

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Venicio Branquinho Pereira Filho

**O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: a
ilicitude concorrencial da conduta unilateral excludente**

Belo Horizonte
2016

Venicio Branquinho Pereira Filho

**O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: a
ilicitude concorrencial da conduta unilateral excludente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira

Belo Horizonte

2016

P436d Pereira Filho, Venicio Branquinho
O direito antitruste e o direito da propriedade intelectual :
a ilicitude concorrencial da conduta unilateral excludente /
Venicio Branquinho Pereira Filho. - 2016.

Orientadora: Amanda Flávio de Oliveira
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Concorrência 3. Propriedade intelectual
I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.77

Ficha elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto – CRB 6/1178

Venicio Branquinho Pereira Filho

**O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: a
ilicitude concorrencial da conduta unilateral excludente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira (Orientadora) – UFMG

Doutor Marcelo Procópio Calliari – USP

Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni – USP

Belo Horizonte, 3 de junho de 2016.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação de mestrado não teria sido possível sem o apoio daqueles que acompanham minha trajetória. Por isso, agradeço:

A meus pais e demais familiares, cujo suporte desde o início foi fundamental para que este caminho fosse trilhado.

A todos os meus amigos, pelo incentivo e pela compreensão nos momentos de ausência em razão de compromissos acadêmicos, e especialmente a Nayara Mendonça, por compartilhar a paixão pelo Antitruste, e ao Luis Felipe Nasser, pelo interesse por este trabalho e pelas dicas.

A todos os professores, colaboradores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, sem dúvida a maior riqueza do Programa.

Aos participantes da 35ª Edição do Programa de Intercâmbio do CADE - PinCade, e aos demais colaboradores do CADE, pelos ricos debates acerca do Direito Concorrencial.

E a minha orientadora, Professora Amanda Flávio de Oliveira, cuja dedicação e auxílio foram fundamentais para a construção da presente dissertação.

Muito obrigado a todos vocês!

“[...] os limites de poder de mercado unilateral ou coordenado que serão exigidos para sua configuração [da ilicitude], entre outros temas, é... a mais importante tarefa que este tribunal especializado é incumbido, traduzindo sua missão última que é a de tornar... operativo e algo mais estável um ramo do direito particularmente árido, principiológico e de difícil operação como é o direito antitruste, especialmente no âmbito do controle de condutas” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº. 08012.001271/2001-44. Reqtes: Procon/SP. SKF do Brasil Ltda. Rel.: Cons. César Costa Alves de Mattos. Brasília, Distrito Federal, *DOU*, 30 jan. 2013, p. 1695).

RESUMO

A presente dissertação de mestrado apresenta como escopo analisar situações em que condutas unilaterais excludentes que envolvem direitos de propriedade intelectual podem configurar ilícito concorrencial à luz da Lei nº 12.529/11. Nas últimas décadas, o tema tem se mostrado cada vez mais frequente no Direito Antitruste, e, no Brasil, surgem os primeiros casos de ingerência antitruste sobre esse tipo de prática. A ilegalidade da exclusão de concorrentes em determinado mercado, em razão de direitos de propriedade intelectual, não é de simples aferição. Além do conteúdo normativo aberto, caracterizador do Antitruste, outro desafio consiste nas implicações de um julgamento equivocado, que pode comprometer o desenvolvimento econômico e social, escopo constitucionalmente assegurado no Brasil. Em razão disso, a investigação proposta pela dissertação perpassa dois caminhos sucessivos. O primeiro reside no estudo sobre a possibilidade de as normas brasileiras de defesa da concorrência incidirem sobre condutas de titulares de direitos de propriedade intelectual. O segundo caminho, uma vez admitida a referida possibilidade, consiste na investigação sobre quais critérios podem auxiliar a Administração Pública a verificar se a conduta excludente é ou não ilícita. Para tanto, o trabalho realiza um estudo teórico e jurisprudencial sobre o tema nos EUA, na União Europeia e no Brasil, em que são identificados, ao final, os elementos que têm sido sopesados pelas autoridades antitruste ao tratar do assunto, além de desafios que permeiam a questão. A dissertação apresenta como eixo doutrinário a compreensão atual sobre os principais institutos referentes ao tema, assim como os objetivos constitucionais e infraconstitucionais do Direito Concorrencial, tendo adotado como marco teórico a concepção que reconhece a importância da propriedade intelectual para o desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Direito da Propriedade Intelectual. Condutas Excludentes Unilaterais. Recusa de Contratar. Abuso de Posição Dominante.

