



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULA DE ANDRADE BAQUEIRO

**INOVAÇÃO PREDATÓRIA
PREOCUPAÇÕES E DESAFIOS PARA O DIREITO DA
CONCORRÊNCIA**

Brasília

2017



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULA DE ANDRADE BAQUEIRO

INOVAÇÃO PREDATÓRIA
PREOCUPAÇÕES E DESAFIOS PARA O DIREITO DA
CONCORRÊNCIA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.^a Dra. Ana Frazão.

Brasília
2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Paula de Andrade Baqueiro

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Frazão (Orientadora)
Universidade de Brasília

Professora Doutora Amanda Athayde (Avaliadora)
Universidade de Brasília

Professora Doutora Laura Schertel (Avaliadora)
Universidade de Brasília

Brasília, 27 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Os primeiros agradecimentos dirijo a meus pais, Dícíola e Paulo, maiores apoiadores do meu sucesso, exemplos nos quais me baseio, reflexos que busco enxergar em mim ao olhar no espelho. Por tudo que me proporcionam em vida, agradeço.

A Gabriel, companheiro de tantas jornadas, parceiro em tantos projetos, sem o qual o meu processo de escrita teria tido menos graça, alegria e leveza. Por todo diálogo, apoio e afeto nesta fase que juntos enfrentamos, eu lhe dou meu principal agradecimento.

Às amigas e aos amigos que me acompanharam ao longo da graduação e me fizeram guardar o encantamento pela Faculdade de Direito, obrigada. Em especial, a Alceu Fernandes, Amanda Visoto, Angelo Gamba, Carlos Ávila, Gabriella Souza e Maria Lindoso, pela amizade, carinho e apoio nessa caminhada, bem como pelas discussões e revisões que me fizeram avançar neste trabalho, obrigada. Sem vocês, minha trajetória não teria sido o que foi. Levo-os para a vida.

Agradeço também ao Projeto Promotoras Legais Populares do Distrito Federal, que, ao me mostrar o potencial da extensão popular, me confirmou a importância de olhar, conhecer e viver o que há para além da Universidade. Em específico, agradeço a Rosa Maria Silva dos Santos, símbolo de luta, ternura e resistência, que me ensinou sobre a mulher e a jurista que eu quero ser no e para o mundo.

À minha orientadora, professora Ana Frazão, exemplo da pesquisadora que quero me tornar, pelo acompanhamento atento e dedicado não apenas neste, mas também em projetos anteriores, muito agradeço. Que novos projetos prossigam com esse vínculo tão enriquecedor e caro para mim.

Também agradeço às professoras Amanda Athayde e Laura Schertel, pela solicitude e confiança em participar desta interlocução comigo e compor a banca de avaliação.

Por fim, à Universidade de Brasília, ambiente que me proporcionou os tantos encontros e desencontros necessários ao meu amadurecimento acadêmico e pessoal, agradeço enormemente pela soma de pessoas, projetos, experiências e possibilidades que me apresentou.

Eu sou filho da poeira, sinto pó em minha volta.

(Mateus Aleluia)

RESUMO

A inovação, que adquire papel central nos mercados da Nova Economia, desponta como principal estímulo à competição e ressignifica o processo competitivo. Nesse contexto, novos desafios e preocupações se impõem ao Direito da Concorrência, que precisará revisitar seus pressupostos e abordagens tradicionais, de modo a considerar e incluir a inovação como fator legítimo da análise antitruste. Para tanto, o Direito da Concorrência deve voltar-se não apenas ao fomento da inovação, mas também à regulação dos comportamentos inovadores na Nova Economia, que podem, por vezes, assumir feições abusivas e predatórias. Nesse sentido, o presente trabalho se presta a tratar do fenômeno das inovações predatórias, no intuito de apresentar as primeiras instigações que o tema desperta. O primeiro capítulo aborda o novo cenário econômico que intensifica o papel da inovação e propicia uma dinâmica renovada de competição, apontando as dificuldades que emergem para o Direito da Concorrência. O segundo capítulo trata especificamente da inovação predatória nesse contexto, no esforço de conferir-lhe um conceito jurídico próprio, de identificar as condições que ensejam o fenômeno, de indicar possibilidades e proposições de tratamento, em vista dos objetivos que o Antitruste reivindica para si.

Palavras-chave: Inovação Predatória. Direito da Concorrência. Nova Economia.

ABSTRACT

Innovation, which plays a central role in the New Economy markets, emerges as the main driver to competition and alters the competitive process. In this context, new challenges and concerns are imposed on Competition Law, which will need to revisit its traditional assumptions and approaches in order to consider and include innovation as a legitimate factor in antitrust analysis. To that end, Competition Law must focus not only on the promotion of innovation, but also on the regulation of innovative behavior in the New Economy, which may take abusive and predatory features. In this sense, the present work intends to deal with the phenomenon of predatory innovation, in order to present the first instigations that the theme arouses. The first chapter encloses the new economic scenario that intensifies the role of innovation and provides a new competition dynamics, pointing out the difficulties that arise to Competition Law. The second chapter deals specifically with predatory innovation in this context, in the effort to give it its own legal concept, to identify the conditions that give rise to the phenomenon, to indicate possibilities and propositions of treatment, taking into account the goals Antitrust claims for itself.

Keywords: Predatory Innovation. Competition Law. New Economy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – NOVA ECONOMIA, INOVAÇÃO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: TENSÕES E PERSPECTIVAS	11
I.1. A Nova Economia	11
I.1.1. O surgimento da internet e suas repercussões	12
I.1.2. As novidades da Nova Economia	13
I.1.2.1. Os novos mercados	16
I.1.2.2. As novas estruturas e dinâmicas	18
I.2. Inovação, Competição e Antitruste: repensando as interações	21
CAPÍTULO II – INOVAÇÃO PREDATÓRIA: DESAFIOS, PREOCUPAÇÕES E POSSIBILIDADES	28
II.1. Inovação predatória? Compreendendo o termo e delineando um conceito	30
II.1.1. Desafios iniciais para lidar com o fenômeno	32
II.2. A necessidade de um conceito jurídico próprio	34
II.3. Casos na jurisprudência estrangeira	39
II.3.1.1. <i>California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.</i>	40
II.3.1.2. <i>Caldera, Inc. v. Microsoft Corporation</i>	41
II.3.1.3. <i>Intel Corporation</i>	43
II.3.2. Apontamentos preliminares	45
II.4. Proposição: desenvolvimento de uma regra da razão estruturada	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

A inovação, como elemento crucial para o estímulo do processo competitivo e do desenvolvimento econômico, sempre foi objeto de preocupação por parte do Direito da Concorrência. A relação entre inovação e competição é intrincada, uma vez que possuem entre si um íntimo vínculo de causa e efeito recíprocos, no sentido de que a inovação estimula a competição, ao mesmo tempo em que a competição estimula a inovação.

Nesse sentido, o Direito da Concorrência, adotando a inovação como uma de suas principais finalidades, sempre esteve no empenho de promover medidas e políticas que não apenas não comprometessem a inovação, mas que servissem, em verdade, como importantes instrumentos para incentivá-la e fomentá-la. Entretanto, a incorporação da inovação na análise antitruste é revestida de dúvidas e preocupações.

Especialmente no cenário da Nova Economia, definida por um arranjo de mercados nos quais o conhecimento, a propriedade intelectual, a internet e o desenvolvimento de alta tecnologia são fatores centrais, a inovação assume papel central e suscita novos problemas concorrenciais. Para além disso, as dinâmicas e estruturas dos mercados característicos da Nova Economia, marcados por efeitos de rede, baixos custos marginais, altas barreiras à entrada, competição dinâmica, entre outros, também suscitam novos desafios para a abordagem antitruste, que ainda é predominantemente focada em uma análise tradicional neoclássica inapta para abarcar a nova realidade.

Nesse contexto, os agentes de mercado passam a se valer de novas estratégias competitivas relacionadas às criações e transformações tecnológicas e demandam agora que a inovação seja percebida com novos olhares pelas autoridades da concorrência. Nesse sentido, requer-se que a inovação passe a ser analisada a partir de referenciais concorrenciais e seja tomada como um parâmetro competitivo legítimo, a fim de que a ordem concorrencial e os interesses de consumidores e concorrentes sejam devidamente tutelados pelo Direito da Concorrência.

Com essas observações e ponderações em foco, o presente trabalho pretende abordar o fenômeno da inovação predatória como estratégia anticompetitiva de que os agentes de mercado se valem para limitar ou excluir a concorrência. Sobretudo nos setores da Nova Economia, a inovação predatória pode reverter em efeitos nefastos tanto para a

ordem concorrencial quanto para os consumidores e concorrentes. O problema gera implicações graves à concorrência e provoca a reflexão sobre a necessidade de renovação do Direito Antitruste, uma vez que suas teorias e soluções usuais precisam ser revisitadas a fim de se conferir uma resposta adequada à questão.

O presente trabalho, portanto, é dividido em dois capítulos. O primeiro deles se presta a abordar o contexto da Nova Economia, relatando suas particularidades, características e dinâmicas, a fim de demonstrar como a alteração no cenário econômico implica novos desafios à abordagem antitruste. Nesse contexto, trata-se também da importância crescente do papel da inovação nos mercados de alta tecnologia e plataformas digitais, demonstrando as consequências que esse papel traz para o Direito da Concorrência, para já traçar o panorama no qual a inovação predatória se insere.

O segundo capítulo, então, trata do fenômeno em si e busca abordar os desafios e preocupações que o tema desperta. Nesse sentido, aponta-se para: a dificuldade de inserir a avaliação da qualidade da inovação na análise antitruste; a necessidade de definição de um conceito jurídico próprio que delimite o problema e auxilie em sua identificação; a insuficiência das abordagens antitruste tradicionais para responder à questão.

Para ilustrar a ocorrência do fenômeno, alguns casos da jurisprudência são relatados, no intuito de testar o conceito adotado e de permitir que se suscitem possibilidades e proposições de avanço no tema. Ao final do segundo capítulo, então, indica-se, como tratamento jurídico apropriado para lidar com o problema, a proposição de se estruturar uma regra da razão atualizada e estruturada para casos de inovação predatória.

CAPÍTULO I – Nova Economia, Inovação e Direito da Concorrência: tensões e perspectivas

As mudanças sociais, econômicas e políticas requerem do Direito a tarefa de constante renovação e reformulação. A realidade se antecipa e impõe uma série de desafios inéditos ao Direito, que, ao momento, não dispõe de instrumentos para considerar ou solucionar os problemas emergentes e precisa se reinventar.

As transformações econômicas que determinaram o final do século XX e o início do século XXI desencadearam novas complexidades a diversos ramos do Direito, que agora enfrentam a tarefa de evoluir, a fim de conseguir abarcar a realidade que desponta. A esse conjunto de transformações, denominou-se Nova Economia, compreendida como um arranjo de mercados nos quais o conhecimento, a propriedade intelectual, a inovação e a criação de altas tecnologias são fatores centrais¹.

Neste trabalho, a Nova Economia figura como o contexto do problema a ser tratado. Assim, este capítulo traçará o panorama geral que contextualiza o fenômeno da inovação predatória como um dos desafios impostos ao Direito da Concorrência pela nova dinâmica de interações econômicas.

Para tanto, as seções seguintes apresentarão o conceito de Nova Economia, seu contexto de surgimento, as suas novas estruturas e dinâmicas e alguns dos desafios que esse novo cenário econômico propõe ao Antitruste. A última seção tratará das repercussões que a importância atribuída pela Nova Economia à inovação traz ao processo de competição e como isso implica mudanças na análise antitruste.

I.1. A Nova Economia

A expressão Nova Economia representa uma importante mudança entre dois modelos de interações econômicas. Os movimentos que levaram a essa mudança estão indissociavelmente ligados ao surgimento e à evolução da internet, não podendo ser devidamente compreendida sem que se façam algumas alusões e paralelos entre as duas trajetórias.

¹ LITAN, Robert E. Antitrust and the New Economy. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 62, 2001, p. 429-435; POSNER, Richard. Antitrust in the New Economy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2001, p. 925-944.

I.1.1. O surgimento da internet e suas repercussões

A princípio, a internet surge como uma conexão entre instituições, impulsionada pela pesquisa e pelo desenvolvimento de uma rede de comunicação instrumentada em computadores. Com o incremento dos *softwares* que serviam de suporte à comunicação, bem como com o aprimoramento e a difusão dos computadores, a rede se expandiu de modo inimaginável e imprevisível para aqueles que estiveram nas origens da sua criação.

A natureza da rede, portanto, foi abrupta e absolutamente redefinida. Com a ampliação e diversificação da criação de *killer applications* – partes de *softwares* elaboradas e designadas para um propósito particular –, a internet passou a receber novos usos e aplicações, fomentando, por consequência, a atração de novos usuários, novos fornecedores e desenvolvedores².

Assim, novos protocolos – tais como o TCP/IP, o HTML e o HTTP³ – iniciaram a abertura e a transformação da rede, que antes se prestava apenas à comunicação entre cientistas, em uma *world wide web*. Os protocolos facilitaram o acesso e a utilização da internet, ao simplificar o envio de gráficos e documentos, a criação de *links*, a funcionalidade dos mecanismos de pesquisa. Toda essa movimentação de abertura e facilitação das utilidades da internet reforçaram a atração e a entrada na rede, de modo que, ao final da década de 1990, cerca de 25 a 30 anos após a criação da primeira rede, o processo de adesão à internet estava consolidado⁴.

A consolidação da adesão geral à internet reformatou seus usos e propósitos. As formas de interação *na* e *com* a rede se multiplicaram consideravelmente, causando uma revolução nas comunicações e no compartilhamento de informações, que tanto se expandiram por meio da velocidade, quanto por meio da constância do contato e da troca de informações.

Dessa maneira, a internet acelerou o processo de globalização pelo qual o mundo já passava, ao conectar e aproximar virtualmente as distâncias físicas, de modo a permitir a ampliação das relações e das trocas, levando-nos a esta atual sensação de que o mundo

² GEROSKI, Paul. *The Evolution of New Markets*. New York: Oxford University Press, 2003.

³ Para informações mais detalhadas acerca do desenvolvimento dos protocolos e códigos que estimularam a expansão da rede de computadores, ver: GEROSKI, Paul. *The Evolution of New Markets*. New York: Oxford University Press, 2003. Introdução.

⁴ GEROSKI, Paul. Op. cit., p. 4-5.

está inteiramente interligado e que tudo que nele acontece é velozmente veiculado, recebido e disseminado.

A internet tornou-se *locus* privilegiado de diversas interações e ocasionou o deslocamento de uma série de situações da vida física real à vida virtual. Esse deslocamento implicou não somente a transposição de relações sociais ou pessoais, mas também de relações econômicas. As relações econômicas, por sua vez, além de se inserirem na internet e tomarem lugar no ambiente virtual, também se desenvolveram em seu entorno, induzindo a emergência de novos mercados relacionados às tecnologias internas e também de suporte à internet.

Como aponta Geroski, o desenvolvimento de tecnologias relacionadas à internet proporcionou a abertura de inúmeros novos mercados, criando incontáveis possibilidades comerciais que foram aproveitadas pelos agentes econômicos⁵. Mercados para tipos específicos de *softwares* e *hardwares*, mercados de acesso à internet e os mercados conduzidos na internet são exemplos disso, juntamente com os mercados de aparelhos eletrônicos, tais como celulares, televisões digitais, tablets e outros.

