no quarto capítulo, verificou-se que as supramencionadas atuações (políticas), poderiam se estabelecer tanto no plano internacional quanto no plano nacional. As atuações no plano nacional compreenderiam, essencialmente, aquelas de natureza estritamente política, relativas às discussões e negociações sobre os regimes de propriedade intelectual de plantas a serem adotadas nos ordenamentos internos – particularmente aquelas tratadas no âmbito da OMC e da UPOV.

Já no plano nacional, estariam incluídas não só as atuações políticas em sentido estrito – v.g., aquelas pelas quais se alteram os regramentos nacionais –, mas de modo geral,

todas as atuações estatais que visam a tutelar o modo pelo qual a propriedade intelectual de plantas é utilizada. Perceba-se que, por conta da necessária coerência destas atuações com o sistema multilateral de comércio, a política (atuação) estatal a ser empregada deveria se prestar à correção ou à sanção de externalidades negativas geradas a partir do exercício da propriedade intelectual de plantas. É especificamente a partir deste contexto que emerge a política de concorrência enquanto atuação estatal passível de ser aplicada à propriedade intelectual de plantas – completando, por consequência, a relação entre “sistema multilateral de comércio - política de concorrência - propriedade intelectual”.

Com efeito, antes que se pudessem verificar as possibilidades de atuação da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas, entendeu-se necessário estabelecer um suporte destinado à identificação dos fundamentos da interface entre política de concorrência e a propriedade intelectual. Entretanto, desde logo se destacou que, por conta da inexistência de uma “teoria geral da interface entre política de concorrência e direitos de propriedade intelectual”, o estabelecimento de tal suporte, em definitivo, dependeria das atuações em concreto da política de concorrência sobre a propriedade intelectual.

Assim, identifica-se a exclusividade, atributo intrínseco a quaisquer direitos de propriedade intelectual, como o ponto de partida para a firmação da interface entre política de concorrência e propriedade intelectual. Isto, pois, será a partir da conjugação deste atributo com a inexistência de quaisquer substitutos para a tecnologia protegida pela propriedade intelectual que ocorrerá a outorga de poder econômico ao titular do bem imaterial.

Também será a partir da exclusividade que primeiramente se evidencia a mencionada interface. Como visto, o atributo da exclusividade constitui um estímulo para que os agentes econômicos invistam em inovações e para que estas inovações sejam difundidas pela sociedade, potencializando o nível de satisfação das necessidades sociais. Por outro lado, o incentivo à inovação também constitui um dos objetivos da política de concorrência: em essência, a inovação corresponde a uma das formas pelas quais um agente econômico pode legitimamente adquirir e exercer poder econômico. Pode-se afirmar, assim, que o incentivo à inovação constitui um dos fundamentos para a interface entre política de concorrência e propriedade intelectual.

Já o segundo dos fundamentos da interface entre política de concorrência e propriedade intelectual é dado pela busca de parâmetros para que o exercício desta não distorça ou gere efeitos negativos sobre os mercados. Basicamente, a distorção ou a geração de efeitos negativos sobre os mercados decorre do exercício abusivo da propriedade

intelectual: em síntese, há exercício abusivo quando o titular da propriedade intelectual abusa dos atributos inerentes ao bem imaterial e quando o titular da propriedade intelectual abusa do poder econômico a ele outorgado. Conforme mencionado, ambas as formas de abuso podem ser sancionadas pela política de concorrência, conquanto que haja geração de efeitos substanciais dos mesmos sobre as estruturas dos mercados.

Constitui a proteção às estruturas dos mercados, em prol do fluxo de recursos ao desenvolvimento econômico, técnico e social, como terceiro fundamento da interface entre propriedade intelectual e defesa da concorrência. Trata-se de um fundamento pelo qual se objetiva fundamentalmente a manutenção e o aprimoramento dos mercados, evitando a distorção de suas estruturas e resguardando a eficiência com que satisfaz as necessidades sociais. Assim, diante das peculiaridades próprias da propriedade intelectual, entende-se que a política de concorrência deve sobre esta atuar não só de modo repressivo, mas também de modo preventivo – não só por meio do controle de estruturas, mas dispondo regulamentos complementares, convocando empresas, abrindo discussões e celebrando protocolos com agentes econômicos e outros órgãos, nacionais e internacionais.