ABSTRACT

This dissertation aims an analysis of cases in which unilateral exclusionary conducts involving intellectual property rights may configure an anticompetitive practice in accordance with the Law No. 12.529/11. In the past decades, the theme has been increasingly frequent in Antitrust and, in Brazil, the first cases of Antitrust control over such practice have been emerging. The unlawfulness of the exclusion of competitors in a certain market, due to intellectual property rights, may be not simply determined. In addition to broad rules, a characteristic of Antitrust, another challenge is the potential implications of a mistaken decision, which may jeopardize the economic and social development, a scope constitutionally guaranteed in Brazil. As a result, the proposed research passes through two successive paths. The first one lies in the study of the possibility on the Brazilian antitrust rules applicability on conducts practiced by intellectual property rights holders. The second path, once accepted such possibility of antitrust control over intellectual property, refers to a research on which criteria may support the Public Administration to verify whether the exclusionary conduct is unlawful or not. With an aim to carry out the research, it will be developed a study in a theoretical basis and an analysis of the case-law in USA, in the European Union and in Brazil, being identified, by the end of this paper, which factors have been considered by antitrust authorities, as well as challenges emerging from the issue. The dissertation presents, as a doctrinaire base, the current understanding of the main institutions related to the matter, as the constitutional and infra-constitutional objectives of the Antitrust Law in Brazil, having adopted as a theoretical framework the position which recognizes the importance of intellectual property for economic and social development.

Keywords: Antitrust Law. Intellectual Property Law. Unilateral Exclusionary Conducts. Refuses to Deal. Abuse of Dominant Position.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANFAPE	– Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças
Art.	– Artigo
c/c	– Combinado com
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CECA	– Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	– Comunidade Econômica Europeia
CPI	– Código de Propriedade Industrial
CRFB/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DPI	– Direito da Propriedade Intelectual
DoJ	– Departamento de Justiça dos EUA
FIAPs	– Fabricantes Independentes de Peças Automotivas
FRAND	– Fair, Reasonable and Non-Discriminatory
FTC	– Federal Trade Commission
INPI	– Instituto Nacional da Propriedade Industrial
MPF	– Ministério Público Federal
OCDE	– Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMPI	– Organização Mundial da Propriedade Intelectual
P&D	– Pesquisa e Desenvolvimento
PI	– Propriedade Intelectual
ProCADE	– Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE
PTO	– Patent and Trademark Office
SBDC	– Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE	– Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEP	– Standard-Essential Patent
SDE	– Secretaria de Direito Econômico
SNPC	– Serviço Nacional de Proteção de Cultivares
SG-CADE	– Superintendência-Geral do CADE
SUS	– Sistema Único de Saúde
TFUE	– Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	– União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A ORDEM ECONÔMICA NA CRFB/88 E A COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA	16
2.1 Breves considerações sobre a ordem econômica na CRFB/88: a importância dos princípios e da sua instrumentalidade para os objetivos constitucionais	16
2.2 Direito da Propriedade Intelectual: fundamentos, espécies e limites.....	18
<i>2.2.1 Pressupostos: proteger o resultado da criação para fomentar a inovação</i>	<i>19</i>
<i>2.2.2 Por que “propriedade” intelectual.....</i>	<i>24</i>
<i>2.2.3 Linhas gerais sobre o Direito da Propriedade Intelectual no Brasil</i>	<i>27</i>
2.2.3.1 Espécies de propriedade intelectual no ordenamento jurídico brasileiro	27
2.2.3.2 Limites ao Direito da Propriedade Intelectual: o que traçam os textos constitucional e infraconstitucionais.....	30
2.3 Direito da Concorrência: importância e missão no Brasil	33
<i>2.3.1 Breves considerações sobre os fundamentos do Direito da Concorrência: da Antiguidade ao Sherman Act</i>	<i>33</i>
<i>2.3.2 O escopo do Direito da Concorrência no Brasil: a conformidade ao texto constitucional e aos princípios que regem a ordem econômica.....</i>	<i>34</i>
2.4 Coexistência entre o Direito da Concorrência e o Direito da Propriedade Intelectual: a relação existente entre ambos.....	37
<i>2.4.1 Relação do Direito da Concorrência com a Propriedade Intelectual: complementaridade?</i>	<i>37</i>
<i>2.4.2 Relação do Direito da Concorrência com a Propriedade Intelectual: possibilidades de conflito.....</i>	<i>39</i>
3 PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:	
A (I)LICITUDE DA CONDOTA UNILATERAL	42
3.1 O Direito Antitruste norte-americano e a recusa de contratar em matéria de Direito da Propriedade Intelectual.....	43
<i>3.1.1 Breves considerações sobre o Direito Antitruste norte-americano: raízes, autoridades e especificidades</i>	<i>44</i>