A emergência desses novos mercados encaminhou o cenário econômico a mudanças significativas, remodelando os meios e modos das relações econômicas que viriam a compor o conjunto de práticas que caracterizam a chamada Nova Economia.

I.1.2. As novidades da Nova Economia

A expressão desponta na década de 1990, trazendo em seu encaixe também os conceitos de sociedade de rede, de alta tecnologia, de modelo pós-fordista de produção, de bens intangíveis e propriedade intelectual, de inovação; e sendo adjetivada por dinâmica, global, ágil, inovadora, revolucionária.

Diversas definições foram conferidas à expressão por diferentes teóricos, que, ainda que discordassem sobre a veracidade e consistência do termo “nova” – se, de fato, ali irrompia uma nova forma de interação econômica, nunca antes vivenciada –, concordavam em geral quanto às suas características.

⁵ GEROSKI, Paul. *The Evolution of New Markets*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 5.

Em uma das obras mais icônicas publicadas à época, *New Rules for the New Economy*, Kevin Kelly apontou três caracteres básicos da Nova Economia que surgia: é global; favorece coisas intangíveis (ideias, informações, relacionamentos, bens); e é intensamente interconectada⁶. Para o autor, esses três atributos produzem um novo ambiente de mercado e uma nova sociedade, enraizada na ubiquidade de redes eletrônicas.

De fato, um novo ambiente passou a se delinear, definido como o mundo do *soft* – o mundo dos bens intangíveis, da mídia, do *software*, dos serviços, da inovação. O *soft* é conceituado em contraposição ao *hard*, que seria o mundo físico, dos bens tangíveis, da produção concreta⁷. Nesse sentido, a Nova Economia marca a transição de uma economia essencialmente baseada na indústria para uma economia baseada em novos modelos de negócio, formatada por um conjunto de mercados nos quais a inovação, a propriedade intelectual e as tecnologias são elementos centrais.

As indústrias tradicionais, que dominaram o período antecedente à Nova Economia, são voltadas para a produção de bens físicos e se caracterizam por mercados estáveis, por produção em multi-empresas e multi-fábricas, investimento pesado de capital, índices modestos de inovação, e entrada e saída infrequentes e lentas⁸.

Por outro lado, três setores, apontados por Posner, como próprios da Nova Economia são: o setor produtor de *softwares* para computadores; o setor de negócios baseados na internet (tais como provedores de acesso, de serviços ou de conteúdos); e o setor de serviços de comunicação e equipamentos para os dois setores antes mencionados. Esses mercados são caracterizados por altos índices de inovação, requerimentos de capital relativamente modestos em comparação ao disponível para novos empreendimentos no moderno mercado de capital, rápidas e frequentes entradas e saídas no mercado, efeitos de rede, e integrações verticais⁹.

No mesmo sentido, Evans também identifica a Nova Economia como um modelo econômico distinto daquele que a antecede, figurando, em verdade, como uma Terceira

⁶ KELLY, Kevin. *New Rules for the New Economy: 10 radical strategies for a connected world*. New York: Viking Penguin, 1998.

⁷ KELLY, Kevin. Op. cit.

⁸ POSNER, Richard. Antitrust in the New Economy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2001, p. 925-944, p. 926.

⁹ POSNER, Richard. Op. cit., p. 925-927.

Revolução Industrial¹⁰. As características essenciais dessa Nova Economia são: os efeitos de rede¹¹, que aderem maior valor ao produto conforme o aumento do número de consumidores; altos custos fixos e baixos custos marginais de produção, que ocasionam uma dificuldade inicial de entrada, por exigir alto investimento de pesquisa e desenvolvimento, mas que possuem baixos custos para reprodução do produto já criado; alta intensidade de trabalho e não de investimento de capital, uma vez que as novas firmas não precisam de equipamentos pesados ou máquinas; e a competição dinâmica, que foca na inovação como principal *driver*, e não no preço¹².

É certo que tais atributos não são exclusivos da Nova Economia e podem ser identificados em indústrias e setores próprios do modelo econômico antecedente, como argumenta Jacobson¹³. Também é certo que a Nova Economia não gerou o colapso das indústrias anteriores, que seguem ativas, ainda voltadas à produção massiva de bens tangíveis. Contudo, essas não são razões para desacreditar o novo na Nova Economia. Isso, porque, ainda que suas características marcantes não lhe sejam exclusivas, elas, combinadas, introduzem novas formas de se relacionar economicamente, de estruturar mercados e produção.

Não à toa, o *ranking* anual de maiores empresas do mundo¹⁴, elaborado pela Revista Forbes, indicou, em 2017, 118 empresas voltadas essencialmente à produção de aparelhos eletrônicos, plataformas e tecnologias¹⁵ – as chamadas *tech companies* –, isso sem contar aquelas tantas outras empresas que, ainda que não tenham produção voltada às tecnologias, delas usufruem para atualizar e renovar suas formas de negócio.

Essa mudança significativa no cenário econômico já vinha sendo verificada desde o início do século, conforme apontada por Evans, que verificou o surgimento de um

¹⁰ EVANS, David S. Antitrust and the New Economy. In: EVANS, David S. (Ed.). *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 253-264. p. 253.

¹¹ A situação clássica para exemplificar os efeitos de rede é o uso do telefone. Se há apenas um usuário de telefone, o produto não agrega valor, uma vez que perde funcionalidade. Com o aumento de usuários, o produto é valorizado, já que é mais interessante aos consumidores ter mais usuários com os quais interagir.

¹² EVANS, David S. Op. cit., p. 255-257.

¹³ JACOBSON, Jonathan M. Do We Need a New Economy Exception for Antitrust?. *Antitrust*, v. 16, 2001, p. 89-93.

¹⁴ FORBES. Nova York, ed. 2017. Forbes Global 2000, 2017. Disponível em: <<https://www.forbes.com/global2000/list/24/#tab:overall>>. Acesso em 19 out. 2017.

¹⁵ STOLLER, Kristin. The World's Largest Tech Companies 2017. *Forbes*, 24 maio 2017. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/kristinstoller/2017/05/24/the-worlds-largest-tech-companies-2017-apple-and-samsung-lead-facebook-rises/#5a6ef16fd140>>. Acesso em 19 out. 2017.

número considerável de empresas *tech*, entre as décadas de 1970 e 2000, no *ranking* das empresas com maior valor de mercado nos Estados Unidos, tais como Microsoft, Cisco Systems, Intel, Nokia, Apple, Sun, dentre outras¹⁶.

É inegável, portanto, que o cenário mudou. Novos mercados emergiram, agora centrados em um novo tipo de produto, com uma nova forma de se estruturar, em novos modos e meios de interação. Assim, retomando os atributos já comentados, bem como o histórico já traçado do surgimento da internet, serão abordados na sequência os pontos essenciais que destacam e demarcam as mutações ocorridas no cenário econômico, quais sejam: os novos mercados e as diferentes estruturas e dinâmicas decorrentes. Os tópicos que seguem servirão para consolidar o conceito e o panorama conferidos ao termo Nova Economia para os fins do presente estudo.

I.1.2.1. Os novos mercados

Como anteriormente argumentado, a emergência da internet fez aflorar, tanto em seu entorno quanto em seu interior, uma sequência de novos e diversos setores econômicos. Em um primeiro momento, os mercados em evolução voltaram-se ao desenvolvimento imaterial da rede, progredindo na criação de novos *softwares* e protocolos, bem como de aplicações e funcionalidades inovadoras que facilitassem o acesso e manuseio da internet. No mesmo movimento, outros mercados em ascensão tenderam ao desenvolvimento dos aparatos físicos que embasam o virtual, como os *hardwares* e suas extensões, os aparelhos auxiliares e complementares, tais como *mouses*, teclados, fones de ouvido, microfones, câmeras.

Ainda, dedicados ao incremento das possibilidades *online* e em rede, outros mercados avançaram na elaboração de plataformas e aplicativos para os mais variados fins, seja para efetuar buscas e pesquisas na internet; seja para formação das redes sociais, dos sites de relacionamentos e afins; seja para difusão da informação nos meios de comunicação, para a mídia e o entretenimento, dentre tantas outras finalidades e variedades.

¹⁶ EVANS, David S. Antitrust and the New Economy. In: EVANS, David S. (Ed.). *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 253-264. p. 256, tabela 1.

Embora se possa dizer que mudanças tecnológicas têm, frequentemente, o efeito comum de gerarem novos mercados, há que se pontuar que a internet o fez de modo sem precedentes, ao permitir que economistas e outros teóricos, antes limitados à observação de mercados existentes e em lenta transformação, contemplassem a eclosão, a evolução, a competição e mesmo o desaparecimento dos mercados que acabavam de nascer.

Ainda, além de proporcionar a eclosão desses novos mercados, o advento da internet também viabilizou, por uma sucessão de condições e circunstâncias, o crescimento dramático deles, como nunca antes visto. O crescimento de plataformas virtuais é um exemplo: a Amazon abriu em 1995 e, em 2016, suas vendas se aproximaram de 136 bilhões de dólares¹⁷; o YouTube, lançado em 2005, conta hoje com mais de 1 bilhão de usuários ativos¹⁸; o Facebook, criado em 2004, alcançou o número de 1,87 milhão de usuários em 2017¹⁹, a Netflix iniciou a transmissão de conteúdo via *streaming* em 2007 nos Estados Unidos e, hoje, aproxima-se de 100 milhões de assinantes pelo mundo²⁰.

Efetivamente, os mercados advindos da internet produzem uma realidade econômica peculiar. Primeiramente, os negócios baseados *na* internet usufruem de um ambiente que atenua ou mesmo retira vários dos fatores econômicos que determinam a dinâmica das interações comerciais, propiciando situações inéditas e distintos *insights* para se pensar a economia. Também, os negócios baseados *no entorno da* internet são fundamentalmente propulsionados por investimentos em pesquisa e desenvolvimento, uma vez que a inovação assume papel central nesses mercados, situando a propriedade intelectual como seu principal produto.

Os mercados relacionados à internet, portanto, inauguram a Nova Economia e a singularizam, tanto pelas dinâmicas e estruturas inéditas, quanto pela extraordinária centralidade da produção intelectual e da inovação.

¹⁷ Dado disponível em: <<https://www.statista.com/topics/846/amazon/>>. Acesso em 19 out. 2017.

¹⁸ Dado disponível em: <<https://www.youtube.com/yt/about/press/>>. Acesso em 19 out. 2017.

¹⁹ Dado disponível em: <<http://www.smartinsights.com/social-media-marketing/social-media-strategy/new-global-social-media-research/>>. Acesso em 19 out. 2017.

²⁰ Dado disponível em: <<https://www.statista.com/topics/842/netflix/>>. Acesso em 20 out. 2017.

I.1.2.2. As novas estruturas e dinâmicas

Os mercados próprios da Nova Economia são determinados por estruturas e dinâmicas peculiares, que não se manifestaram do mesmo modo em indústrias anteriores. A viabilização de interações econômicas *online* revolucionou, em inúmeros sentidos, a maneira tradicional de fazer comércio.

As plataformas virtuais proporcionam facilidades para o estabelecimento de relações comerciais na medida em que: 1) permitem, com eficiência de custos, a operação de mercados de grande escala ao redor do globo, com milhões de consumidores; 2) possibilitam a habilidade de customizar experiências individuais por meio do uso de dados pessoais; 3) agilizam a busca e a avaliação de preços, produtos e oportunidades; 4) reduzem uma série de custos tradicionalmente vinculados à organização de mercados²¹.

Esses atributos fazem despontar situações inéditas na realidade da economia, que despertam o interesse e a necessidade de atualizar os estudos e teorias quanto ao tema, e mesmo as políticas econômicas e de antitruste. Por exemplo: as plataformas virtuais criaram um cenário em que os custos de procura são consideravelmente reduzidos. A disponibilização de mecanismos de pesquisa e *sites* de comparação de preços favorecem o desenvolvimento do comércio eletrônico de um modo impensável no mundo físico, no qual a consulta por preços e qualidades depende do deslocamento real dos consumidores.

No mesmo sentido, o ambiente virtual mitigou o critério da localização, tido como fator diferencial para produtos “idênticos” fornecidos por diferentes varejistas. Na internet, os mercados de varejo não são diferenciados pela localização, restando apenas o serviço e as preferências idiossincráticas de consumidores como fatores diferenciais principais²².

Outra condição de alta relevância oportunizada pela internet para os mercados virtuais é a possibilidade de criar e explorar bases de dados fornecidos pelos consumidores. Por conta disso, as experiências individuais dos consumidores podem ser especialmente customizadas: as plataformas virtuais são capazes de modificarem a disposição dos produtos ofertados, a recomendação de itens, a apresentação de *marketing*,

²¹ ELLISON, Glenn; ELLISON, Sara Fisher. Lessons About Markets form the Internet. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2, 2005, p. 139-158; LEVIN, Jonathan. The Economics of Internet Markets. *NBER Working Paper*, n. 16852, 2011, p. 1-35.

²² ELLISON, Glenn; ELLISON. Op. cit., p. 140.

os resultados de busca e outros critérios, com base nos comportamentos e preferências anteriormente manifestados e armazenados nas bases de dados.

A possibilidade de utilizar os dados armazenados para personalizar as experiências, bem como de mensurar o comportamento resultante do usuário faz despontar, segundo indica Levin, mais uma característica peculiar dos mercados da internet, que é o potencial para inovação e experimentação²³. Os custos reduzidos para modificar a disposição e a apresentação das informações permitem que os mercados virtuais conduzam experimentos controlados, aplicando novas ideias e logísticas.

Ainda, a utilização de dados fornecidos por aparelhos, aplicativos e *sites* também estimula e simplifica as interações comerciais virtuais, na medida em que a customização da experiência individual do consumidor torna-o mais propenso a efetuar uma compra, já que a oferta direcionada é capaz de indicar produtos recomendados e poupar o tempo e o esforço de procura do usuário da plataforma.

Essa expectativa de facilitação do comércio por meio do uso de dados foi denominada de “*frictionless commerce*”²⁴ ou de comércio contextual, que se baseia na ideia fundamental de agilizar a interação comercial por meio da redução de fricções e da oferta direcionada do produto visado pelo consumidor a partir do registro de seus comportamentos e preferências.

Anteriormente mencionados, os efeitos de rede são outro traço marcante dos mercados na internet. As plataformas virtuais podem ser compreendidas como modelos de negócio que viabilizam a interação de pelo menos dois lados (*two-sided businesses*), e que intermedeiam o contato entre esses lados. As plataformas podem assumir uma multiplicidade de funções, conectando múltiplos grupos de usuários – seja para prestação de serviços, venda de produtos, *networking* social, comunicação e outros – e criam comunidades e mercados como meios de interação.

Os efeitos de rede se apresentam nesses tipos de negócios na medida em que os diferentes tipos de usuários utilizam-se da plataforma para interagir com os demais, sendo

²³ LEVIN, Jonathan. The Economics of Internet Markets. *NBER Working Paper*, n. 16852, 2011, p. 1-35, p. 3-6.