Entretanto, tendo em vista o mencionado fato de que o efetivo estabelecimento da interface entre política de concorrência e propriedade intelectual resulta, necessariamente, da atuação em concreto da primeira sobre a segunda, passou-se à busca de lides concorrenciais relativas à propriedade intelectual de plantas. Diante da ausência de tais lides – especificamente de lides com alguma relevância – no Brasil, o auxílio da casuística estrangeira se mostrou indispensável, tendo sido encontrados relevantes casos nos Estados Unidos – ainda em trâmite – e no Canadá – com trânsito em julgado.

Contudo, foi na Argentina que se encontrou a mais relevante casuística relativa à propriedade intelectual de plantas com reflexos concorrenciais. De um lado, esta relevância deve-se à proximidade entre os ordenamentos concorrenciais e de propriedade intelectual brasileiros e argentinos, o que facilitaria uma transposição dos seus pressupostos à realidade brasileira. De outro, a relevância se justifica em razão da complexidade deste caso, cujo suporte fático se manifestou não só sobre a jurisdição argentina, mas também sobre a jurisdição de diversos países europeus – sedimentando, de certa forma, a necessidade da relação “sistema multilateral de comércio - política de concorrência - propriedade intelectual” que baseou o presente trabalho.

Este caso tem por objeto básico a cobrança de *royalties* instituída pela Monsanto sobre agricultores argentinos, a qual era relativa a uma tecnologia aplicada à soja,

cuja utilidade corresponde à aquisição de resistência da planta a herbicidas à base de glifosato. Ocorre que, por razões diversas, esta tecnologia da Monsanto estava em domínio público na Argentina, fato este que impossibilitava sumariamente o estabelecimento desta cobrança. Diante de tal fato, a Monsanto iniciou uma série de ações judiciais em países europeus, visando a impedir o desembarque da soja argentina, sob o pretexto de que a tecnologia incorporada àquela soja era objeto de patente detida pela Monsanto em tais países europeus.

Como visto, a Monsanto perdeu, ao menos em primeira instância, todas aquelas ações judiciais, sob o argumento de que, em essência, a utilidade de sua tecnologia contida na soja argentina não mais poderia ser empregada ou reproduzida. Entretanto, à medida que estas ações tiveram profundo impacto, nos planos nacional e internacional, sobre a produção de soja – e mesmo sobre toda a economia – argentina, a CNDC, autoridade concorrencial argentina, instalou uma investigação com o objetivo de verificar eventuais efeitos concorrenciais relativos às práticas engendradas pela Monsanto.

Por sua vez, a Monsanto ingressou com uma ação judicial questionando a instalação de tal investigação, pedindo, ao final, seu encerramento por conta da inexistência de indícios suficientes para tanto. Esta ação judicial, por sua vez, ascendeu até a instância máxima judicial argentina, porém a última decisão proferida foi no sentido de reconhecer o pleito da Monsanto e determinar o arquivamento da investigação concorrencial conduzida pela CNDC.

A partir da análise do caso argentino, é possível ter uma noção dos possíveis efeitos que a utilização da propriedade intelectual de plantas pode apresentar para um país – especialmente para países em que a agricultura constitui um dos mais importantes setores econômicos. Também é a partir desta análise, porém não somente dela, que se evidenciam os motivos pelos quais inexistem uma atuação substancial da política de concorrência sobre a propriedade intelectual de plantas no Brasil: fatores como a disponibilidade de poucos dados, a deficiência da estrutura organizacional-administrativa do CADE e as particularidades da propriedade intelectual de plantas fazem com que seja extremamente dificultosa uma efetiva implementação da política de concorrência sobre aquela espécie de bem imaterial.

Desta forma, a fim de estabelecer possíveis bases para uma atuação da política de concorrência brasileira sobre a propriedade intelectual de plantas, foram apresentadas as principais ações judiciais brasileiras relativas à propriedade intelectual de plantas, como forma de evidenciar as discussões e as controvérsias nelas discutidas e, posteriormente, identificar eventuais interesses concorrenciais existentes em tais ações.