3.1.2 <i>O polêmico debate nos EUA sobre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Intelectual</i>	46
3.1.3 <i>A experiência dos EUA sobre propriedade intelectual e antitruste: da primazia do Direito de Propriedade Intelectual à regra da razão concorrencial</i>	49
3.1.3.1 Caso Walker Process (1965): direitos de PI obtidos mediante fraude ...	53
3.1.3.2 Caso Kodak (1992): alavancagem, mercado primário e mercado secundário	54
3.1.3.3 Caso Data General (1994): primazia de direitos de propriedade intelectual.....	56
3.1.3.4 Caso Xerox (2000): reforço da primazia da propriedade intelectual.....	57
3.1.3.5 Caso Trinko (2003): mercados regulados.....	58
3.1.3.6 Caso In re DDAVP (2009): mercados verticalizados.....	60
3.1.3.7 Constatações parciais: o posicionamento dos EUA	61
3.2 Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual na União Europeia:	
a recusa de contratar como abuso de posição dominante	62
3.2.1 <i>Breves considerações sobre o Direito da Concorrência na União Europeia: as especificidades do regime jurídico do bloco</i>	63
3.2.2 <i>Concorrência e propriedade intelectual na União Europeia: possibilidade de limitação de direitos exclusivos pelas normas de defesa da concorrência</i>	66
3.2.3 <i>Caso Volvo (1988): a propriedade intelectual, isolada, não configura abuso de posição dominante</i>	67
3.2.4 <i>Caso Magill (1995): impedimento de novos produtos em mercado secundário</i>	68
3.2.5 <i>Caso Ladbroke (1997): a essencialidade do produto</i>	70
3.2.6 <i>Caso Bronner (1998): eliminação da concorrência, indispensabilidade e insubstituibilidade</i>	71
3.2.7 <i>Caso IMS Health (2004): cumulatividade de requisitos</i>	72
3.2.8 <i>Caso Microsoft (2007): um novo marco na jurisprudência europeia</i>	75
3.2.9 <i>Constatações parciais: o posicionamento da União Europeia</i>	77
3.3 Recusa de contratar, direitos de propriedade intelectual e o controle de condutas no Brasil: como tem se posicionado o CADE	78
3.3.1 <i>Os primeiros anos do CADE: abuso de direitos de propriedade intelectual no Brasil com registros extintos no Exterior</i>	79

3.3.2 <i>Caso Microsoft (2005): preços excessivos, venda casada e cláusulas abusivas</i>	80
3.3.3 <i>Caso Monsanto (2007): venda casada</i>	81
3.3.4 <i>Caso Gradiente/Cemaz e Phillips (2009): acesso à infraestrutura essencial</i> ..	82
3.3.5 <i>Caso Alcoa (2010): recusa de venda de produtos com registro de desenho industrial</i>	83
3.3.6 <i>Caso ANFAPE (2010): um marco no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</i>	84
3.3.6.1 O caso	85
3.3.6.2 A decisão pela instauração do processo administrativo: critérios de indícios de ilicitude da exploração de direito de propriedade intelectual.....	86
3.3.6.2.1 Primeiro critério: a frustração do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil	87
3.3.6.2.2. Segundo critério: monopólio no mercado com efeito <i>lock-in</i> .	88
3.3.6.2.3 Terceiro critério: ausência de fomento à inovação e desnecessidade de recuperação de custos em P&D.....	89
3.4 <i>Caso Ericsson (2015): abuso de direito de PI e patentes essenciais</i>	90
3.4.1 <i>Constatações parciais: os “sinais” emitidos pelo CADE e as perspectivas em relação ao tema</i>	92
4 REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA E OS DESAFIOS DO CONTROLE ANTITRUSTE SOBRE A CONDUTA UNILATERAL E A PROPRIEDADE INTELECTUAL	94
4.1 <i>A imperfeição do modelo de direitos de propriedade intelectual e a missão corretiva do Direito da Concorrência</i>	94
4.2 <i>A questão do remédio: qual é ou quais são a(s) pena(s) suficiente(s) e mais adequada(s) para o caso concreto?</i>	98
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	106

1 INTRODUÇÃO

A transformação econômica que o Brasil tem vivido desde o início dos anos 1990, quando as primeiras políticas de abertura da economia começaram a ser concretizadas, impactou significativamente o Direito no País. Um dos efeitos foi a verdadeira reformulação do Direito Econômico, que ganhou maior relevo no cenário nacional e passou, gradativamente, a ser mais estudado e debatido por profissionais e acadêmicos.