²⁴ Ver mais em: BRYNJOLFSSON, Erik; SMITH, Michael D. Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers. *Management Science*, v. 46, n. 4, 2000, p. 563–585.

que a plataforma adquiere maior valor quando consegue agregar maior número de usuários de ambos lados do mercado²⁵.

Para além dos mercados virtuais, os mercados físicos relacionados à tecnologia e à internet também são assinalados por estruturas singulares. Ademais dos atributos já apresentados em seções anteriores, tais como as integrações verticais, os baixos custos marginais e a competição dinâmica, os mercados de alta tecnologia são substancialmente definidos pelo investimento em pesquisa e desenvolvimento, pelo trabalho intelectual e pela dinamicidade e agilidade da inovação.

No Relatório “*The New Economy: Beyond the Hype*”, finalizado em 2001, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE já atentava para a importância da inovação e da difusão tecnológica no cenário da Nova Economia, que então assumiam um papel renovado, em vista da reorientação dos mercados em investir fortemente nos negócios de pesquisa e desenvolvimento, sobretudo nas áreas de biotecnologia e de tecnologias da informação e da comunicação²⁶.

Com base nisso, o Relatório aponta também para a necessidade de se fomentar incentivos à inovação, “que se tornou um *must* para diversas empresas”²⁷. São vários os fatores que influenciam a decisão empresarial de investir em inovação, sendo um deles a proteção dos direitos de propriedade intelectual²⁸. Nesse contexto, a propriedade intelectual, associada à inovação, desempenha um papel de destaque nos setores da Nova Economia, o que também influencia para particularizar suas estruturas e performances.

De fato, a importância da inovação e da propriedade intelectual desencadeia questões significativas relacionadas à concorrência nos mercados da Nova Economia, fazendo reacender tópicos centrais do complexo debate entre propriedade intelectual e

²⁵ WISEMAN, Alan. *Economic Perspectives on the Internet*. Washington: Bureau of Economics, 2000. p. 52-67.

²⁶ OCDE. *The New Economy: Beyond the Hype*. Paris: OECD Publishing, 2001. p. 41-45.

²⁷ OCDE. Op. cit., p. 42. “Innovation has become a must for many firms”.

²⁸ “There are several factors that influence a firm’s decision to invest in innovation. Access to skills and finance are clearly important, and these are discussed later. But the decision to innovate also depends on the possible protection of the intellectual property rights (IPR) arising from research. Firms may not always use IPR to extract returns from innovation. Being first to the market may be sufficient to make high profits and other strategies, such as trade secrets or economies of scale or scope, may also be effective. But in certain new and growing industries, IPR is an important incentive too”. OCDE, Op. cit., p. 43.

direito antitruste, mas também despontando novos desafios para a conciliação entre os três elementos.

Com isso em vista, o tópico subsequente deste capítulo pretende abordar a importância da inovação no desenvolvimento econômico, de maneira geral, e, em específico, abordar como a centralidade assumida pela inovação nos mercados da Nova Economia ressignifica o processo competitivo, despertando novas preocupações e desafios, o que demanda um estreitamento da relação entre inovação e direito antitruste, que deve, então, ser compreendido não apenas como instrumento de fomento à inovação, mas também como instrumento de regulação dos comportamentos inovadores.

I.2. Inovação, Competição e Antitruste: repensando as interações

A inovação, em um sentido amplo, envolve o desenvolvimento de novos processos, novos produtos ou novos melhoramentos organizacionais para uma indústria, e pode assumir variadas formas e tipos, tendendo, entretanto, a reverter, no geral, nos efeitos comuns de reduzir custos de unidade de produção e distribuição, e de expandir a demanda de mercado²⁹. Nesse sentido, sobretudo nos setores modernos da economia, a inovação funciona como uma força catalisadora de mudança e reflete impactos significativos no crescimento industrial³⁰.

Para Schumpeter, um dos pioneiros sobre o tema, as inovações (*new combinations*) são tidas como desafios ao cenário econômico, porque impõem uma série de rupturas, tais como a introdução de novos bens ou de novas qualidades dos bens; a introdução de novos métodos de produção; a abertura de novos mercados; a conquista de novas fontes de recursos; e a realização de novas organizações em uma indústria³¹. Para o autor, são essas inovações – essas rupturas – que definem o processo do desenvolvimento econômico, que não ocorre em um cenário de estabilidade ou mudanças graduais.

²⁹ SENGUPTA, Jati. *Theory of Innovation: A New Paradigm of Growth*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2014. Cap. 1.

³⁰ SENGUPTA, Jati. Op. cit., p. 10.

³¹ SCHUMPETER, Joseph. *The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*. Nova Jersey: Transaction Publishers, 1983, Ed. 2, versão epub. Cap. 2.

A inovação, portanto, como motor de rupturas econômicas, está diretamente relacionada ao que Schumpeter viria a denominar de *destruição criativa*. A destruição criativa é um fato característico do capitalismo – que, por natureza, “é uma forma ou método de mudança econômica e não apenas não é, mas jamais pode ser estático”³² – e é definida como “um processo de mutação industrial que incessantemente revoluciona a estrutura econômica a partir de dentro, incessantemente destruindo a estrutura antiga, incessantemente criando uma nova”³³.

Após o processo de destruição criativa, a economia passa por um momento de adaptação às novas estruturas, seguido por um momento de estabilização e rotina³⁴. As novas rotinas introduzidas pela inovação assumem o lugar das anteriores, até que uma nova ruptura desestabilize a ordem e o equilíbrio alcançado.

É nesse momento de restabilização e equilíbrio que o empreendedor da inovação bem-sucedida obtém a chance de aumentar seu poder de mercado e superar os antigos agentes, por meio da proteção concedida pela propriedade intelectual – nesses casos, usualmente, patentes. Então, o inovador exitoso usufrui do seu monopólio artificial até que seja superado pela próxima inovação.

A motivação básica para a inovação, portanto, são as expectativas de lucro. Uma das possibilidades de obter lucro por meio da inovação, segundo Sengupta, é a existência de aprendizagem pela prática (*learning by doing*), por meio da qual as primeiras empresas inovadoras conseguem reduzir a curva de aprendizagem e ganhar uma vantagem de custo, que, sendo grande, pode permitir a seleção de preços e, assim, impedir temporariamente a entrada de novos competidores³⁵.

³² SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: Routledge, 2003. p. 82: “Capitalism, then, is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary”.

³³ SCHUMPETER, Joseph. Op. cit., 2003, p. 84: “[A] process of industrial mutation – if I may use that biological term – that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in”.

³⁴ SENGUPTA, Jati. *Theory of Innovation: A New Paradigm of Growth*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2014. p. 66.

³⁵ SENGUPTA, Jati. Op. cit., p. 67. “One is the existence of learning by doing by which the first movers among the innovating firms race down the learning curve to gain a cost advantage. If the cost advantage is large, its possessor may select to set prices low enough so as to deter new entry of other competitors”.

A propósito, a aprendizagem pela prática é um aspecto relevante também na teoria schumpeteriana, na medida em que ocasiona o processo de *acumulação criativa*, paralelo ao processo de destruição criativa gerado pela inovação³⁶. A acumulação criativa é uma externalidade positiva da inovação, que funciona justamente como um dos seus incentivos. Nesse sentido, Sengupta pontua que as inovações são incorporadas pelas novas empresas, que concretizam novas ideias para o mercado, em um processo cumulativo, pelo qual o aprendizado gera experiência e a experiência gera novos empreendimentos³⁷.

Outro incentivo relevante para a inovação é a expectativa do monopólio artificial concedido pela proteção da propriedade intelectual. Os direitos de exclusividade concedidos pela propriedade intelectual, seja por meio de patentes, direitos autorais, ou desenhos industriais, permitem que a empresa inovadora usufrua de um considerável período de tempo de monopólio, impedindo a entrada de novos competidores e viabilizando o ganho de lucros.

Neste ponto, a realidade da Nova Economia, fortemente determinada pela inovação e pela propriedade intelectual, reacende e renova problemas relacionados ao Direito da Concorrência. A inovação é um elemento que modifica radicalmente as estruturas de mercado – seja pela criação de novos mercados, pelo aumento de produtividade, pela criação de novas barreiras à entrada, pelos efeitos de rede, pela redução de custos marginais – e introduz uma dinâmica de competição distinta da dos mercados tradicionais.

As empresas da Nova Economia se engajam em uma competição dinâmica, *por mercados*, em corridas do tipo “*winner-takes-all*” (“o vencedor leva tudo”), com foco em investimentos em propriedade intelectual, a fim de produzir inovações que lhes confirmem liderança no mercado para, assim, reduzir ou eliminar atuais e potenciais concorrentes³⁸.

³⁶ SENGUPTA, Jati. *Theory of Innovation: A New Paradigm of Growth*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2014. p. 72.

³⁷ SENGUPTA, Jati. Op. cit., p. 70. “Innovations are as a rule embodied in new firms which carry on new ideas for the market. This is a cumulative process. Learning begets experience and experience begets new ventures in knowledge capital”.

³⁸ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2. p. 1.

De outro lado, a concorrência estática, *nos mercados*, baseada na competição por preços e qualidade do produto, passa a ter importância reduzida nesses cenários.

A competição dinâmica, conforme conceituada por Evans e Schmalensee, baseia-se na teoria schumpeteriana e diz respeito ao processo competitivo centrado na corrida por inovação, que se torna o principal fator de constrição e impulso das estratégias concorrenciais³⁹. Os mercados de alta tecnologia da Nova Economia são permeados por esse tipo de competição, em que a possibilidade de que um concorrente inove e adquira liderança no mercado pressiona os outros concorrentes a investirem em pesquisa e desenvolvimento e liberarem suas inovações com agilidade.

Nesse mesmo contexto, em que as interações estratégicas nos novos mercados tornam-se mais velozes e agressivas, D’Aveni identificou o fenômeno da “*hypercompetition*” (hipercompetição) como sendo a nova prática de competição nessa conjuntura. A hipercompetição seria o resultado da dinâmica das manobras estratégicas entre rivais inovadores ao redor do globo. Na conjuntura da hipercompetição, “a frequência, o arrojo e a agressividade do movimento dinâmico pelos *players* aceleram para criar uma condição de constante desequilíbrio e mudança”⁴⁰.

Os curtos ciclos de vida de produtos e seus *designs*, as novas tecnologias, a entrada frequente e inesperada por agentes externos, seguida do reposicionamento por agentes existentes, e as redefinições radicais dos limites dos mercados são fatores que D’Aveni indica como ameaças constantes à estabilidade da economia e determinantes do caráter da hipercompetição.

Em vista dessa situação de incerteza, dinamismo e hostilidade competitiva, o autor atenta para a insuficiência das leis antitruste atuais em lidar com essa realidade. Se as interações competitivas se desenvolvem em uma dinâmica inédita, como apontam D’Aveni e outros teóricos, é preciso que o Direito da Concorrência lance mão de abordagens que sejam capazes de apropriadamente enfrentar o fenômeno.

³⁹ Richard EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2. p. 12-15.

⁴⁰ D’AVENI, Richard. *Hypercompetition: Managing the Dynamics of Strategic Maneuvering*. Nova York: The Free Press, 1994. p. xiii.

No mesmo sentido, Evans e Schmalensee verificam que o ideal de competição perfeita, em mercados de competição dinâmica, é inadequado para garantir o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico. A aplicação das normas de Direito da Concorrência deve levar em conta as diferenças entre as indústrias da Nova Economia e as indústrias tradicionais, a fim de que as políticas de antitruste reflitam as características dos setores que são dinamicamente competitivos, em contraposição aos estaticamente competitivos⁴¹.

Para os autores, as indústrias da Nova Economia impõem uma série de dificuldades ao Direito da Concorrência no que diz respeito à definição de mercado e à identificação do poder de mercado. A abordagem tradicional⁴² é imprópria para endereçar um conjunto de peculiaridades da Nova Economia, quais sejam: a potencialidade de inovações disruptivas e a criação de novos mercados; a irrelevância de fatores duráveis na produção intelectual, como capacidade de produção e sistemas de distribuição; a ampliação da qualidade de um produto por meio de efeitos de rede; a importância do capital intelectual de uma empresa e dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento; as corridas para substituição de líderes⁴³.

A realidade do processo competitivo é radicalmente distinta nesses mercados e desperta a atenção para a causa principal dessa drástica mudança: a inovação. A inovação, com crescente relevância nos mercados de alta tecnologia, é um elemento que constantemente modela e remodela as condições de mercado, afetando o comportamento dos participantes do mercado. Não à toa, o cenário econômico atual já identifica os chamados “mercados inovadores” e como as estratégias competitivas se desenvolvem peculiarmente nesses ambientes, requerendo renovações da análise competitiva⁴⁴.

Todavia, a análise antitruste, no sentido arguido acima, tem falhado em acompanhar as mudanças promovidas nas estratégias e comportamentos concorrenciais

⁴¹ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2. p. 14.

⁴² Guardadas as peculiaridades das normas, em geral, a abordagem para identificar definição e poder de mercado em setores tradicionais envolve: a definição de “mercado relevante”, no qual a empresa opera com produtos e regiões; o cálculo da parcela de mercado da empresa em questão; e a inferência de relevante poder de mercado, considerando se a parcela de mercado é alta.

⁴³ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Op. cit., p. 16-18.

⁴⁴ Ver: GLADER, Marcus. *Innovative Markets and Competition Analysis*. Edward Elgar Publishing: Northampton, 2006.

pela crescente atuação da inovação na competição entre agentes econômicos. A competição *nos* e *por* mercados é fortemente determinada pela inovação, que se torna o elemento principal fomentador de competição – os *players* se veem impelidos a se engajarem em investimentos de pesquisa e desenvolvimento e em corridas por inovação.

Nesse cenário, a corrida incessante por inovação cria um ambiente marcado por transformações e renovações tecnológicas constantes – sejam pequenas alterações de *design* técnico ou físico de um produto; seja pela modificação substancial e restauração completa de *softwares* – que fazem suscitar novas estratégias competitivas e que reivindicam uma atenção específica por parte das políticas e análises antitruste.

Sobretudo em mercados de alta tecnologia relacionados à internet, caracterizados por efeitos de sistemas – pelos quais o valor de um componente do sistema depende dos componentes complementares desse sistema⁴⁵ –, as sucessíveis alterações e transformações de produtos levantam preocupações relevantes no que concerne a questões de interoperabilidade e compatibilidade entre produtos concorrentes em *follow-on markets*.

Frente a isso, alguns teóricos já notam a potencialidade competitiva das modificações tecnológicas e começam a dedicar estudos sobre as práticas inovadoras que retiram compatibilidade e interoperabilidade entre produtos concorrentes, observando quais são os efeitos danosos que essas inovações podem provocar para a concorrência nos mercados relacionados à internet⁴⁶.

Assim, considerando que a inovação anda cada vez mais próxima e associada à concorrência, fazendo surgir novas práticas, modalidades e estratégias de competição, é preciso agora notar a inovação a partir de novos olhares e reconhecer que também ela deve ser analisada por referenciais concorrenciais. A inovação não pode estar alheia ao escopo da análise antitruste. Em verdade, é importante tomar a inovação como um legítimo padrão para análises concorrenciais, uma vez que ela condiciona dinâmicas de

⁴⁵ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2. p. 10.