Neste sentido, foram expostas uma ação do Rio Grande do Sul e outra do Mato Grosso, ambas sem trânsito em julgado e movidas contra a Monsanto, as quais, grosso modo, se referem às mesmas práticas que tal empresa manifestou na Argentina: estas ações discutem a cobrança de *royalties* sobre a utilização da tecnologia de resistência ao glifosato aplicada a plantas, bem como o direito de os agricultores exercerem a exceção do agricultor, instituto pelo qual os produtores agrícolas poderiam, gratuitamente, separar de suas colheitas grãos ou sementes para replantio, troca, doação ou venda.

Paralelamente à exposição destas ações judiciais brasileiras, verificou-se que, a despeito da definição de qualquer mercado relevante, a Monsanto constitui uma empresa que, de modo praticamente inquestionável, é detentora de poder econômico – seja pela sua presença em boa parte dos países do mundo, seja pelos lucros que aufera, seja pelo fato de ser titular de diversas outras tecnologias aplicadas à agricultura. Mais: identificou-se que outros agentes econômicos, igualmente detentores de poder econômico, também atuam nos mercados brasileiros de tecnologia aplicada à agricultura – incluindo-se aí o mercado de propriedade intelectual de plantas.

Sendo assim, percebe-se que a situação brasileira relativa à propriedade intelectual de plantas pode, de modo potencial e mesmo em concreto, gerar efeitos anticoncorrenciais. De modo potencial, em função de que diversos agentes detentores de poder econômico transacionam a propriedade intelectual de plantas em mercados cujas estruturas e práticas são pouco conhecidas. Já de modo concreto em função dos fatos narrados nas ações judiciais movidas contra a Monsanto, os quais evidenciam práticas que, inclusive por reconhecimento judicial, se manifestam em todo território nacional e, portanto, podem repercutir não só sobre a produção agrícola, como também sobre toda a economia brasileira.

Não se pode deixar de ressaltar, também, que o exercício do poder econômico detido pelos agentes titulares de propriedade intelectual de plantas pode lhes conferir, ainda que indiretamente, um controle parcial da produção agrícola. Tal controle, por sua vez, pode ser convertido em poder político, passível de ser contraposto, inclusive, ao poder político de que o Estado é titular.

Portanto, em função dos aspectos acima mencionados, sedimenta-se a raciocínio de que é possível, e mesmo necessária, a atuação da política de concorrência brasileira sobre a propriedade intelectual de plantas – seja pelo fato de constituir um instrumento igualmente de natureza econômica (portanto, adequado ao bem imaterial em

questão), seja pelo fato de se tratar de instrumento cuja (adequada) utilização encontra amparo e é legítima desde a perspectiva do sistema multilateral de comércio.

Em específico, esta atuação se justifica à medida que a propriedade intelectual de plantas constitui um bem econômico cuja utilização pode apresentar os mais reflexos de ordem econômica e política, nos planos nacional e internacional: a atuação sobre um bem atribuído de tais peculiaridades somente seria efetiva, e mesmo viável, caso fosse realizada por um instrumento que possa igualmente transitar sobre tais peculiaridades e, de modo legítimo, corrigir e sancionar a eventual utilização que se mostre desconforme com os interesses políticos e econômicos associados à atividade produtiva em que tal bem imaterial é empregado. Em derradeira análise, a política de concorrência constitui um dos poucos, senão o único, instrumento de que dispõe o Estado para atuar sobre um bem, como é a propriedade intelectual, dotado de tais peculiaridades.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, Antonio Carlos de Souza. **Introdução ao sistema de patentes**: aspectos técnicos, institucionais e econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.

ARAÚJO, José Cordeiro de. **A lei de proteção de cultivares**: análise de sua formulação e conteúdo. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3543/lei\\_protecao\\_cultivares\\_araujo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3543/lei_protecao_cultivares_araujo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 11 out. 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

AZEVEDO, João Lúcio de; FUNGARO, Maria Helena Pelegrinelli; VIEIRA, Maria Lúcia Carneiro. Transgênicos e evolução dirigida. **História, Ciência, Saúde**: Manguinhos. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 451-464, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 45, p. 3-23, 2000.