Com a intensificação da atividade econômica, preocupações então remotas, como efeitos anticoncorrenciais de atos de concentração, restrições verticais, cartéis nacionais e internacionais, efetividade de direitos de propriedade intelectual, entre outros, se tornaram cada vez mais frequentes. A economia brasileira adquire maior dinamismo e um ramo do Direito que se propunha a disciplinar a atividade econômica¹ deveria se adaptar às novas circunstâncias.

Nesse cenário, os desafios enfrentados pelo Direito Econômico tornaram-se cada vez maiores. Um deles consiste na polêmica relação entre o Direito da Concorrência² e o Direito da Propriedade Intelectual (DPI), objeto do presente trabalho.

Trata-se de dois ramos do Direito Econômico que devem coexistir sob a égide da ordem econômica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88³). No entanto, tal coexistência pode não se mostrar tão simples de se realizar no plano concreto.

De um lado, o Direito da Concorrência apresenta o importante escopo de reprimir e prevenir danos à concorrência, coibindo o abuso do poder econômico, protegendo o livre mercado e o consumidor⁴. De outro, o DPI confere direitos exclusivos a certos agentes

¹ Nos ensinamentos do Professor Washington Peluso Albino de Souza: “Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a disciplinação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia entre os interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica”. Na mesma linha, o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca assevera que é por intermédio do Direito Econômico que o Estado coordena a atividade econômica com vistas a manter o equilíbrio entre interesses (econômicos) públicos e privados. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 206; LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19-34.).

² No Direito norte-americano, adota-se a nomenclatura “antitruste”, ao passo que, na União Europeia, a preferência dá-se ao termo “Direito da Concorrência”. No Brasil, os termos são utilizados como sinônimos e, por essa razão, ambos serão empregados ao longo deste trabalho, sem distinção.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

⁴ “A proteção do consumidor como um dos escopos da política de defesa da concorrência tem dividido a literatura especializada. O art. 170 da CRFB/88, como será debatido, exige a coexistência de uma pluralidade de princípios no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a defesa do consumidor e a livre concorrência dois exemplos. Em termos práticos, implica asseverar que a Lei Antitruste, no Brasil, não pode ser aplicada sem a conformação dos princípios que regem a ordem econômica constitucional. A livre iniciativa e a livre concorrência mostram-se bens imediatamente tutelados pelo Antitruste, ao passo que a tutela do consumidor, embora presente, é apenas mediata. Em controle de concentrações, por exemplo, os potenciais efeitos sobre o mercado são o centro de análise da autoridade de defesa da concorrência. Mas é cediço que a redução de preços dos serviços ou bens, que nitidamente referem-se aos interesses dos consumidores, é sopesada ao julgar-se uma concentração, haja vista a

econômicos, hábeis a limitar ou até mesmo impossibilitar a atuação de outros agentes econômicos no mercado. Não é difícil perceber que os dois ramos *parecem* tutelar interesses opostos.

Diante disso, num contexto em que o Direito Econômico passa a ser aplicado com maior vigor no Brasil, situações em que o Direito Concorrencial dialoga com institutos de propriedade intelectual⁵ (PI) se tornam mais comuns; e é dever do Estado conferir aos administrados respostas a tais conflitos.

Citem-se, por exemplo, cláusulas restritivas de exploração de direitos de PI em acordos firmados entre agentes econômicos que são modificadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em procedimentos de análise de atos de concentração⁶. Ou situações em que uma concentração é aprovada pelo CADE com remédios⁷ que envolvem restrições ao uso ou à exploração de determinada PI⁸. Ainda, casos em que o agente econômico

própria disposição do inciso II do parágrafo 6º do art. 88 da Lei 12.529/11, que autoriza atos que possam repassar aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. Ao CADE não compete tutelar o interesse de consumidores *individuais*, pois para tanto tem-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Mas os impactos da infração concorrencial ou do ato de concentração a uma gama de consumidores, assim considerados como os destinatários finais, conforme a teoria finalista, devem ser ponderados. Por tal razão Paula Forgioni afirma que a “tutela da concorrência é a proteção do consumidor no atacado” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 248).

Para um aprofundamento sobre a relação entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, vide: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Recentemente, a conselheira do CADE Cristiane Alkmin, no julgamento do Ato de Concentração nº. 08700.006723/2015-21, em que votou pela reprovação da criação de uma *joint venture* entre empresas de televisão aberta, destacou que um dos objetivos do Direito da Concorrência no Brasil seria a proteção do consumidor final. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº. 08700.006723/2015-21. Reqtes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. ("SBT"), Radio e Televisão Record S.A. ("Record"), e TV Ômega Ltda. ("RedeTV!"). Rel.: Cons. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, *DOU*, 2 mar. 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cB4Ty4oXzrkF5SKWqtYs xTk968pzlUUTQaKz_FOInC6N5_cMrbrV2fnpHk1QXpZ2--sf0HM-LPdb20zIB1uaMw,,>. Acesso em: 14 mar. 2016.)