⁴⁶ Nesse sentido, ver: VAN ARSDALE, Suzanne; VENZK, Cody. Predatory Innovation in Software Markets. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 1, 2015, p. 243-290; DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, 2011, p. 1-55.

competição e estruturas de mercado distintas, que incitam a necessidade de revisitar e, possivelmente, reformular os pressupostos e abordagens tradicionais do Direito Antitruste.

Nesse sentido, o capítulo seguinte deste trabalho se propõe a analisar um fenômeno que se situa nesse mesmo contexto. A inovação predatória, como problema emergente dos mercados de alta tecnologia da Nova Economia, suscita justamente as observações e preocupações levantadas neste tópico, no que dizem respeito às práticas e estratégias competitivas que envolvem inovações.

Analisar a legitimidade de comportamentos inovadores é certamente uma tarefa complexa, sobretudo ao se levar em conta que as medidas e políticas adotadas pelo Direito Antitruste, na busca por conter condutas anticompetitivas, podem tanto inibir quanto estimular a inovação, ao afetar os seus incentivos e expectativas de lucros.

Contudo, a importância crescente da inovação e sua relevância para a competição não permitem que o Direito da Concorrência negligencie a complexidade dessa análise. A inovação precisa ser submetida a balizas concorrenciais, porque certos comportamentos inovadores repercutem gravemente na competição. O esforço deste trabalho, neste caminho, é demonstrar os riscos gerados à competição quando a análise antitruste não se empenha e não se detém sobre as potencialidades pró ou anticompetitivas de uma inovação.

A inovação predatória, como conduta anticompetitiva gerada por comportamentos inovadores questionáveis, impõe desafios e preocupações ao Direito da Concorrência. Esses desafios e preocupações serão apresentados no capítulo subsequente, concernentes à necessidade de conceituação jurídica do problema, de identificação das condições que propiciam o fenômeno, de reformulação das teorias e soluções tradicionais propostas pelo Antitruste, a fim de ventilar a temática e propor o debate.

CAPÍTULO II – Inovação Predatória: desafios, preocupações e possibilidades

A inovação talvez seja o fator de maior relevância para o processo de desenvolvimento econômico. Ao introduzir novos produtos, qualidades, processos e modos de organização, a inovação promove mudanças nas dinâmicas econômica, política e social e causa benefícios diretos ou indiretos à sociedade.

Por promover avanços e benefícios, é consenso que a inovação deve ser estimulada, de modo que se somam esforços públicos e privados para garantir incentivos e retribuições às inovações. Nesse sentido, funcionam como incentivos à inovação tanto o Direito da Propriedade Intelectual, quanto o Direito da Concorrência, ainda que por vias distintas e, por vezes, aparentemente contraditórias.

Para o Direito da Concorrência, em especial, a inovação funciona tanto como instrumento quanto como objetivo, no sentido de que ao mesmo tempo em que a competição estimula a inovação, também a inovação estimula a competição, como trabalhado anteriormente.

A relação entre estes dois elementos – inovação e concorrência –, contudo, não é de simples acomodação, sobretudo no contexto da Nova Economia, em que a inovação, protegida por direitos de Propriedade Intelectual, desponta como elemento central e impõe uma série de desafios ao Direito da Concorrência. Alguns desses desafios foram apontados no capítulo anterior.

O problema a ser enfrentado na sequência insere-se no mesmo contexto e situa-se como mais uma forma de tensão entre inovação e antitruste. A inovação, por ser motor do processo de destruição criativa, sempre implica a retirada de concorrentes – seja porque um novo mercado foi inaugurado com a inovação, seja porque o antigo agente dominante foi substituído pelo empreendedor bem-sucedido na inovação. Esse é um efeito esperado, e faz parte do desenvolvimento econômico que seja assim.

A questão se agrava, contudo, quando entra em jogo a avaliação da qualidade da inovação, bem como o questionamento de que ela seja abusiva e tenha tão somente o intuito de excluir concorrentes, sem representar melhorias significativas. É certo que a exclusão de concorrentes é uma *consequência* comum do processo inovador, mas poderia

uma inovação ter o *propósito* anticompetitivo de retirar concorrentes, sob o pretexto de trazer alguma melhoria?

A complexidade e gravidade desta pergunta são acentuadas no contexto das constantes e rápidas transformações tecnológicas que definem os mercados de alta tecnologia e as plataformas eletrônicas e virtuais. É característica desses mercados a habilidade de continuamente modificar e modernizar os produtos que já foram adquiridos por consumidores e se encontram em circulação, por meio de atualizações remotas e automáticas de *software*, o que proporciona uma série de oportunidades para reduzir a competição.

Nesse contexto, impõe-se como primeiro desafio às políticas antitruste o reconhecimento da existência de comportamentos inovadores que podem representar danos à concorrência e, assim, que devem ser coibidos.

Aqui, uma analogia é válida para elucidar a situação e o papel que o Direito Antitruste deve assumir nela: o processo de competição promove, em geral, a redução de preços, que é benéfica ao consumidor; em última instância, todavia, há situações em que preços excessivamente baixos são tidos como predatórios, porque visam a eliminar a competição, e devem ser punidos. Do mesmo modo, a inovação, que em princípio promove competição e benefícios ao consumidor, pode findar gerando comportamentos inovadores predatórios.

Assim, cabe às políticas antitruste reconhecer o fenômeno como um problema concorrencial, que merece esforços direcionados para sua identificação, conceituação, e resolução, por mais complexas que essas questões venham a ser. O cenário da Nova Economia, como já argumentado, é propício para o surgimento de comportamentos predatórios relacionados à inovação, e a tendência é de que se tornem cada vez mais comuns.

Nesse sentido e intuito, o presente estudo se presta a enfrentar os primeiros questionamentos sobre o tema. Para tanto, nas seções seguintes deste capítulo, serão abordados os tópicos referentes, primeiramente, à necessidade de conceituação e definição jurídica do fenômeno, baseando-se em conceito já fornecido pela doutrina; em segundo lugar, alguns casos da jurisprudência estrangeira serão analisados, a fim de testar a adequação do conceito proposto e refletir sobre métodos para sua identificação; por fim,

partindo da análise dos casos, algumas propostas de como lidar com o fenômeno serão sugeridas – a estruturação de uma regra da razão especializada para lidar com o fenômeno.

Pontua-se, finalmente, que a problemática das inovações predatórias envolve a tensão entre o Direito da Concorrência e a inovação, como elemento, a um só tempo, promotor e limitador da competição. A Propriedade Intelectual, por sua vez, embora estreitamente ligada a ambos ramos, desempenha papel secundário nessa nova tensão, na medida em que apenas funciona como suporte para que as inovações sejam exploradas por meio de um monopólio artificial.

É certo que, nesse mesmo contexto, emerge uma série de tensões entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste, resultantes das oportunidades de abuso de direitos de propriedade intelectual para propósitos anticoncorrenciais, para as quais o Antitruste tem direcionado preocupação e esforços. Nesse sentido, surgem, por exemplo, problemas relacionados à proteção patentária, como os *pools* patentários, os *patent trolls*, as recusas em licenciar e o *sham litigation*.

Em vista disso, a posição defendida neste trabalho é de que a inovação predatória não se vale diretamente da proteção da propriedade intelectual para manipular estratégias anticoncorrenciais, diferentemente das condutas acima citadas. É claro que a propriedade intelectual funciona como um alicerce essencial para que as inovações potencialmente predatórias sejam exploradas exclusivamente, inviabilizando a reprodução do produto por concorrentes. Ainda assim, a inovação predatória diz respeito primeiramente ao abuso ao inovar, de modo que o problema refere-se ao conflito travado entre concorrência e inovação, não propriamente entre propriedade intelectual e concorrência.

II.1. Inovação predatória? Compreendendo o termo e delineando um conceito

Ao se aproximar do tema, o primeiro estranhamento diz respeito à própria nomenclatura: uma inovação predatória não seria uma contradição em termos? Esse estranhamento é esperado, em certa medida, pois decorre da ideia comumente difundida de que a inovação é sempre inerentemente boa e benéfica.

Uma percepção menos ingênua e mais crítica, por outro lado, permitirá enxergar que, de diversos modos e por diversas razões, as inovações podem ter seu propósito

benéfico subvertido e, ao invés de funcionarem como fatores pró-competitivos, podem, em verdade, assumir caráter fortemente anticompetitivo.

Nessa perspectiva, inovações predatórias não deixam de ser inovações, ainda que tragam efeitos danosos à concorrência e percam o caráter positivo. Por decorrência, mesmo as inovações que tragam melhorias significativas ao produto ou deem origem a algo novo podem ser predatórias, se desenvolvidas com o único intuito e efeito de retirarem competidores do mercado, de modo que as repercussões concorrenciais negativas superem consideravelmente os eventuais benefícios do invento.

Por essa razão, a posição aqui adotada difere daquela adotada por Schrepel⁴⁷, que, baseado no conceito de inovação fornecido pelo Manual de Oslo da OCDE⁴⁸, defende que as inovações predatórias não são reais inovações, mas apenas práticas anticompetitivas disfarçadas de inovações.

O entendimento aqui defendido, por outro lado, pretende abordar as inovações predatórias como inovações – ainda que mínimas e pouco relevantes –, em vez de desqualificá-las como meros disfarces e embustes. De fato, os “disfarces” de inovação não ensejam debates tão complexos quanto às inovações genuínas, quando predatórias. O real conflito que se trava diante do Antitruste é com a real inovação, que suscita maiores complexidades e desafios quanto à sua abordagem e eventual condenação.

Esse posicionamento – de inserir tanto inovações significativas e triviais como passíveis de serem abusivas – se justifica na medida em que também acomoda inovações genuínas sob o termo de inovações predatórias, considerando que aquelas também podem resultar em efeitos anticompetitivos que superem as eventuais vantagens da inovação. Nesse sentido, o conceito de inovação predatória se amplia e se complexifica, exigindo análise mais cuidadosa, uma vez que inovações genuínas podem estar em jogo.

Entretanto, por razões metodológicas, o presente estudo restringirá sua análise a casos em que as inovações elaboradas são tidas como mínimas ou triviais, o que facilita tanto a identificação e conceituação do problema quanto as possíveis estratégias para

⁴⁷ SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. *SMU Science & Technology Law Review*, 50p. jul. 2017.

⁴⁸ “An innovation is the implementation of a new or significantly improved product (good or service), or process, a new marketing method, or a new organizational method in business practices, workplace organisation or external relations”. In: OCDE. *Oslo Manual*. Ed. 3. Paris: OECD Publishing, 2006. p. 47.

abordá-lo e resolvê-lo. Ainda, pontua-se que o recorte aqui adotado limita-se a pensar a inovação predatória no contexto dos mercados de alta tecnologia e de plataformas eletrônicas e virtuais, sem pretensão de se estender a outros setores da Nova Economia.

Neste primeiro momento, então, anuncia-se como conceito preliminar, baseado apenas na intuição que o próprio termo indica, que as inovações predatórias são aquelas inovações – significativas, triviais ou “falsas” – que geram efeitos anticompetitivos excessivos em face do avanço prometido pelo invento, que findam por limitar ou excluir a concorrência de modo abusivo. Nas seções seguintes, será traçado e fornecido o conceito próprio adotado por este trabalho.

II.1.1. Desafios iniciais para lidar com o fenômeno

Apenas com a noção “intuitiva” conferida acima, mesmo sem ter delimitado o conceito próprio, é pertinente traçar alguns dos desafios iniciais acerca do tema, que servem como auxílio para compreender o problema e as razões pelas quais a inovação predatória ainda recebe pouca atenção das teorias econômicas e jurídicas.

Primeiramente, a comum associação de que inovações sempre revertem efeitos positivos para a sociedade e para o desenvolvimento econômico finda por impedir um verdadeiro exame das consequências decorrentes da inovação que, em verdade, tanto podem ser positivos, quanto negativos, em termos concorrenciais. Como anteriormente argumentado, por estar ligada ao processo de destruição criativa, a retirada de concorrentes por meio da inovação é um resultado esperado, que não desperta o empenho e o cuidado para se inquirir sobre a qualidade e a possível abusividade dessa inovação.

Relacionado a isso, desponta como mais uma barreira ao estudo da inovação predatória o tradicional tratamento e foco proposto pelas teorias antitruste aos problemas concorrenciais. Muito se debruçou sobre o processo competitivo estimulado por meio de preços, conferindo especial atenção à formação de monopólios e aos preços predatórios e dedicando esforços a pensar medidas cabíveis para solucionar essas condutas anticompetitivas.

Por decorrência, questões centrais sobre o papel da inovação no processo competitivo e suas potencialidades para condutas abusivas foram deixadas de lado. De

fato, a avaliação de aspectos concorrenciais em uma estrutura de competição dinâmica, como trabalhado no capítulo anterior, envolve um empenho mais complexo do que em situações estáticas, de modo que é mais simples, realmente, detectar condutas abusivas na determinação de preços do que no surgimento de inovações.

Claramente, isso não é razão ou justificativa para se esquivar do assunto. Determinar a qualidade de uma inovação é uma tarefa intrincada e delicada, sobretudo ao considerar que a proteção concedida pela propriedade intelectual não funciona como garantia de efeitos pró-competitivos. Entra em jogo uma diversidade de variáveis de difícil apreensão e conciliação, que tornam arriscado tanto a punição quanto a não punição de uma inovação predatória. Uma preocupação já sinalizada por Sidak, nessa direção, é a necessidade de se levar em conta que mesmo uma inovação predatória pode apresentar aumentos de eficiência e de bem-estar do consumidor⁴⁹.

A combinação desses fatores conduz a uma resistência generalizada em tratar do tema, elaborar os conceitos pertinentes, desenvolver métodos para endereçar a questão, e empenhar esforços para sua resolução. Não à toa, mesmo quando o termo primeiro despontou em decisões judiciais nos Estados Unidos⁵⁰, ainda no final da década de 1970, envolvendo problemas de *technological tying*, os teóricos pouco produziram ou discutiram sobre as condições em que o fenômeno surge e sobre como abordá-lo.

A preocupação e o interesse agora reacendem, em vista do ritmo das transformações tecnológicas na Nova Economia, que potencializa a possibilidade de que as inovações venham a ser manejadas como estratégias anticompetitivas. Nesse cenário, o problema se agrava e, frente à crescente emergência de situações que envolvem o tema, é inadiável o estudo do fenômeno, a fim de que se forneçam métodos e remédios para dele tratar.

Na sequência, portanto, será apresentada e defendida a necessidade de um conceito jurídico próprio para lidar com o fenômeno, que não mais pode ser associado como coincidente do conceito de *technological tying*, uma vez que as formas de

⁴⁹ SIDAK, Joseph Gregory. Debunking Predatory Innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 5, jun. 1983. p. 1121-1149. Neste trabalho, o autor argumenta que o modelo desenvolvido por Ordover e Willig para lidar com problemas de *technological tie-ins* é falho, dentre outras razões, por desconsiderar justamente tais efeitos.