\_\_\_\_\_. **Nota sobre a aplicação da doutrina das *essential facilities* à propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/essential.doc>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. **The world competition agency as a necessary international institution**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=436685>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_.; LESSA, Marcus. **The new brazilian government draft law on plant varieties** (or... how a developing country may want to enhance IP protection because it may actually need it). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415406>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

BARTON, John H. et al. **The evolution of trade regime**: politics, law, and economics of the GATT and the WTO. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BERGEL, Salvador D. Requisitos y excepciones a la patentabilidad – invenciones biotecnológicas. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Derecho de patentes**: el nuevo régimen legal de las invenciones y de los modelos de utilidad. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

BERGEL, Salvador et. al. Agrobiotecnologías: difusión de cultivos transgénicos em Argentina y Brasil. **Revista Kairos de Temas Sociales**, San Luis, v. 4, p. 120-141, 2004.

BESSEN, Stanley M.; RASKIND, Leo J. An introduction to the law and economics of intellectual property. **The Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, v. 5, n. 1, p. 3-27, 1991.

BLAKENEY, Michael. Plant variety protection, international agricultural research and exchange of germplasm: legal aspects of sui generis and patent regimes. In: BENNETT, Alan B. et. al. **Intellectual property management in health and agricultural innovation: a handbook of best practices**. Oxford: MIHR, 2007. v. 1

\_\_\_\_\_. Stimulating agricultural innovation. In: MASKUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. (Org). **International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BORÉM, Aluizio; MIRANDA, Glaucio V. **Melhoramento de plantas**. 5. ed. Viçosa: Ed. UFV, 2009.

BRAHMI, Pratibha; CHAUDHARY, Vijaya. Protection of plant varieties: systems across countries. **Plant Genetic Resources**, Cambridge, v. 9, n. 3, p. 392-403, 2011.

BRUCH, Kelly Lissandra. A internalização dos acordos internacionais no âmbito da proteção de variedades vegetais: uma análise comparativa da sua implementação nas comunidades europeias, nos Estados Unidos da América e no Brasil, a partir dos acordos firmados no escopo da UPOV e do TRIPS/OMC. **Amicus Curiae**, Criciúma, v. 7, n. 7, p. 1-15, 2010.

\_\_\_\_\_. **Limites do direito de propriedade industrial de plantas**. 2006. 226 f. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should developing countries worry about use of dominant power? **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 2008, n. 2, p. 267-294, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho económico**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2010.

\_\_\_\_\_. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t.1.

\_\_\_\_\_. **Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. t.2.

CAP, Eugenio. La economía y la agricultura argentina en los años 90. In: \_\_\_\_\_; CHUDNOVSKY, Daniel; LÓPEZ, Andrés; TRIGO, Eduardo (Org.). **Los transgénicos en la agricultura argentina: una historia con final abierto**. Buenos Aires: Zorzal, 2004.

CARVALHO, Nuno Pires de. **The TRIPS regime of antitrust and undisclosed information**. Boston: Kluwer Law International, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CEPAL. **Balance preliminar de las economías de América Latina y Caribe**: 2011. Buenos Aires. 2011. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/48594/P48594.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. FAO. IICA. **Perspectivas de la agricultura y el desarrollo rural en las Américas: una mirada hacia América Latina y Caribe**. Santiago: FAO, 2012.

CHUDNOVSKY, Daniel. Argentina: adopting RR soy, economic liberalization, global markets and socio-economic consequences. In: FUKUDA-PARR, Sakio (Org.). **The gene revolution: GM crops and unequal development**. Oxon: Earthscan, 2007.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CONRAD, Christiane R. **Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

CORREA, Angela Maria Cassavia Jorge; FIGUEIREDO, Nelly Maria Sansígolo de. **Tecnologia na agricultura brasileira: indicadores de modernização no início dos anos 2000**. Brasília, DF: IPEA, 2006. (Texto para discussão n. 1163).

CORREA, Carlos M. Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. In: \_\_\_\_\_; LI, Xuan. **Intellectual property enforcement: international perspectives**. Northampton: Edward Elgar, 2009.

\_\_\_\_\_. Instrumentación del acuerdo sobre los ADPIC en un contexto de asimetría científico-tecnológica. In: \_\_\_\_\_. (Cord.). **Comercio internacional: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias**. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

CORREA, Carlos M. Instrumentación del acuerdo TRIPs em Latinoamérica: armonización vs. diferenciación de los sistemas de propiedad intelectual. In.: GATT (Org.) **Propiedad intelectual en el GATT**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. (Temas de derecho industrial y de la competencia, 1).