⁵ O termo “direitos de propriedade intelectual” deve ser compreendido aqui em seu sentido lato, isto é, como gênero. Como detalhado a seguir, no capítulo 2, o termo abrange uma gama de institutos específicos no Brasil, como marcas, patentes e desenhos industriais.

⁶ Por exemplo, em janeiro de 2014, o CADE aprovou, com restrições, contrato de licenciamento de cultivares entre a Monsanto e a Bayer. Diversas cláusulas foram ajustadas pela autarquia em razão de seus efeitos anticoncorrenciais. Para detalhes, vide: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração 08700.004957/2013-72*. Relator: Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis. Brasília, Distrito Federal, 28 jan. 2014.

⁷ O uso da expressão “remédios” justifica-se pela tradução literal de *remedies*, em inglês, sendo o vocábulo comumente empregado pela literatura antitruste estrangeira para se referir a medidas aplicadas por autoridades de defesa da concorrência, direcionadas a aprovar atos de concentração ou a coibir distorções no ambiente concorrencial provocadas por infrações. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

⁸ Vide, por exemplo, o Caso Kolynos-Colgate, que se tornou um dos mais famosos no Brasil sobre o tema. Na oportunidade, o CADE impôs como remédio, em ato de concentração julgado em 1996, a abstenção do uso da marca “Kolynos” no Brasil por um período de tempo. (SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003.).

explora a PI de forma *abusiva*, podendo a conduta unilateral ser enquadrada como infração à ordem econômica, passível de sanção administrativa pelo CADE.

As situações apresentadas acima são ilustrativas de como as normas do Direito Concorrencial incidem paralelamente ao DPI. Nesse diapasão, com o fito de delimitar o objeto do presente trabalho, pretende-se analisar a última hipótese do parágrafo anterior, isto é, *debater casos de condutas unilaterais de supostos abusos de PI que podem ser configuradas infrações concorrenciais*⁹.

Dessa forma, o controle de estruturas¹⁰ e as chamadas condutas colusivas¹¹, embora possam apresentar aspectos afetos ao DPI, não serão foco de estudo neste texto. No entanto, a delimitação desta dissertação não implica a desconsideração da literatura existente acerca de atos de concentração ou de colusões. Em realidade, como será verificado, as preocupações concorrenciais decorrentes de tais situações auxiliam o estudo das condutas unilaterais.

Por sua vez, as condutas unilaterais são tradicionalmente abordadas com cautela no Direito da Concorrência, haja vista a dificuldade de apurar-se a ilicitude no caso concreto¹². Tratando-se de exploração, ainda que supostamente abusiva, de um direito de PI, o cuidado deve ser ainda maior se se considerar que o direito de propriedade, seja esta intelectual ou material, é constitucionalmente assegurado como direito fundamental¹³. A tutela constitucional da PI está intrinsecamente ligada à contribuição dos direitos exclusivos para o desenvolvimento nacional, que será abordado nesta dissertação como marco teórico.

Os desafios do tema iniciam-se com o fato de a legislação infraconstitucional (a Lei nº 12.529/11¹⁴) não detalhar em que medida titulares de DPI podem unilateralmente incorrer em

⁹ Um levantamento completo e atualizado sobre a jurisprudência recente do CADE em matéria de PI pode ser verificado em: CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. *An Overview of CADE's Recent Jurisprudence Regarding Intellectual Property*, World Intellectual Property Organization, dez. 2014. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/wipo_cedin.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁰ Para uma análise detalhada sobre o “controle de estruturas” pelo Direito da Concorrência, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹ Condutas colusivas são atribuíveis a, pelo menos, dois agentes econômicos, traduzindo-se em acordos, decisão de associações, práticas concertadas ou práticas orquestradas que se enquadram no termo “atos” do art. 36 da Lei nº 12.529/11. (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 333.).

¹² AZEVEDO, Paulo Furquim. *Restrições verticais e defesa da concorrência*. Brasília, 2015. Palestra proferida na 35ª Edição do Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 26 jan. 2015.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.).

¹⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

infrações à ordem econômica. Os termos abstratos da norma antitruste tornam a aplicação do Direito ainda mais árdua.

A dificuldade reflete na própria experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sobre o assunto. Poucos foram os casos levados ao CADE e, com raras exceções, como o Caso ANFAPE (Averiguação Preliminar de nº 08012.002673/2007-51¹⁵, hoje convertida em processo administrativo), o arquivamento tem sido o desfecho comum.