⁵⁰ *Computer Prods. v. IBM Corp.*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979); *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 703 F.2d 534, 545 (9th Cir. 1983).

manifestação e implicações da inovação predatória ultrapassam o cabimento daquele conceito.

II.2. A necessidade de um conceito jurídico próprio

Os primeiros casos na jurisprudência norte-americana a tratarem de inovações predatórias recorreram ao conceito de *technological tie*. A definição de *technological* ou *technical tie* deriva do conceito geral de *tying arrangement* (também com as nomenclaturas *tying*, *tie*, *tie-in* ou *bundle*), que é definido como a venda necessariamente conjunta de dois produtos separados, não podendo um ser comprado sem o outro⁵¹. Em português, o termo equivalente seria o da venda casada.

De maneira geral, o *tie* ou a venda casada pode ocorrer por decorrência de características específicas dos produtos, que forcem o consumidor a comprá-los conjuntamente, sob pena de perderem funcionalidade isoladamente; ou por decorrência de uma obrigação contratual, por meio da qual o comprador fica obrigado a adquirir os dois produtos conjuntamente⁵².

Por sua vez, como modalidade específica da venda casada, o *technical* ou *technological tie* é definido como a venda casada decorrente da interoperabilidade e/ou do *design* técnico entre dois produtos, que findam por forçar o consumidor a usá-los conjuntamente, ainda que ele não seja contratualmente obrigado a isso⁵³.

A prática pode reverter efeitos anticompetitivos, se a empresa dominante no mercado do produto principal também tiver posição dominante no mercado do produto atado, de modo que o consumidor seja forçado a comprar os dois produtos da empresa dominante. Isso pode ser feito por meio da recusa em arranjar meios de interconexão com produtos de outras empresas ou por integrar um produto ao produto da empresa dominante.

⁵¹ HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Herbert. Tying Arrangements. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Oxford: Oxford Publishing, 2015. p. 329-350. p. 329.

⁵² HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 330.

⁵³ SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. *SMU Science & Technology Law Review*, 50p. jul. 2017. p. 38.

Um exemplo clássico de *technological tie* na jurisprudência norte-americana é o caso *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*⁵⁴, no qual a Kodak simultaneamente introduziu a câmera *Pocket Instamatic* e um novo cartucho de filme específico para a câmera. Desse modo, até que um competidor pudesse duplicar a câmera ou o filme, um comprador da nova câmera da Kodak estaria efetivamente compelido, por imposição do *design* tecnológico, a também comprar o novo filme da empresa.

Diferentemente, o caso *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*⁵⁵, embora tratado sob o mesmo conceito, apresenta particularidades que delineiam a distinção entre a venda casada por razões técnicas e a inovação predatória, conduzindo à conclusão de que as duas estratégias devem ser abordadas em um conceito e regime jurídicos próprios, eliminando as incongruências e incertezas que a venda casada por razões tecnológicas, como subespécie da venda casada, ocasiona.

No referido caso, a empresa *California Computer Products* (“*CalComp*”) processou a IBM por monopolização e tentativa de monopolização de vários mercados relacionados a produtos de discos de computadores. A *CalComp* alegou que a IBM violou leis antitruste ao reduzir preços dos produtos periféricos para computador, ao conferir novo *design* aos produtos e ao aumentar o preço de produtos para CPU (unidade processadora central). Os produtos em questão envolviam produtos periféricos para discos de computadores que conectam com a CPU, seja em um sistema combinado ou como componentes externos que se ligam à CPU.

Sobre as alegações do novo *design* atribuído aos produtos, a *CalComp* postulou que a IBM modificou tecnicamente os modelos das unidades de disco, das CPUs e dos controladores com o único propósito de inibir a competição com outros produtores de unidades de disco compatíveis com as da IBM. Mais especificamente, as alegações da *CalComp* centravam-se sobre a decisão da IBM de modificar a interface entre os computadores e integrar o controlador da unidade de disco em uma de suas CPUs.

⁵⁴ *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/603/263/105215/>>. Acesso em 03 nov. 2017. O caso não aborda, especificamente, uma inovação no mercado de alta tecnologia, mas serve para esclarecer a aplicação do conceito de venda casada por razões técnicas.

⁵⁵ *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979). Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/613/613.F2d.727.77-1563.html>>. Acesso em 01 nov. 2017.

A *CalComp* queixava-se de que tal integração não melhorava a performance e servia apenas para causar problemas de compatibilidade com produtos de terceiros competidores, que, assim, se tornariam obsoletos, frente à impossibilidade de interoperabilidade. A requerente chega a usar o termo “manipulação tecnológica” para descrever a estratégia da empresa requerida.

Há, de fato, uma clara aproximação entre o caso da Kodak e o caso da IBM, no que diz respeito à integração, por razões técnicas, de dois produtos ofertados pela empresa dominante, que finda por inviabilizar a compatibilidade entre o produto dominante e os produtos fornecidos por terceiros.

Não obstante, é também notável uma importante distinção entre os dois: no caso da Kodak, tanto o produto principal, quanto o produto atado (respectivamente, câmera e filme), tendo sido lançados simultaneamente, assumiram claramente o tipo de venda casada – tendo sido julgada como lícita pelo Segundo Circuito.

Por outro lado, no caso da IBM, a integração entre os produtos foi promovida em momento posterior ao seu lançamento. Ou seja, a alteração na interface deu-se de modo a vedar a compatibilidade com produtos de terceiros, que antes eram compatíveis e que poderiam servir como substitutos aos produtos periféricos ofertados pela IBM.

Parece, claro, portanto, que, ainda que possuam entre si algum caráter de semelhança, os casos cobrem condutas distintas. É com essa mesma percepção que Schrepel também defende o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para lidar com a inovação predatória, conferindo-lhe o seguinte conceito próprio: “a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto, com vistas a limitar ou eliminar a competição”⁵⁶. A estratégia, seja por meio da modificação em uma plataforma digital ou por meio da modificação do *design* técnico do produto, tem o objetivo de remover a compatibilidade das tecnologias próprias com as de terceiros.

A princípio, esse conceito também será apreendido e utilizado neste trabalho. Com ele em mente, fica mais simples perceber que a conduta exercida pela *IBM*,

⁵⁶ SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. *SMU Science & Technology Law Review*, 50p. jul. 2017, p. 4.

diferentemente da exercida pela *Kodak*, não se trata de uma venda casada por razões técnicas, mas, sim, de uma conduta inserida no escopo da inovação predatória.

Todavia, a distinção entre as condutas não é simplória e as estratégias podem, realmente, ser confundidas. Em vista disso, alguns autores argumentam pela desistência do uso da categoria específica do *technological tying* na doutrina norte-americana, por reconhecerem que o regime aplicado tem um arsenal limitado, é tratado incongruente na jurisprudência, tem contornos confusos e gera grande incerteza jurídica⁵⁷.

Cabe aqui pontuar que o enquadramento de uma conduta no conceito de inovação predatória não significa, imediatamente, a sua ilicitude e seu caráter predatório. Como será argumentado na sequência, somente a avaliação cautelosa dos efeitos positivos e negativos de uma inovação que, em um primeiro momento, se insere no conceito de inovação predatória determinará se a conduta é efetivamente predatória.

Nesse sentido, já neste ponto se defende que o tratamento de casos que envolvam potenciais inovações predatórias não poderá se valer da aplicação de uma regra *per se*, mas, sim, da regra da razão, pois apenas com a apreciação e ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os efeitos positivos promovidos pela melhoria no produto será possível determinar a predação na conduta e sua eventual punição. Também esse ponto será tratado com maior profundidade nas seções seguintes deste capítulo.

Importa no momento reconhecer que o tratamento usual concedido – ou seja, a aplicação do conceito de venda casada – pela jurisprudência norte-americana aos casos de inovação predatória é inapropriado e insatisfatório. Há uma série de situações de inovação predatória que o conceito de *technological tie* não está apto a cobrir, o que ocasiona, por vezes, um tratamento indevido do tipo, e, por outras, que sequer haja um tratamento quanto à conduta.

Além disso, a ausência de um conceito jurídico próprio conduz a um cenário de insegurança jurídica, ao propiciar uma abertura irrestrita de interpretações e qualificações para as condutas apresentadas. O direito da concorrência, dessa maneira, vê-se carente de

⁵⁷ SCHREPEL, Thibault. Op. cit.; WALLER, Spencer Weber; SAG, Matthew Sag. Promoting Innovation. *Iowa Law Review*, vol. 100, 2015, p. 2223-2233; VAN ARSDALE, Suzanne; VENZK, Cody. Predatory Innovation in Software Markets. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 1, 2015, p. 243-290.

instrumentos que provejam respostas satisfatórias aos problemas que passam a despontar com recorrência na Nova Economia.

Para exemplificar a recorrência de situações que poderiam vir a ser rotuladas como práticas de inovação predatória – merecendo, assim, a adequada investigação quanto aos seus efeitos e justificativas –, passa-se agora à breve enunciação de algumas ocorrências reais que demonstram a emergência do problema na atualidade⁵⁸.

- 1) Em 2010, o *Google* bloqueou a exportação automática de dados de usuários para outro *site*, a menos que a informação pudesse fluir reciprocamente. A companhia acusou o *Facebook* de não permitir a exportação de dados, razão pela qual, aparentemente, removeu a portabilidade como retaliação.
- 2) Em 2012, o *Twitter* limitou a faculdade de seus usuários de utilizarem aplicativos diversos para acessarem a plataforma ao mesmo tempo. Esses aplicativos permitiam a inclusão de atributos adicionais ao serviço proposto pelo *Twitter*, que poderiam, eventualmente, competir e superar as funcionalidades iniciais propostas pela empresa.
- 3) Em 2016, o *Instagram* bloqueou o aplicativo chamado *Being*, que permitia o acesso ao conteúdo do *Instagram* sem precisar utilizar esta plataforma. O intuito de impedir que os usuários acessassem o serviço por meio do aplicativo de terceiros relaciona-se com os rendimentos obtidos com propaganda.
- 4) Em 2016, a Apple lançou uma atualização de *software* que retirou a funcionalidade do botão central de aparelhos que houvessem sido consertados por terceiros. A pressão da mídia e dos consumidores fez a empresa restaurar a funcionalidade em uma atualização subsequente.
- 5) Em 2016, a Apple anunciou a remoção da entrada “*Jack*” – a conexão de áudio – de seus aparelhos celulares. O formato universal permite a compatibilidade de todos fones de ouvido com qualquer aparelho eletrônico destinado a tocar música.

⁵⁸ Os casos enumerados abaixo foram retirados do artigo: SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. *SMU Science & Technology Law Review*, 50p. jul. 2017.

A apresentação dos casos acima não tem o intuito de dizer sobre a legalidade ou ilegalidade das práticas exercidas, mas, sim, o intuito de ilustrar uma série de situações reais e atuais, em que as empresas se valem de alterações de elementos técnicos de um produto, seja por meio da modificação do *design* técnico ou da modificação da plataforma digital, com vistas a limitar ou eliminar a competição, podendo acarretar efeitos negativos à concorrência e ao bem-estar do consumidor.

As situações apresentadas também servem para reiterar o entendimento de que as inovações predatórias demandam regime e conceito jurídicos próprios, vez que uma diversidade de condutas cai fora do escopo de venda casada – que exige a existência de dois produtos ou serviços para ser identificada –, restando a autoridade da concorrência sem abordagem apropriada para identificar e lidar com o fenômeno. É imprescindível, portanto, o estabelecimento de um regime próprio e autônomo para lidar com o fenômeno da inovação predatória.

Na seção seguinte, serão abordados e comentados alguns casos da jurisprudência estrangeira que lidam com casos de inovação predatória. Com isso, objetiva-se, primeiramente, verificar a aplicabilidade do conceito estabelecido por Schrepel, adotado por este trabalho, juntamente com outras pontuações e observações de outros teóricos sobre o tema. Objetiva-se, também, verificar como é a aproximação das autoridades da concorrência ao tema, qual a abordagem conferida e quais são as conclusões e resoluções alcançadas.

Os casos a serem comentados por esta autora são acessados tanto por via direta – por meio de consulta ao material próprio do processo ou da decisão –, quanto por via indireta – por meio da apresentação dos casos em outros textos acadêmicos⁵⁹. Instruindo-se com essas fontes, os relatos serão feitos na sequência.

II.3. Casos na jurisprudência estrangeira

A análise dos casos tentará responder às seguintes perguntas: 1) O conceito de Schrepel se aplica? Em que medida pode ou deve ser reformulado?; 2) Em que termos é feita a acusação e quais são os ilícitos apontados?; 3) Alguma das condutas é nomeada

⁵⁹ O método escolhido foi a opção mais viável em vista da dificuldade de acessar o material processual de alguns dos casos mais importantes envolvendo o tema.

como “inovação predatória”, seja pela acusação ou pelos julgadores?; 4) Quais são as afirmações feitas pelos julgadores quanto à qualidade e legitimidade da inovação em questão?; 5) A regra da razão é utilizada? Empreende-se algum teste para balancear os efeitos da inovação e determinar sua legalidade?.

Considerando o recorte temático dado ao presente estudo, priorizou-se a seleção de casos que versassem sobre problemas relacionados aos setores de alta tecnologia e de plataformas digitais. Também, restringiu-se a análise à jurisprudência norte-americana, pela disponibilidade do material. O estado da discussão em outras jurisdições – tal como na União Europeia – vem se desenvolvendo de maneira distinta, igualmente digno de análise própria, mas não pôde ser inserido e apresentado neste trabalho.

II.3.1.1. *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*⁶⁰

A *CalComp* entrou no mercado de produtos para computador em 1960, desenvolvendo produtos periféricos, e, em 1969, ao adquirir a empresa *Century Data Systems* (CDS), entrou também no mercado de unidades de disco e controladores, que eram compatíveis com as CPUs da IBM e de outros fornecedores. A IBM, por sua vez, já havia alcançado a liderança técnica na indústria de computadores na década de 1950, sendo pioneira no desenvolvimento de vários produtos eletrônicos processadores de dados, incluindo os produtos de disco.

O caso, já brevemente relatado acima, iniciou-se em 1973, com a acusação da *CalComp* de que a IBM teria violado leis antitruste, ao aproveitar-se indevidamente de sua posição dominante, nos termos das seções 1 e 2 do *Sherman Act*, por monopolização e tentativa de monopolização. Mais especificamente, i) ao empreender prática de preço predatório nos produtos periféricos para computador; ii) ao modificar o *design* de CPUs, unidades de disco e controladores, sem resultar em vantagem tecnológica, apenas retirando a compatibilidade com produtos competidores; iii) e ao elevar o preço das CPUs.

⁶⁰ O relato do caso valeu-se das fontes: *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979). Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/613/613.F2d.727.77-1563.html>>. Acesso em 01 nov. 2017.; JACOBSON, Jonathan; SHER, Scott; HOLMAN; Edward. Predatory Innovation: an Analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the Context of Section 2 Jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, 2010, p. 1-33.

Sobre a modificação de *design*, em específico, a *CalComp* denominou a estratégia de “manipulação tecnológica”⁶¹, argumentando que as inovações não trouxeram melhoria à performance e à interação dos produtos. A mudança na interface entre os computadores e integração do controlador da unidade de disco à CPU, argumentava a *CalComp*, tiveram o único propósito de inibir a competição, uma vez que inviabilizou a compatibilidade e interoperabilidade que antes existiam entre as unidades de disco de outros produtores e as da IBM.