\_\_\_\_\_. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. London: Zed Books, 2000.

CULLE, Jed; DIALYNAS, Anastasia; YAMAZAKI, Kevin. **Strategic report for Monsanto Company**: Vector Strategy Group. Disponível em: <<http://economics-files.pomona.edu/jlikens/SeniorSeminars/vector2010/pdf/mon.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **Sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELHAUGE, Einer. Making sense of antitrust petitioning immunity. **California Law Review**, Berkeley, v. 80, n. 5, p. 1177-1251, 1992

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 2, p. 65-74, 1992.

\_\_\_\_\_. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 215-225, 2003.

\_\_\_\_\_. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, DF, n. 21, p. 23-30, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, v. 8, p. 10-12, 1993.

\_\_\_\_\_.; NUSDEO, Fábio; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder econômico**: direito, pobreza, violência, corrupção. Barueri: Manole, 2009.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial. Franca: UNESP-FHDSS, 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos jus-econômicos para uma disciplina da concorrência na OMC – Organização Mundial do Comércio. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 14, p. 153-182, 2005.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

FTC. **Performance & accountability report**: fiscal year 2012. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opp/gpra/2012parreport.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Lisboa: Signo, 1980.

GALVES, Carlos. **Manual de economia política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. **A proteção jurídica das cultivares no Brasil**: plantas transgênicas e patentes. Curitiba: Juruá, 2011.

GIBBONS, Catherine. **Monsanto Canada Inc. Vs. Percy Schmeiser**. Disponível em: <<http://bizgovsoc2.wordpress.com/2012/04/09/monsanto-canada-inc-vs-percy-schmeiser/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica à recente decisão da Secretária de Direito Econômico (SDE). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 145, p.148-184, 2007.

GSTÖHL, Sieglinde. Blurring regime boundaries: uneven legalization of non-trade concerns in the WTO. **Journal of International Trade Law and Policy**, Bingley, v. 9, n. 3, p. 275-296, 2010.

HOBBSAWM, Eric J. **As origens da revolução industrial**. São Paulo: Global, 1979.

\_\_\_\_\_. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HOEKMAN, Bernard M. Competition policy and the global trading system. **The World Economy**, Oxford, v. 9, n. 20, p. 383-406, 1997.

\_\_\_\_\_.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system: the WTO and beyond**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. The WTO: functions and basic principles. In: \_\_\_\_\_.; MATTO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Org.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**. Washington: The World Bank, 2002.

HOVENKAMP, Herbert J. **The intellectual property-antitrust interface**. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1287628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628)>. Acesso em: 14 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing, 2005.

\_\_\_\_\_. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

JACKSON, John Howard. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 1997.

KELLY, Nathan J. Political choice, public policy, and distributional outcomes. **American Journal of Political Science**, Bloomington, v. 49, n. 4, p. 865-880, 2005.

KITSON, Michael; MICHIE, Jonathan. Conflict, cooperation and change: the political economy of trade and trade policy. **Review of International Political Economy**, London, v. 2, n. 4, p. 632-657, 1995.

KORS, Jorge. La evolución del acuerdo ADPIC: hacia un multilateralismo flexible. In: \_\_\_\_\_.; REMICHE, Bernard (Org.). **Propiedad intelectual y tecnología: el acuerdo ADPIC diez años después: visiones europea y latinoamericana**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

KRANAKIS, Eda. Patents and power: european patent-system integration in the context of globalization. **Technology and Culture**, Maryland, v. 48, n. 4, p. 689-728, 2007.

KRUGMAN, Paul. **The great unraveling**: loosening our way in the new century. New York: W.W. Norton, 2003.

LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 9, n.23, p. 247-260, 1995.

LANOSZKA, Anna. The global politics of intellectual property rights and pharmaceutical drug policies in developing countries. **International Political Science Review**, London, v. 24, n. 2, p 181-197, 2003.

MARINO, Marcela. El bien protegido por la ley de defensa de la competencia: el “interés económico general”. **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, ano 40, n. 225, p. 111-134, 2007.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Propriedade intelectual e interesse público. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 59, p. 293-354, 2003.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 7-36, 2004.