Por tais fatores, este trabalho apresenta como objetivo examinar as hipóteses em que a exploração de um direito de PI, como conduta unilateral, pode ser enquadrada como ilícito concorrencial, à luz da lei de defesa da concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/11. De modo mais preciso, visa-se investigar quais critérios podem auxiliar a determinação da ilicitude concorrencial de tais condutas.

Para tanto, é imprescindível abordar os fundamentos constitucionais e juseconômicos do DPI e do Direito da Concorrência no Brasil, a fim de verificar como os dois ramos do Direito Econômico convivem sob a égide da ordem econômica na CRFB/88. A partir deste ponto inicial, visa-se explicitar a relação existente entre tais ramos, se de conflito ou de complementaridade. Esse será o objeto do capítulo 2 do presente trabalho.

Com base nos fundamentos legais para a aplicação do antitruste em casos de exploração de DPI, o capítulo 3 se debruça sobre os critérios que podem auxiliar o aplicador do Direito na aferição da ilicitude concorrencial da conduta unilateral consistente no exercício de direitos de PI. Para tanto, fundamental a análise da sistemática da lei de defesa da concorrência e da figura do abuso de direito no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, considerando a abstração de determinados conceitos jurídicos contidos nas normas aplicáveis e do próprio entendimento doutrinário a respeito, o estudo da jurisprudência sobre o tema mostrar-se-á essencial, de modo que um breve estudo de casos será apresentado no capítulo 3.

No que se refere à jurisprudência, duas observações fazem-se pertinentes.

Em primeiro lugar, a experiência brasileira sobre o tema ainda é incipiente, de modo que a jurisprudência administrativa do CADE será trazida à reflexão, considerando que o Judiciário brasileiro ainda não foi instado a apreciar o tipo de caso a ser debatido nesta dissertação.

Em segundo lugar, diante dos poucos casos levados ao crivo do CADE sobre a matéria, o Direito comparado mostra-se essencial. As experiências norte-americana e europeia tornam-se, nesse sentido, fontes importantes para o presente trabalho.

¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010.

Com base nas conclusões parciais dos primeiros capítulos, o capítulo 4 traz reflexões acerca dos desafios do controle antitruste sobre condutas unilaterais em matéria de DPI. Serão abordados os limites de atuação do CADE e a relevância do tema para um país em desenvolvimento como o Brasil.

Por fim, o capítulo 5 conclui o presente trabalho com a elucidação da relação entre o Direito da Concorrência e o DPI, destacando-se, a partir de critérios identificados pelas jurisprudências nacional e internacional, em quais situações o Antitruste pode e deve ser aplicado para coibir condutas unilaterais abusivas em matéria de PI.

2 A ORDEM ECONÔMICA NA CRFB/88 E A COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O desenvolvimento econômico representa um dos escopos principais dos Estados capitalistas. A fim de alcançá-lo, são definidas políticas para assegurar aos agentes econômicos¹⁶ substratos e incentivos às suas atividades. No Brasil, como em outros Estados Democráticos de Direito, tais políticas encontram guarida na Constituição, que elege princípios gerais norteadores do exercício da atividade econômica.

No campo prático, tem-se que dois elementos são intrínsecos para o empreendedor: a inovação, verdadeira estratégia para aumentar a participação no mercado, e a liderança, posição em que os retornos financeiros podem ser potencializados. O primeiro elemento remete ao Direito da Propriedade Intelectual e o segundo ao Direito da Concorrência. Ambos devem coexistir sob a sistemática da CRFB/88, tema do presente capítulo.

2.1 Breves considerações sobre a ordem econômica na CRFB/88: a importância dos princípios e da sua instrumentalidade para os objetivos constitucionais

A CRFB/88 reserva um título específico para a chamada ordem econômica, o Título VII, introduzindo um “conjunto de normas que define institucionalmente um determinado modo de produção econômica”, conforme o conceito de Eros Roberto Grau¹⁷. Já no primeiro capítulo do Título VIII, o texto constitucional apresenta os princípios gerais da atividade econômica, como a propriedade privada (inciso II), que também constitui direito fundamental previsto no art. 5º, incisos XXII e XXIX, da CRFB/88, a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V).

¹⁶ Na literatura antitruste, o termo “agentes econômicos” designa, de forma ampla, entidades que tomam decisões e realizam operações econômicas. A mesma amplitude pode ser identificada na dicção do art. 31 da Lei nº 12.529/11: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.)

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 53.