O Nono Circuito rejeitou às alegações da *CalComp* no ponto, e sustentou que a integração foi um passo para redução de custos, consistente com a tendência do mercado, o que permitia que a IBM reduzisse o preço para funções equivalentes⁶². Concluiu, assim, que a IBM tinha o direito de redesenhar seus produtos para fazê-los mais atraentes aos consumidores, seja para reduzir custos de produção ou para melhorar a performance.

Dessa maneira, o Nono Circuito reafirmou o veredito da Corte Distrital e decidiu pela legalidade das condutas praticadas pela IBM, por compreender que a empresa não detinha poder de mercado nos mercados em questão, de modo que não realizou práticas predatórias ou abusivas.

II.3.1.2. *Caldera, Inc. v. Microsoft Corporation*⁶³

A empresa Caldera entrou no mercado de desenvolvimento de sistemas operacionais (SO) em 1996, ao adquirir a empresa Digital Research (DR). Em 1988, a Microsoft já havia alcançado uma posição de monopólio no mercado de sistemas DOS com o MS-DOS. Em 1987, não obstante, a DR desenvolveu o sistema operacional DR DOS, competidor direto do sistema MS-DOS da empresa Microsoft, porque era compatível com programas escritos para o MS-DOS e incluía uma série de recursos adicionais não disponíveis no MS-DOS.

⁶¹ “CalComp characterized these design changes as “technological manipulation” which did not improve performance”. In: *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*, Op. cit., par. 75.

⁶² “The evidence at trial was uncontroverted that integration was a cost-saving step, consistent with industry trends, which enabled IBM effectively to reduce prices for equivalent functions”. In: *California Computer Prods, Inc. v. IBM Corp.*, Op. cit., par. 75.

⁶³ O relato do caso tomou como fontes os seguintes textos: *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp. 2d 1295 (D. Utah 1999). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/72/1295/2336233/>>. Acesso 06 nov. 2017; JACOBSON, Jonathan; SHER, Scott; HOLMAN; Edward. Predatory Innovation: an Analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the Context of Section 2 Jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, 2010, p. 1-33.

O processo foi iniciado em 1996, quando a Caldera alegou que a Microsoft tomou atitudes anticompetitivas com relação ao sistema DR DOS, a fim de retirá-lo do mercado, apontando que a empresa havia incorrido em violações às seções 1 e 2 do *Sherman Act*, e às seções 1, 2 e 3 do *Clayton Act*.

Especificamente, foram levantadas cinco alegações: a Microsoft distribuiu falsos anúncios sobre seus novos produtos de SO para atrasar a adoção do consumidor ao DR DOS; firmou contratos de exclusividade com fabricantes de equipamentos originais para desencorajar a inclusão do DR DOS em seus sistemas; intencionalmente programou o SO do Windows para ser incompatível com o DR DOS com o propósito de eliminá-lo como concorrente; excluiu a DR do processo de testes com o *Windows* para impedir que a DR fizesse versões compatíveis com o SO antes do lançamento; integrou aplicações do *Windows* e DOS no sistema *Windows 95* para eliminar o mercado de OS em separado.

Ainda, quanto à venda casada, a Caldera alegou que a Microsoft combinou o MS-DOS e o Windows como um único produto no sistema operacional *Windows 95*, embora pudessem ser separados, e que essa integração não significava benefícios tecnológicos em relação aos produtos separados.

O caso não chegou à resolução de mérito pela Corte, tendo a Caldera e a Microsoft entrado antes em acordo sobre a disputa. Ainda assim, a Corte fez relevantes pontuações quanto ao caso no memorando, em específico sobre as alegações de venda casada, que aqui são pertinentes de serem relatadas.

Em se tratando da venda casada, a Corte rejeitou o método estabelecido no caso *Jefferson Parish*⁶⁴, da Suprema Corte Norte-Americana, adotando considerações próprias para analisar a legalidade do *tying*. Nesse sentido, a Corte determinou que o parâmetro apropriado para avaliar a acusação de venda casada por razões técnicas era verificar se a integração dos dois produtos resultou em melhoramento tecnológico válido, não insignificante, a ponto de criar um novo produto⁶⁵.

⁶⁴ Os critérios do teste são: i) existência de dois produtos distintos; ii) que produto atado seja condição necessária para obter o produto principal; iii) que o arranjo afete um volume significativo de comércio; iv) que o acusado detenha poder de mercado no produto principal.

⁶⁵ “Therefore, the Court embarks on its own analysis in applying a standard that is consistent with established antitrust tying authority, yet appropriate for cases involving technological innovations. The Court finds that if the evidence shows that a valid, not insignificant, technological improvement has been

A Corte pontuou, ainda, com base no precedente *Transamerica Computer Co., Inc. v. IBM Corp.*, que o padrão para examinar inovações tecnológicas deve levar em conta os efeitos que a inovação traz para a competição. Nesse sentido, observou que, em casos envolvendo inovações tecnológicas, o Circuito concedia grande deferência ao argumento da tecnologia, mas não às atuais normas de direito antitruste.

Assim, a Corte enuncia: “Certamente, uma empresa deve poder construir uma melhor ratoeira, e as cortes não devem privar a empresa da oportunidade de fazê-lo ao dificultar a inovação tecnológica. Não obstante, o direito antitruste foi desenvolvido por uma boa razão, e, assim como as cortes têm o potencial de suprimir avanços tecnológicos por duvidar do *design* de um produto, também a inovação pode ser suprimida se empresas forem autorizadas a esmorecer a competição por meio da integração ilegal de produtos e escapar da responsabilidade antitruste ao alegar um “plausível” avanço tecnológico”⁶⁶.

II.3.1.3. *Intel Corporation*⁶⁷

O caso *Intel Corp.* iniciou-se em 2009, por meio de reclamação administrativa⁶⁸ feita pela *Federal Trade Commission* (FTC ou “Comissão”), na qual se alegava que a empresa Intel havia incorrido em métodos e práticas ilegais desde 1999, período em que a Intel tomou atitudes para manter seu monopólio no mercado de CPUs e para criar um

achieved by the integration of two products, then in essence a new product has been created”. In: *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp. 2d 1295 (D. Utah 1999), 1325.

⁶⁶ “This is a case dealing with technology, and the Court recognizes the need to promote pro-competitive conduct in the technology world. Indeed, technological innovation is an important defense in defending antitrust allegations. (...) Thus, acknowledging the importance of promoting technological innovation, the Court is cautious in completely relying on the analysis contained in cases such as *Jefferson Parish* and *Multistate Legal Studies*, which involved medical services and bar-review courses. However, the Court finds that the D.C. Circuit has given too much deference to the technology argument and not enough to current antitrust law. **Certainly a company should be allowed to build a better mousetrap, and the courts should not deprive a company of the opportunity to do so by hindering technological innovation. Yet, antitrust law has developed for good reason, and just as courts have the potential to stifle technological advancements by second guessing product design, so too can product innovation be stifled if companies are allowed to dampen competition by unlawfully tying products together and escape antitrust liability by simply claiming a "plausible" technological advancement**”. In: *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp. 2d 1295 (D. Utah 1999), 1323. Grifou-se.

⁶⁷ O relato do caso utilizou como fonte: *Intel Corp.*, No. 9341 (F.T.C. 2009). Acesso em 07 nov. 2017. Em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/061-0247/intel-corporation-matter>>.

⁶⁸ Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/091216intelcmpt.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2017.

monopólio no mercado de GPUs (unidade processadora de gráfico). As acusações recaíram sob o escopo da Seção 5 do *Federal Trade Commission Act*⁶⁹.

A Intel adquiriu monopólio no mercado de microprocessadores em 1999 e não possuía competidores relevantes, em vista das altas barreiras de entrada no setor e da saída de um número considerável de produtores que antes atuavam no setor, havendo apenas a *Advanced Micro Devices* (AMD) e a *Via Technologies* (Via), que não constroem sua atuação.

Entretanto, ao lançar a CPU Athlon, em 1999, e a CPU Opteron, em 2003, a AMD desestabilizou a liderança da Intel em vários segmentos dos mercados de CPU. Fabricantes de equipamentos originais reconheceram a superioridade dos novos produtos da AMD em performance e qualidade da CPU. Com essa ameaça, a Intel se engajou em uma série de práticas anticompetitivas, a fim de impedir ou atrasar a adoção dos produtos competidores pelos consumidores.

Primeiramente, a empresa reclamada firmou acordos anticompetitivos com fabricantes de equipamentos originais, com o objetivo de limitar ou acabar com o uso dos produtos de terceiros. A Intel ameaçou aumentar preços, terminar com colaborações tecnológicas e reduzir apoio aos fabricantes que contratassem com competidoras. Ofereceu, ainda, parcela de mercado e descontos aos fabricantes que encerrassem com a competição.

Outra tática utilizada pela Intel foi a utilização de sua posição relevante nos mercados complementares. Assim, a empresa redesenhou o compilador e a biblioteca de *software*, em 2003, com o intuito de reduzir a performance de CPUs competidoras. A FTC alegou que muitas das mudanças promovidas pela Intel em seu *software* não traziam benefício técnico legítimo e que foram feitas apenas para reduzir a performance dos competidores.

Com relação ao mercado de GPUs – que vinha ameaçando o mercado de CPUs, ao adicionar novas funcionalidades, e o próprio monopólio da Intel –, a Comissão alegou que a reclamada também adotou posturas anticompetitivas de desabilitar a

⁶⁹ “Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful”.

interoperabilidade entre GPUs concorrentes (tais como a *Nvidia*, AMD, Via) e as novas CPUs da Intel.

Em sua resposta⁷⁰, a Intel se defendeu das acusações feitas na reclamação administrativa, negando ter exercido a maior parte das condutas alegadas. Argumentou contra a alegação de que estivesse impedindo a inovação e participação dos concorrentes no mercado, afirmando que a competição nos mercados em questão é robusta, envolvendo altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Afirmou, nesse sentido, que a própria Comissão alegava o melhoramento das funcionalidades e performances das GPUs, e argumentou que, da mesma maneira, também suas concorrentes tiveram a oportunidade de desenvolver novos e melhores produtos.

Argumentou que a Intel não tem o dever de ajudar seus competidores e que a realidade da concorrência naquele mercado – com grandes investimentos, aumentos dramáticos na qualidade de produto e reduções não paralelas de preços – não foi devidamente retratada pela Comissão. Desse modo, a FTC estaria a querer punir uma inovação que trouxe benefícios aos consumidores e que foi pró-competitiva.

Em agosto de 2010, a FTC determinou os termos de consentimento para desfecho do caso⁷¹. Na Seção V do termo, a Comissão endereçou a questão das modificações técnicas do *software*, determinando que a Intel não poderá modificar seu produto relevante se tal modificação: i) degradar a performance do produto relevante vendido por um competidor e ii) não promover um real benefício ao produto relevante vendido pela empresa. Determinou, ainda, que cabe à reclamada o ônus de demonstrar que a inovação promovida observa o cumprimento do termo.

II.3.2. Apontamentos preliminares

Os casos relatados acima retratam posturas distintas de se lidar com um mesmo problema. O lapso temporal entre eles não parece significar uma evolução no entendimento e na abordagem do fenômeno, de uma maneira geral, embora seja possível

⁷⁰ Em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/091231respanswertocmplt.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2017.

⁷¹ Em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2010/08/100804inteldo_0.pdf>. Acesso em 07 nov. 2017.

perceber alguns avanços na identificação do problema. Passa-se agora a responder às perguntas propostas ao início desta seção.

Nos três casos, o conceito de Schrepel parece ser adequado para enquadrar o problema. Em todos os casos, verificou-se a mudança de algum componente técnico que retirou a compatibilidade antes existente com produtos competidores. No primeiro, a IBM modificou o *design* técnico de CPUs, unidades e controladores de disco, integrando-os, de modo a retirar a compatibilidade com concorrentes. No segundo, a Microsoft também se valeu de modificações técnicas em seu sistema operacional, integrando o MS-DOS com o Windows, de modo a inviabilizar a compatibilidade com o sistema operacional concorrente. No terceiro, a Intel alterou o *design* técnico do seu *software*, que retirou a interoperabilidade com produtos de terceiros.

Assim, parece apropriado que “a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto, com vistas a limitar ou eliminar a competição” seja uma definição da conduta que pode vir a ser uma inovação predatória. Importa perceber, neste ponto, que a inovação predatória se dá em momento posterior à primeira criação do bem ou serviço, figurando como uma modificação ou incremento posterior, o que permite, em certos casos, notar mais claramente seu caráter e intuito anticompetitivo.

Com relação ao segundo questionamento, pode-se dizer que os termos da acusação variam, sendo comumente apontados os ilícitos de abuso de posição dominante, como monopolização ou tentativa de monopolização – indicados nos três casos. O tipo de venda casada por razões técnicas é indicado tanto no caso da IBM quanto no caso da Microsoft. No caso Intel, todavia, o que se alegou sobre a inovação foi comportamento abusivo ou predatório, sem recorrer à definição de *technological tying*.

Sobre a terceira pergunta, quanto ao uso do termo “inovação predatória”, embora a *CalComp* tenha se utilizado do termo “manipulação tecnológica”, nenhum dos casos se refere expressamente à conduta como sendo uma inovação predatória, o que demonstra a resistência ou desconhecimento da jurisprudência para se valer do termo, ainda que, à época dos casos, o fenômeno já recebesse atenção da doutrina e academia e fosse assim nomeado. Fala-se em comportamento predatório nos três casos, mas sem assim qualificar a inovação.

Por outro lado, relativamente ao quarto questionamento, quanto às afirmações sobre a qualidade da inovação, nos três casos os órgãos julgadores, em uma medida ou outra, fizeram pontuações sobre a qualidade da inovação em questão. No caso da IBM, o Nono Circuito afirmou que a inovação no *design* técnico, ao integrar produtos, trazia benefícios, já que causava redução de custos. No caso da *Microsoft*, por não ter havido uma resolução no mérito, a Corte não chegou a se pronunciar propriamente sobre a inovação, mas fez importantes observações, que serão destacadas na sequência. No caso *Intel*, a FTC afirmou que a inovação não representava real avanço tecnológico.

Na última questão proposta, a respeito da regra da razão e da análise empreendida, as condutas não são tratadas como ilícitos *per se*, sendo analisadas por meio da regra da razão. Não obstante, os casos demonstram que a regra da razão é utilizada superficialmente, sem que se estabeleça algum tipo de teste capaz de balancear os efeitos positivos e negativos da conduta, para então determinar sua legalidade. Nesse sentido, o caso *Microsoft* aponta para uma preocupação importante, ainda que incipiente, que não foi demonstrada nos outros dois casos.

A Corte, como relatado, ainda que não tenha procedido ao julgamento de mérito, observou a importância de se definir um método capaz de avaliar os efeitos de uma inovação tecnológica, atentando para a possibilidade de que uma inovação abusiva possa reverter efeitos negativos à competição e à inovação em geral.