MASSOT, Juan Miguel. Análisis económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

MAY, Christopher; SELL, Susan. Contestation and settlement in the history of intellectual property. **Review of International Political Economy**, London, v. 8, n. 3, p. 467-500, 2001.

METCALFE, John S.; RAMLONGAN, Ronnie. Competition and the regulation of economic development. In: COOK, Paul; FABELLA, Raul; LEE, Casey (Org.). **Competitive advantage and competition policy in developing countries**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2007.

MEYER, Roberto E.; SCHROÖCK, Úrsula. Protección de la propiedad intelectual sobre la materia viva. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 6, p. 109-115, 1997.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Economia brasileira em perspectiva**. 15. ed. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/docs/perspectiva-economia-brasileira/edicoes/Economia-Brasileira-Em-Perpectiva-Mar-Abr12-alterado.pdf>>. Acesso em 30 out. 2012.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Dados básicos e principais indicadores econômico-comerciais**: Argentina. Brasília, DF. 2012. Disponível em: <<http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/IndicadoresEconomicos/INDArgentina.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial: direito das coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos) – propriedade intelectual; propriedade industrial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 16.

MITCHELL, Andrew D. The legal basis for using principles in WTO disputes. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 10, n. 4, p. 795-835, 2007.

MITSCHKE, Andreas. **The influence of national competition policy on the international competitiveness of nations**: a contribution to the debate on international competition rules. Heidelberg: Physica-Verlag, 2008.

MONTEIRO, Guilherme Fowler de Ávila. **Direitos de propriedade, estratégia e ambiente institucional**. 2010. 152 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MORROW, James D.; SIVERSON, Randolph M.; TABARES, Tressa E. The political determinants of international trade: the major powers, 1907-90. **The American Political Science Review**, Washington, v. 92, n. 3, p. 649-661, 1998.

MUNICOY, Mariano. Judicial decision in Argentina tackles the interplay between enforcing patent rights and antitrust law within the dispute between Monsanto and the Argentine government on the “GM soy-seed RR”. **The Online Magazine for Global Competition Policy**, Cambridge, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/judicial-decision-in-argentina-tackles-the-interplay-between-enforcing-patent-rights-and-antitrust-law-within-the-dispute-between-monsanto-and-the-argentine-government-on-the-gm-soy-seed-rr>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

NEGRO, Sandra C. Nacimiento y evolución del sistema GATT/OMC. In: CORREA, Carlos M. (Cord.). **Comercio internacional**: del GATT a la OMC – disciplinas y solución de controversias. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

O’FARREL, Alfredo Miguel; DEL PINTO, Miguel. **Handbook on multijurisdictional competition law investigations**: Argentina. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust\\_law/at311000\\_treatise\\_argentina.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/at311000_treatise_argentina.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2013.

OECD. IDB. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. [Brasília, DF], 2010. Acesso em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Disponível em: 3 set. 2012.

OMC: EU etc versus US: ‘son of dolphin-tuna’. 1994. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis05\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis05_e.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2012.

\_\_\_\_\_.: India etc versus US: ‘shrimp-turtle’. 1998. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis08\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2012.

OMC : Mexico etc versus US: ‘tuna-dolphin’. 1991. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis04\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2012.

PALMER, David; MAVROIDS, Petros C. The WTO legal system: sources of law. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 92, n. 3, p. 398-413, 1998.

PERELMUTER, Tamara. Semillas: de bienes comunes a mercancías – la propiedad intelectual y su incidencia sobre los productores agrarios: el caso argentino. In: CONGRESO NACIONAL E INTERNACIONAL DE AGROBIOTECNOLOGÍA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS, 2., 2008, Córdoba. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2009.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Legal, economic and political objectives of national and international competition policies: constitutional functions of WTO – “linking principles” for trade and competition. **New England Law Review**, Boston, n. 34, p. 145-162, 1999.

PLAWIACK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

POSNER, Richard A. **Judge who shelved Apple trial says patent system is out of sync**. Entrevistador: Dan Levine. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/07/05/us-apple-google-judge-idUSBRE8640IQ20120705>>. Acesso em: 6 jul. 2012.

RAPELA, Miguel Ángel. **Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.