Assim, uma série de princípios gerais devem nortear a atividade econômica no Brasil. Juntos, eles compõem a “ideologia constitucionalmente adotada”, de acordo com as lições do Professor Washington Peluso Albino de Souza:

Nesse sentido se define o correto significado da expressão que cunhamos como “ideologia constitucionalmente adotada”, pela qual o que se deve entender por “ideologia”, no texto constitucional, é o conjunto de princípios ideológicos que ali estão consignados. Toma-se, para tanto, a Constituição, como a lei política por excelência. Pode-se considerar na Constituição a ideologia, in generi. Porém, quando a tomamos como aplicada à realidade de um país, nela se inserem os fundamentos do Direito Positivo correspondente. Uma vez ali incluídos, exprimem a ideologia que se desejou adotar, indiferente aos “modelos puros” das ideologias teoricamente descritas.¹⁸

Em que pese o esforço do legislador constituinte em eleger sistematicamente os princípios que devem nortear a ordem econômica brasileira, é possível perceber que podem se mostrar contraditórios no plano concreto, na medida em que, por exemplo, uns aproximam-se mais do modelo neoliberal que outros¹⁹. Dessa circunstância não decorre, contudo, que o efeito seja a insegurança jurídica.

De acordo com Robert Alexy, os princípios são mandados de otimização porquanto “[...] ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas”; possibilidades estas determinadas tanto por regras²⁰ quanto por princípios” (tradução nossa)²¹. Em outros termos, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, sendo determinantes, para tanto, as regras e os princípios opostos.

Neste ponto, é possível que os princípios colidem. A colisão pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que certo princípio determina a proibição de algo que é, de acordo com outro princípio, permitido. Na aplicação do Direito, um dos princípios deverá ceder, o que não implica a invalidade de um deles nem exige a positivação de uma cláusula de exceção. Sob certas condições, um dos princípios terá precedência diante de outro.²²

É interessante observar que, tratando-se de um modelo de Estado Democrático de Direito, colidências principiológicas revelam-se característica fundamental da sociedade²³. Por

¹⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 177.

¹⁹ *Id. Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 52.

²⁰ Para Alexy, se os princípios funcionam como mandados de otimização, as regras comportam-se como mandados definitivos.

²¹ No original: “[...] ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fáticas”. (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 208.).

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-34.

²³ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, ano 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999. p. 191.

tal razão, a ideologia constitucionalmente adotada pelo art. 170 mostra-se mista ao combinar princípios mais e menos liberais. Certa “ambiguidade” lhe é elemento essencial, componente do todo orgânico da Constituição, esclarece o Professor Washington Albino²⁴.

O que orienta a gama de princípios do art. 170 da CRFB/88 são os fins a que se destinam: assegurar a todos existência digna, nos termos do *caput* do art. 170, e, cite-se, garantir o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República conforme o art. 3º, ambos da CRFB/88. Em termos específicos, entre os princípios da ordem econômica, o da garantia da propriedade privada, além de afetado pela própria função social, pela leitura dos incisos II e III do art. 170, subordina a exploração da propriedade aos ditames da justiça social, transformando-o em um verdadeiro instrumento para possibilitar a todos existência digna²⁵. Na mesma linha, Paula Forgioni esclarece que “os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana”, de modo que a CRFB/88, “em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado”²⁶.

Com efeito, a instrumentalidade dos princípios representa elemento essencial para, no plano concreto, compatibilizá-los à luz da ordem econômica constitucional. O mesmo ocorre com relação ao DPI, não havendo contraposição entre o direito individual garantido pelo art. 5º, inciso XXIX, e a repressão ao abuso do poder econômico determinada pelo art. 173, § 4º. Conforme resume Bárbara Rosenberg, uma interpretação sistemática da CRFB/88 leva à conclusão de que há, entre o art. 5º e o art. 173, uma comunhão de escopos²⁷.

No plano infraconstitucional, contudo, cada ramo do Direito pode se comportar de modo relativamente independente, com bens jurídicos e regras específicas. Neste cenário encontram-se o DPI e o Direito da Concorrência, tema de análise a seguir.

2.2 Direito da Propriedade Intelectual: fundamentos, espécies e limites

A propriedade intelectual compreende, de acordo com o art. 2º da Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967:

²⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 380.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 257.

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 187.

²⁷ ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. In: ZANOTTA, Pedro. BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189. p. 175.

[...] os direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.²⁸

Inicialmente, cumpre abordar quais seriam os pressupostos jusconômicos que justificam a tutela, pelo Direito, da propriedade intelectual. Em seguida, serão trazidas algumas reflexões acerca do instituto da propriedade em relação ao tema, selecionando, também, normas brasileiras de modo a identificar em que medida o texto legal ampara tais pressupostos.