Essa observação, conquanto introdutória, é crucial para se pensar um regime próprio para lidar com a inovação predatória. Uma inovação não pode ser declarada predatória sem que haja um devido balanceamento de seus efeitos, sob pena de se excluir uma inovação que, em verdade, traga benefícios consideráveis aos consumidores. Nesse sentido, é preciso incrementar a análise promovida com a utilização da regra da razão, que também deve ser readequada aos novos contextos com quais deverá lidar.

Ainda, os casos reforçam a necessidade de se consolidar o conceito de inovação predatória, deixando de lado a aplicação do tipo da venda casada por razões técnicas (*technological tying*) – conceito de contornos confusos e indefinidos, além de insuficiente para lidar com a diversidade de casos envolvendo alterações e integrações tecnológicas.

Reitera-se, nesse contexto, portanto, a indispensabilidade de estabelecer conceito e regime próprios para o tratamento da inovação predatória, que exige análise detida pelas

autoridades da concorrência e lhes impõe o esforço de pensar em métodos de análise adequados para identificação do problema e tipificação da conduta. A utilização da regra da razão não pode desonerar a autoridade de examinar atentamente os efeitos da conduta, como ocorreu nos casos apresentados.

Todavia, a análise de três casos não permite, de fato, traçar um panorama geral do tratamento jurisprudencial e doutrinário conferido ao problema – e essa não foi a pretensão –, mas permite que se façam os apontamentos preliminares aqui explanados, servindo também para suscitar possibilidades e proposições de avanço no tema.

Nessa perspectiva, a seção seguinte apresenta, de maneira breve, uma possível proposição, com vistas à reestruturação de uma regra da razão que possa instruir melhor o devido tratamento jurídico a ser deferido para a inovação predatória, indicando seus possíveis elementos.

II.4. Proposição: desenvolvimento de uma regra da razão estruturada

A regra *per se* e a regra da razão são metodologias de análise do Direito Antitruste e, assim sendo, figuram como padrões construídos pelas autoridades da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica. As regras não constituem, portanto, categorias distintas de ilícitos, mas padrões probatórios que determinam ao órgão antitruste, a depender da conduta em questão, uma análise mais ou menos detalhada das variáveis envolvidas⁷².

Isso ocorre porque, de maneira geral, as legislações antitruste são caracterizadas por imprecisões terminológicas e indeterminação de conceitos, encarregando os órgãos da concorrência da tarefa argumentativa de delinear as condutas, frente à constante variação e evolução das práticas empresariais, o que impossibilita a tipificação *a priori* das condutas.

A regra *per se* é caracterizada por padrão probatório menos rigoroso, que desonera a autoridade antitruste de um exame mais aprofundado, funcionando como um conjunto de presunções e atalhos probatórios firmados com a experiência de análise em torno de

⁷² FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017; HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principles and execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

uma conduta, que permitirá, no futuro, a consolidação de uma convicção quanto aos efeitos nocivos da prática⁷³.

De outro lado, a regra da razão, como método de análise, exige um exame mais detido e detalhado dos fatores envolvidos, como a estrutura de mercado em que a conduta foi praticada, os efeitos potenciais e concretos da restrição, os propósitos que conduziram à prática, as eficiências produzidas, e mais⁷⁴.

Já em uma primeira vista, parece mais adequado que a inovação predatória, sendo uma estratégia concorrencial relativamente nova e recente, que envolve sempre uma multiplicidade de variáveis, seja analisada por meio da regra da razão, uma vez que impõe à autoridade antitruste a obrigação de um exame integral e completo dos seus efeitos anticompetitivos.

De fato, há custos associados à utilização da regra da razão – tais como os altos custos de informação e litigância, ocasionados pela demora do processo e da complexidade do exame requerido – que podem pesar contrariamente à sua aplicação, sobretudo no contexto dos mercados de alta tecnologia da Nova Economia, com suas rápidas transformações.

Contudo, por se tratar de inovação, um tema delicado às políticas antitruste, também não parece viável e recomendado que se alcance um patamar de convicção que permita submeter uma potencial prática de inovação predatória à regra *per se*, em vista das particularidades dos efeitos gerados em cada caso e dos graves danos de se inviabilizar uma inovação positiva⁷⁵.

A regra da razão, nesse contexto, demonstra-se como melhor metodologia para proteger a inovação, na medida em que assegura liberdade para as empresas investirem em pesquisa e desenvolvimento, criando novos produtos e serviços sem as constrições de uma indevida influência de interesses anticompetitivos no processo⁷⁶.

A aplicação de uma regra da razão generalizada, não obstante, por não se mostrar como exame sensível às particularidades dos mercados de alta tecnologia, deve também

⁷³ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.

⁷⁴ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 290.

⁷⁵ Nesse sentido: SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, 2017, p. 103-131.

⁷⁶ SCHREPEL, Thibault. Op. cit., p. 116.

ser afastada, por acarretar altos custos, imprecisão e inadequação da análise. Nesse sentido, uma proposição pertinente para enfrentar a questão é a adoção de uma regra da razão aperfeiçoada para lidar com casos relacionados à inovação nos mercados da Nova Economia.

Alguns teóricos já se vêm dedicando ao tema e sugerem algumas estruturas e balizas próprias de análise por meio da regra da razão, com testes e elementos específicos para determinados setores⁷⁷. De fato, o desenvolvimento de presunções e de estruturas atualizadas para refletir a realidade econômica de determinados setores da Nova Economia desponta como alternativa interessante para lidar com a inovação predatória.

Todavia, a elaboração de novas presunções e balizas para estruturar uma regra da razão específica envolve um cotejo importante entre *trade-offs*, no que diz respeito à proteção a ser visada e privilegiada pelo Direito da Concorrência: seja a proteção aos consumidores, seja a proteção aos concorrentes; seja a proteção de curto prazo; seja a proteção de médio a longo prazo⁷⁸. Essa discussão certamente remeterá aos objetivos da defesa da concorrência, que servirão de guias para embasar o tratamento a ser conferido à inovação predatória.

Neste momento, então, novamente tomando Schrepel como referência teórica, serão apontadas aqui algumas das propostas feitas pelo autor no sentido de estruturar uma nova regra da razão para lidar com inovações predatórias, pontuadas com observações de outros referenciais teóricos. Essas propostas serão comentadas na sequência, levando em conta o mencionado cotejo entre *trade-offs* na reestruturação da regra da razão, considerando os propósitos do Direito da Concorrência como possíveis guias e bases para essas escolhas.

Primeiramente, ao tratar da análise adequada para abordar condutas que envolvem inovação, Schrepel aponta para a necessidade de se estruturar um padrão baseado em evidência empírica. O direito antitruste é influenciado por diversas escolas de pensamento, das quais derivam diferentes posicionamentos para resolução de um

⁷⁷ Por exemplo, Van Arsdale e Venzk estruturam uma regra da razão voltada especificamente para as modificações de *softwares*. Ver: VAN ARSDALE, Suzanne; VENZK, Cody. Predatory Innovation in Software Markets. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 1, 2015, p. 243-290.

⁷⁸ Retomando analogia já feita neste trabalho, esses *trade-offs* também se fazem presentes na análise da conduta de preço predatório.

problema concorrencial. Contudo, a filiação ideológica não pode prevalecer, devendo-se privilegiar as evidências empíricas que possam guiar a resolução do caso.

O autor também destaca a importância de considerar a inovação de uma maneira diferenciada, uma vez que ela desempenha papel crucial nos mercados de alta tecnologia. Em um mesmo sentido já argumentado neste trabalho, Schrepel nota que o foco principal das análises concorrências sempre foi o parâmetro “preço”, mas que agora, no contexto da Nova Economia, é preciso considerar a inovação como um legítimo parâmetro para o antitruste⁷⁹. Em sentido aqui já argumentado, a inovação precisa estar submetida a referenciais concorrenciais.

Em cenários de competição disruptiva não basta identificar e provar elementos como efeitos de rede, *lock-ins* e custos de transferência – a inovação é fator central a ser levado em consideração. Tomar a inovação como marco para uma regra da razão estruturada estimula a proteção à inovação e desperta a atenção dos órgãos da concorrência quanto aos comportamentos inovadores puramente anticompetitivos⁸⁰.

Destacando esses dois elementos como chaves para a análise, Schrepel propõe, com base na regra da razão estruturada por Eastbrook, uma reformulação com três filtros analíticos para uma regra da razão atualizada e especializada para os mercados de alta tecnologia.

O primeiro filtro é o equilíbrio de mercado. Para o autor, a parcela de mercado é um critério útil para avaliar o poder de mercado, mas que, sozinho, não se tem mostrado tão acurado. Por outro lado, se o equilíbrio de mercado é estável, isso pode implicar altos custos de transferência, efeitos de rede e altas barreiras à entrada, o que significa que práticas anticompetitivas terão maior impacto no mercado. Do lado contrário, se o equilíbrio é instável, será mais provável que os efeitos anticompetitivos sejam corrigidos. Inserir esse filtro na análise, por integrar a noção de inovação disruptiva, permite melhorar a avaliação das parcelas de mercado em mercados de alta tecnologia.

⁷⁹ “Prices do not always control the competition among companies in the New Economy where innovation is a central element. If courts do not consider innovation to be a legitimate antitrust standard, empirical analyses will fail to demonstrate the benefit of free markets. Many courts have not integrated innovation into their antitrust analyses because the concept is deemed too complex”. In: SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, 2017, p. 103-131. p. 20.

⁸⁰ SCHREPEL, Thibault. Op. cit., p. 20.

Em noção similar, também Evans e Schmalensee afastam a abordagem antitruste tradicional de definir o poder de mercado a partir da parcela de mercado, tendo-a por indevida para abarcar a realidade da Nova Economia. Os autores destacam que essa abordagem desconsidera um elemento essencial do poder de mercado nesses setores, que é a ameaça real ou potencial de inovações drásticas para tomada de liderança⁸¹.

Nesse sentido, Evans e Schmalensee consideram um fator que Schrepel não menciona: o papel da *concorrência potencial* em mercados inovadores. Os autores apontam que, em setores inovadores, como o de alta tecnologia, os competidores não são constrangidos apenas pelos concorrentes no mercado; em verdade, há também uma forte constrição por parte de concorrentes desconhecidos, que podem investir em pesquisa e desenvolvimento e adentrar o mercado com uma inovação. Em vista disso, para os autores, a inquirição quanto ao poder de mercado na Nova Economia deve incluir uma séria análise quanto ao vigor da competição dinâmica e potencial⁸².

Ainda quanto à concorrência potencial, também Sidak e Teece destacam que ela desempenha um papel ainda mais importante nos cenários de competição dinâmica, de modo que a determinação da parcela de mercado indicada pela análise neoclássica falha em considerar o real cenário competitivo nos mercados de alta tecnologia. Defendem, portanto, que a definição do poder de mercado considere a potencialidade de novos competidores⁸³.

Ainda quanto à definição de poder de mercado, uma importante pontuação feita por Salomão Filho concerne à dispersão e alocação de informação. Sobretudo em mercados da Nova Economia, marcados pela importância do capital intelectual, a assimetria de informações e conhecimento pode causar distorções significantes no mercado. Desse modo, tomar em consideração a concentração de informação e conhecimento pode ser um fator relevante para determinar o poder de mercado e a possibilidade de abuso nesse domínio⁸⁴.

⁸¹ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2. p. 18.

⁸² EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. Op. cit., p. 20.

⁸³ SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, n. 5, 2009, p. 581-631. p. 614-615.

⁸⁴ FILHO SALOMÃO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power*. Edward Elgar Publishing: Northampton, 2011. p. 34-36.

O segundo filtro estabelecido por Schrepel é o poder de discriminar. Diz respeito à habilidade da empresa de implementar estratégias anticompetitivas que sejam particularmente danosas e possam causar a total exclusão de um competidor. O filtro consiste em avaliar a possibilidade de uma empresa abusar do seu poder, em vez de abusar da sua posição dominante. O poder de discriminar se distingue do poder de mercado, porque trata dos recursos essenciais ao processo de inovação que uma empresa pode ter, sem que ela necessariamente tenha grande parcela de mercado⁸⁵.

O poder de discriminar está claramente associado aos direitos de propriedade intelectual que um agente econômico detém. Uma preocupação relevante neste ponto, levantada por Salomão, refere-se à possibilidade de que um participante de mercado, ainda que não possua posição dominante monopolística, possa impedir a introdução e reprodução de novos produtos e, por consequência, impedir que o consumidor tenha oportunidade de escolha entre produtos similares ou substitutos⁸⁶.

Um conceito que também pode ajudar a instruir uma análise sobre o poder de discriminar é o de *oportunidade tecnológica*, abordado por Sidak e Teece. A oportunidade tecnológica, também relacionada à noção de concorrência potencial, é definida como “a taxa pela qual mais ou menos avanços externos e cumulativos em ciência e tecnologia geram possibilidades de inovação rentável” e refere-se à possibilidade de que novos competidores se engajem em projetos de transformações e inovações tecnológicas. Desse modo, quanto maiores as oportunidades tecnológicas, maiores as chances de progresso tecnológico, o que acirra os incentivos para inovar e competir⁸⁷.

O terceiro filtro de Schrepel considera a relação entre o falso positivo⁸⁸ e os incentivos para inovar, fazendo uma ponderação entre o risco anticompetitivo da inovação e o bem-estar promovido pela inovação. Os órgãos julgadores precisam estar especialmente atentos para a importância dos falsos positivos em mercados inovadores, que podem requerer maior leniência em casos de tentativa de monopólio, mas que definitivamente demandam vigilância contínua em casos de manutenção de monopólio e

⁸⁵ SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, 2017, p. 103-131. p.

⁸⁶ FILHO SALOMÃO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power*. Edward Elgar Publishing: Northampton, 2011. p. 74-76.

⁸⁷ SIDAĀ, Gregory J.; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, n. 5, 2009, p. 581-631. p. 599; p. 608-609.

⁸⁸ O falso positivo consiste na condenação de uma conduta lícita.

outras condutas que possam ameaçar futuras inovações. O autor propõe a utilização de alguns testes de eficiência para fazer tal ponderação.

Assim, Schrepel conclui que uma regra da razão estruturada com esses três filtros se mostra melhor apta a impedir falsos positivos e a elevar o nível de segurança jurídica do que uma regra da razão pura poderia fazê-lo. Esses filtros também facilitam a tarefa dos requerentes de demonstrarem a natureza anticompetitiva da conduta.

Entretanto, a ponderação entre efeitos positivos e negativos da inovação não é um critério livre de controvérsias. Há quem defenda, como Teece⁸⁹, que determinar a legitimidade de escolhas em inovação em regimes de rápida mudança tecnológica, a fim de reconhecer se seus efeitos positivos ultrapassam os negativos, requer mais do que uma análise econômica e que as autoridades da concorrência estão mais propensas a cometer erros do que acertos nessa análise, uma vez que são altos os requerimentos de informação para determinar a anticompetitividade de uma conduta num mercado dinâmico, não devendo as autoridades se engajarem nesse exame.

De outro lado, há quem defenda, como Delvin e Jacobs⁹⁰, o estabelecimento de um teste para determinar a validade da inovação tida por anticompetitiva. Os autores também propõem novas balizas para guiar a análise da regra da razão em casos de inovação predatória. Nesse sentido, os autores determinam quatro principais considerações a serem levadas em conta.