\_\_\_\_\_. Excepción y derecho del agricultor: origen y desarrollo. In: \_\_\_\_\_.; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

RATHBONE, Anne; ROWLEY, Charles. Political economy of antitrust. In: NEUMANN, Manfred; WEIGAND, Jürgen (Org.). **The international handbook of competition**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004.

REMICHE, Bernard. El acuerdo ADPIC y la directiva europea de biotecnología en el mercado mundializado. In: BERGEL, Salvador Darío; CASELLA, Aldo Pedro. **Agrobiotecnología, políticas públicas y propiedad intelectual**. Buenos Aires: Mave, 2008.

ROSENBERG, Bárbara. **Patentes de medicamentos e comércio internacional: os parâmetros do TRIPS e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias**. 2004. 290 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

RUSSET, Bruce M. **Grasping the democratic peace**: principles for a post-cold war world. Princeton: Princeton University Press, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**. Brasília, DF, v. 35, p. 12-19, 2006.

\_\_\_\_\_. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALVO, Mauro. **A inserção das economias emergentes e a distribuição de poder no cenário político internacional**. 2011. 160 f. Tese (Doutorado em Economia do Desenvolvimento) - Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SÁNCHEZ, Fernando. Manual de procedimientos de propiedad intelectual para investigadores y empresas semilleras. In: RAPELA, Miguel Ángel; SCHÖTZ, Gustavo (Org.). **Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola**: estudio interdisciplinar y propuestas para la Argentina. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

SANDOVAL, Carlos A. Molina. **Defensa de la competencia**. Buenos Aires: Errepar, 2004.

SASOT, María C. Tapia. Mercado, monopolio y defensa de la competencia. In: VÍTOLO, Daniel R. (Org.). **Cuestiones de derecho societario**: en homenaje a Horacio P. Fargosi. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

SCHERER, Frederic M. Antitrust: ideology or economics? In: \_\_\_\_\_. **Competition policy, domestic and international**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000.

\_\_\_\_\_. Competition policies for an integrated world economy. In: \_\_\_\_\_. **Competition policy, domestic and international**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000.

SEEDS market clash: Monsanto wins one billion dollars lawsuit to DuPont. **MercoPress**. Montivideo, 7 ago. 2012. Disponível em: <<http://en.mercopress.com/2012/08/07/seeds-market-clash-monsanto-wins-one-billion-dollars-lawsuit-to-dupont>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

SEGEPI. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Boletim estatístico de pessoal**: novembro 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <[http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico\\_12/Bol199\\_Nov2012\\_rep2.pdf](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_12/Bol199_Nov2012_rep2.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2013.

SHEPPARD, Erick. Constructing free trade: from Manchester boosterism to global management. **Transactions of the Institute of British Geographers**, London, v. 30, n. 2, p. 151-172, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência**: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2003.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. São Paulo: Hemus, 1981.

SPAR, Debora L. National policies and domestic politics. In: RUGMAN, Alan M.; BREWER, Thomas L. (Org.). **The Oxford handbook of international business**. New York: Oxford University Press, 2001.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Docket No. 11-796** – Vernon Bowman v. Monsanto Company et al. Disponível em:  
<<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-796.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Granted & noted list**. Disponível em:  
<<http://www.supremecourt.gov/orders/12grantednotedlist.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

SYKES, Alan O. Externalities in open economy antitrust and their implications for international competition policy. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 23, n. 1, p. 89-96, 2000.

TROMMETTER, Michel. Los ADPIC diez años después, del multilateralismo al bilateralismo: reflexiones de un economista. In: KORS, Jorge; REMICHE, Bernard (Org.). **Propiedad intelectual y tecnología**: el acuerdo ADPIC diez años después: visiones europea y latinoamericana. Buenos Aires: La Ley, 2006.

UPOV. About UPOV: overview: introduction to UPOV. Disponível em:  
<<http://www.upov.int/overview/en/upov.html>>. Acesso em: 20 out. 2012.

WITTHAUS, Mónica. Propiedad industrial sobre plantas transgénicas. **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, n. 9, p. 131-158, 2001.

WTO. **The GATT years**: from Havana to Marrakesh. Disponível em:  
<[http://www.wto.org/English/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact4\\_e.htm](http://www.wto.org/English/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2012.