A primeira dessas considerações argumenta que, para lidar com inovações, é preferível um sistema que favoreça falsos negativos⁹¹, considerando que os riscos de vedar uma inovação benéfica são mais custosos, geralmente, do que os riscos de permitir uma inovação com efeitos anticompetitivos abusivos. Por conseguinte, as empresas requeridas deverão assumir o ônus de provar as vantagens técnicas que a inovação traz⁹².

Na sequência, Delvin e Jacobs defendem que os órgãos julgadores não devem distinguir entre inovações triviais e significantes, por acarretar insegurança jurídica e

⁸⁹ TEECE, David J. Antitrust Analysis in High Technology Industries. In: TEECE, David J. (Ed.). *Managing Intellectual Capital: Organizational, Strategic, and Policy Dimensions*. Oxford University Press: Oxford, 2002. p. 159-190.

⁹⁰ DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, 2011, p. 1-55.

⁹¹ O falso negativo consiste na absolvição de uma conduta ilícita.

⁹² DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Op. cit., p. 40-42.

desincentivo a inovar, já que a linha divisória entre essas inovações é tênue, além de que a maior parte das inovações geradas em setores de alta tecnologia consiste em incrementos adicionais a um produto já existente⁹³.

A terceira pontuação dos autores empreende um exame quanto à melhoria material da inovação que elimina a escolha do consumidor. Nesse sentido, a inovação impugnada que impede competidores de fornecer produtos rivais e, assim, elimina a possibilidade de escolha do consumidor por produtos deve ser submetida ao escrutínio do órgão julgador quanto à qualidade do melhoramento material, não apenas técnico da invenção. Pontuam, ainda, que esse exame quanto à qualidade da inovação deve ser realizado apenas nos casos em que a inovação elimine a escolha do consumidor⁹⁴.

A quarta e última consideração de Delvin e Jacobs diz respeito à imunidade antitruste que deverá ser conferida à alteração de um produto que apenas limite, mas não exclua a habilidade dos competidores de oferecer produtos rivais ao consumidor. A ideia que embasa essa postura busca um equilíbrio entre concorrência e bem-estar do consumidor, por tomar em conta que os efeitos excludentes serão mais improváveis frente à possibilidade dos competidores de criarem produtos substitutos e garantirem a variedade de escolha ao consumidor.

Após essas explicações, a conclusão mais óbvia a que se chega é de que são muitas as possibilidades, ponderações e proposições. A apresentação das novas estruturas e análises sugeridas não serve para esgotar o assunto, mas para ilustrar novas orientações e avaliações que possam melhor instruir a análise de condutas que envolvam inovações na Nova Economia.

Como anunciado ao início desta seção, contudo, a reflexão e sugestão de novos critérios e parâmetros de avaliação devem tomar em consideração os *trade-offs* que se encontram em jogo ao privilegiar um ou outro parâmetro no que concerne à proteção envidada pelo Direito da Concorrência. Nesse sentido, é importante que tais reorientações e proposições sejam instruídas pelos objetivos do Antitruste e se mostrem cientes da ponderação entre proteções a que se sujeitam.

⁹³ DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, 2011, p. 1-55.

⁹⁴ “The material-improvement standard that this Article advocates, however, would only apply when a defendant’s action eliminates consumer choice”. In: DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Op. cit., p. 41.

Nesse sentido, tomando, a princípio, as proteções que Salomão Filho⁹⁵ lista como objetivadas pelo Direito da Concorrência – a proteção da ordem concorrencial; a proteção dos consumidores; e a proteção dos concorrentes –, algumas reflexões merecem ser feitas.

De maneira breve, a proteção da ordem concorrencial está relacionada à proteção do interesse institucional em uma ordem econômica na qual prevaleça a concorrência, compreendida como regime adequado para a garantia dos interesses de consumidores e de agentes de mercado⁹⁶.

A proteção ao consumidor, por sua vez, é tutelada indiretamente, por meio da proteção da ordem concorrencial, e relaciona-se à ideia de que o consumidor é o destinatário econômico final da defesa da concorrência e sua justificação última, pois é sobre ele que recaem os danos das condutas anticoncorrenciais – como o aumento de preços, a perda de qualidade e variedade, a redução da inovação, etc⁹⁷. Por fim, a proteção aos concorrentes, do mesmo que a proteção ao consumidor, é tutelada mediamente pelo Antitruste, por meio da garantia de um ambiente concorrencial livre de condutas ilícitas e anticompetitivas⁹⁸.

Esses interesses, embora intimamente relacionados, muitas vezes impõem um esforço de harmonização por parte das políticas e das autoridades concorrenciais. Exemplo desse esforço é a regulação da conduta de preço predatório. Ao lidar com a conduta, as autoridades da concorrência precisam ir além de um exame estático e momentâneo, de modo a considerar uma dimensão dinâmica e futura, porque o preço predatório até pode gerar benefícios imediatos aos consumidores, mas provoca, a médio e longo prazo, efeitos prejudiciais à concorrência e aos concorrentes, com a retirada de agentes do mercado e a imposição de condições e preços abusivos.

No mesmo sentido, pensar em soluções e proposições para a configuração de um tratamento jurídico especializado para a inovação predatória certamente demandará o esforço de harmonização entre interesses dos consumidores e dos concorrentes, ponderando sobre a eficácia e o prejuízo de curto a longo prazo. Além disso, harmonizar interesses de consumidores e concorrentes precisa levar em conta não somente a variável

⁹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 61-80.

⁹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 81-92.

⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 93-94.

preço – que, como argumentado ao longo deste estudo, tem guiado uma abordagem tradicional do Direito Antitruste que precisa ser ultrapassada –, mas também as variáveis de qualidade e variedade, sobretudo em questões relacionadas à inovação.

Desse modo, as proposições apresentadas neste trabalho, em uma medida ou outra, tiveram de efetuar uma ponderação entre os interesses em jogo, seja para equilibrá-los, seja para privilegiar um sobre o outro, em determinadas situações. Por exemplo, dar preferência a um sistema que favoreça falsos negativos em detrimento da condenação de inovações que não limitem a escolha do consumidor, como sugerem Delvin e Jacobs, é uma tentativa de conciliar a ordem concorrencial, que se beneficia pela promoção da inovação, com o interesse do consumidor, que não terá a variedade de escolha afetada.

Na mesma noção, evitar os falsos positivos, como propõe Schrepel, é uma maneira de assegurar a inovação e fomentar um ambiente competitivo com segurança jurídica aos concorrentes. De outro lado, a posição de abstenção sugerida por Teece desperta atenção e preocupações quanto aos efeitos de longo prazo sobre a ordem concorrencial e os interesses do consumidor, favorecendo, de maneira aparentemente imprudente, a promoção irrefreada da inovação.

Um tratamento jurídico apropriado para lidar com o fenômeno da inovação predatória certamente terá que considerar as pontuações e preocupações aqui enunciadas, a fim de prover um melhor arcabouço analítico para identificar e deter condutas anticompetitivas sem acarretar falsos positivos, desincentivo à inovação e desproteção aos consumidores, aos concorrentes ou à ordem concorrencial.

A inovação predatória suscita incontáveis desafios ao direito da concorrência, que por vezes demandam uma revisitação aos conceitos e aos métodos já firmados no ramo. A inquietação que o fenômeno provoca, contudo, é salutar para o desenvolvimento e a evolução das políticas antitruste. Nesse sentido, as ponderações e proposições aqui feitas sugerem a necessidade de repensar e reestruturar uma regra da razão específica para abordar condutas relacionadas à inovação, levando em conta os interesses que o Direito da Concorrência deve tutelar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da inovação predatória impõe ao Direito Concorrencial uma série de novos desafios e preocupações que reivindicam a revisitação e reflexão dos pressupostos e abordagens tradicionais consolidados na análise antitruste. Os desafios e preocupações preliminares traçados neste trabalho apontam para a necessidade de definir um conceito jurídico próprio que delimite o fenômeno e auxilie em sua identificação.

Nesse sentido, indicou-se a insuficiência do conceito de *technological tying*, comumente utilizado para enquadrar algumas condutas típicas de inovação predatória, que deve ser abandonado, a fim de permitir um conceito mais coeso e adequado para lidar com o problema. O fenômeno da inovação predatória requer reconhecimento jurídico próprio, pois suas peculiaridades e distintas formas de manifestação demandam tratamento específico sob designação própria.

Os casos da jurisprudência norte-americana analisados, em um mesmo caminho, serviram para ilustrar o modo como certas condutas características de inovação predatória vêm sendo tratadas de maneira imprecisa, sem conceito ou tratamento específicos, em um estado de discussão ainda precário e irrefletido quanto ao tema. Nos apontamentos preliminares sobre os casos, delinearam-se alguns dos traços que caracterizam o atual tratamento conferido.

Desse modo, buscou-se confirmar a adequação do conceito adotado por este trabalho, que se demonstrou apto a abarcar a diversidade de condutas cabíveis no conceito de inovação predatória, bem como o traço marcante de que as modificações técnicas se dão em momento posterior à primeira criação do produto. Também, em sede de apontamento preliminar, apontou-se para a superficialidade da análise antitruste, nos casos examinados, quanto à ponderação entre efeitos positivos e negativos, de curto a longo prazo, provocados pela inovação em questão, o que indica uma aplicação rasa da regra da razão.

Em vista disso, abordou-se, na sequência, a necessidade de um tratamento jurídico especializado para abordar um tema de alta complexidade como o é a inovação predatória. Assim, retomando observações feitas no primeiro capítulo a respeito das complexidades de se analisar mercados inovadores sob referenciais concorrenciais, levantaram-se os

seguintes pontos: a importância da elaboração de métodos atualizados e especializados para determinar o poder de mercado em setores de alta tecnologia e plataformas virtuais, em vista da inadequação do método da parcela de mercado nesses cenários; a insuficiência do parâmetro “preço” para a análise de condutas anticompetitivas, sobretudo em mercados inovadores, nos quais as estratégias competitivas se valem preponderantemente de outros fatores; a relevância da competição dinâmica e da concorrência potencial, que impulsionam e compelem os agentes de mercado a novas condutas e estratégias competitivas; a necessidade de submeter a inovação à análise concorrencial, tomando-a como objeto e padrão legítimo para analisar mercados e o estado da ordem concorrencial; dentre outros critérios e instrumentos que devem servir para a atualização e orientação do Direito da Concorrência nesses setores.

Nesse sentido, a proposição ao final sugerida atenta para a importância de se pensar uma regra da razão estruturada para lidar com a inovação predatória, em consideração aos pontos acima explanados. É preciso revisitar a análise usual e repensar os métodos tradicionais de se delimitar mercados, de se definir poder de mercado e posição dominante, de se identificar condutas potencialmente predatórias. Também, é preciso refletir e se empenhar no desenvolvimento de critérios e instrumentos que sejam adequados para endereçar a realidade de mercados marcados pela inovação.

As possibilidades de formulação e reformulação são várias, de modo que importa refletir sobre as escolhas efetuadas frente aos interesses tutelados pelo Antitruste, levando-se em conta os efeitos almejados em curto e longo prazo. É preciso, portanto, ponderar sobre os métodos que venham a favorecer consumidores em curto prazo, mas que os desfavoreçam em longo prazo; sobre métodos que protejam os interesses dos concorrentes, mas prejudiquem a ordem concorrencial em longo prazo.

A inovação predatória é um desafio recente que desencadeia uma série de implicações ao Direito da Concorrência, no que tange ao desenvolvimento econômico, ao fomento da inovação, ao bem-estar do consumidor e à tutela da concorrência. Há muito a ser estudado e explorado, no intuito de esmiuçar suas peculiaridades, suas formas de manifestação, suas repercussões e as possibilidades de endereçar e solucionar o problema, e os esforços empenhados neste trabalho se prestam, em última instância, a evidenciar o problema e a suscitar o debate.

Uma conclusão é certa: a inovação precisa estar submetida a referenciais concorrenciais, sob pena de que o Direito Antitruste venha a se tornar um instrumento obsoleto e ineficaz em tutelar a ordem concorrencial. A inovação predatória, nesse sentido, é um sintoma desse problema – é uma estratégia anticompetitiva que se vale da inovação como seu instrumento principal e que, como tal, não pode estar ausente no escopo da análise concorrencial.

BIBLIOGRAFIA

BRYNJOLFSSON, Erik; SMITH, Michael D. Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers. *Management Science*, v. 46, n. 4, 2000, p. 563–585.

D'AVENI, Richard. *Hypercompetition: Managing the Dynamics of Strategic Maneuvering*. Nova York: The Free Press, 1994.

DELVIN, Alan; JACOBS, Michael. Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, 2011, p. 1-55.

ELLISON, Glenn; ELLISON, Sara Fisher. Lessons About Markets from the Internet. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2, 2005, p. 139-158.

EVANS, David S. Antitrust and the New Economy. In: EVANS, David S. (Ed.). *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 253-264.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge: MIT Press, 2002, vol. 2.

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

GEROSKI, Paul. *The Evolution of New Markets*. New York: Oxford University Press, 2003.

GLADER, Marcus. *Innovative Markets and Competition Analysis*. Edward Elgar Publishing: Northampton, 2006.

HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Herbert. Tying Arrangements. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Oxford: Oxford Publishing, 2015. p. 329-350.

HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principles and execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

JACOBSON, Jonathan M. Do We Need a New Economy Exception for Antitrust?. *Antitrust*, v. 16, 2001, p. 89-93.

JACOBSON, Jonathan; SHER, Scott; HOLMAN, Edward. Predatory Innovation: an Analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the Context of Section 2 Jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, 2010, p. 1-33.

KELLY, Kevin. *New Rules for the New Economy: 10 radical strategies for a connected world*. New York: Viking Penguin, 1998.

- LEVIN, Jonathan. The Economics of Internet Markets. *NBER Working Paper*, n. 16852, 2011, p. 1-35.
- OCDE. *Oslo Manual*. Ed. 3. Paris: OECD Publishing, 2006.
- OCDE. *The New Economy: Beyond the Hype*. Paris: OECD Publishing, 2001.
- POSNER, Richard. Antitrust in the New Economy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2001, p. 925-944.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*. Edward Elgar Publishing: Northampton, 2011.
- _____. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003.
- SCHREPEL, Thibault. A New Structured Rule of Reason Approach for High-Tech Markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, 2017, p. 103-131.
- _____. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. *SMU Science & Technology Law Review*, 50p. jul. 2017.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: Routledge, 2003.
- _____. *The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*. Nova Jersey: Transaction Publishers, 1983, Ed. 2, versão epub.
- SENGUPTA, Jati. *Theory of Innovation: A New Paradigm of Growth*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2014.
- SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, n. 5, 2009, p. 581-631.
- SIDAK, Joseph Gregory. Debunking Predatory Innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 5, jun. 1983. p. 1121-1149.
- VAN ARSDALE, Suzanne; VENZK, Cody. Predatory Innovation in Software Markets. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 1, 2015, p. 243-290.
- WALLER, Spencer Weber; SAG, Matthew Sag. Promoting Innovation. *Iowa Law Review*, vol. 100, 2015, p. 2223-2233.
- WISEMAN, Alan. *Economic Perspectives on the Internet*. Washington: Bureau of Economics, 2000.