2.2.1 Pressupostos: proteger o resultado da criação para fomentar a inovação

O sistema capitalista apresenta dois aspectos que lhe conferem um caráter constante de renovação: a liderança e a inovação. Ambos têm o condão de estimular o homem a aprimorar suas atividades. São a força motriz do sistema e aquilo que move o ser humano²⁹.

Todos querem liderar, alcançar o primeiro lugar, conquistar a vitória por aquilo em que acreditam ou pelo que trabalharam. Ao mesmo tempo, o ser humano possui uma vontade incessante pelo novo, por tudo aquilo que pode lhe facilitar a vida ou torná-la mais confortável. Com o tempo, o homem percebeu que a inovação também pode lhe ajudar a liderar.

Em um mercado competitivo, diversas são as estratégias que os agentes adotam para diferenciar seu produto³⁰ daquele oferecido por concorrentes, com vistas a atrair ou até mesmo fidelizar o consumidor. Uma das mais importantes é, sem dúvida, o investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) para conferir qualidade e utilidade ao insumo ofertado.

Com a inovação, tem-se produtos diferenciados, o que possibilita ao consumidor escolher um agente em detrimento de outro. Também serve a inovação como instrumento de apropriação de lucros superiores pelo agente que é “escolhido”; a competição imperfeita³¹.

Em termos econômicos, investe-se no produto para que este possa propiciar maiores ganhos financeiros àquele que dedicou recursos ao seu desenvolvimento ou aprimoramento.

²⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual*. Assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967 e modificada em 2 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/10/Convenção%20da%20OMPI.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

²⁹ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 21.

³⁰ No presente trabalho, o termo “produto” engloba produtos e serviços.

³¹ LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, desenvolvimento e a propriedade intelectual*. São Paulo: Editorama, 2010.

Com uma receita maior, o empreendedor tem mais condições de manter investimentos ou voltar a investir em P&D – o que se convencionou denominar manutenção do fluxo de investimentos. De forma relativamente contínua, o agente estaria agregando maior valor aos bens por ele comercializados, elevando seus ganhos, mas também promovendo avanços tecnológicos na sociedade.

Tal ideia é basilar, própria ao sistema capitalista, viabilizando o desenvolvimento econômico. Nessa seara, Karl Marx teria sido, de acordo com Fábio Konder Comparato³², o primeiro a perceber que apropriar-se do saber tecnológico representou a grande transformação, na medida em que a burguesia o tornou o principal fator de produção.

O “saber” representa verdadeiro fator de produção, dotado de alto valor econômico. Com a tecnologia, viabiliza-se a inovação e, assim, o desenvolvimento econômico. A busca pela novidade representa um motor próprio do sistema capitalista, em que os agentes investem maciçamente em P&D para alcançar posição estratégica no mercado.

Para Joseph Schumpeter, esse processo constitui verdadeira *destruição criadora*, com novos bens de consumo, novos métodos de produção, novos mercados e novas formas de organização industrial criadas pelo empreendedor, que coloca e mantém em funcionamento a máquina capitalista. Trata-se de novidades que revolucionam “[...] a estrutura econômica a partir de *dentro*, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Este processo de destruição criadora é básico para entender o capitalismo”, resume Schumpeter, para quem o capitalismo é constituído por essa destruição criadora, à qual deve toda empresa capitalista se adaptar³³.

Assim, a ideia da inovação é própria do ambiente competitivo da economia capitalista. Contudo, deve-se considerar que a natureza do resultado da inovação é imaterial: uma tecnologia, um desenho, um enredo literário e até mesmo uma marca. A partir dessa constatação surgem complicações, pois se investe no desenvolvimento de produtos que, por conterem elementos intangíveis, podem ser facilmente copiados³⁴.

³² COMPARATO, Fábio Konder. Dignidade do ser humano - liberdade e justiça. Trabalho apresentado na III Conferência Internacional de Direitos Humanos, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, realizado entre 16 e 18 de agosto de 2006, em Teresina, Piauí. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/news/mundo/19-08-2006/12408-dirhum-0/>>. Acesso em 21 set. 2013.

³³ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Cap. 7. p. 110.

³⁴ O amplo acesso aos bens imateriais não implica que todos os indivíduos de uma dada sociedade possuem condições econômicas de usufruírem de determinado produto. Tal amplitude versa sobre um efeito adjacente à natureza desses produtos: uma vez adquirido certo utensílio fruto de uma nova tecnologia, é possível ter acesso à mesma por técnicas de engenharia reversa, por exemplo. Em seguida, informações sobre a tecnologia podem ser transmitidas livremente, sem que o aludido utensílio deva ser transmitido em conjunto.

Nesse contexto, o conhecimento, em regra, pode ser caracterizado do ponto de vista econômico como não exclusivo, não rival e cumulativo³⁵. A não exclusividade representa uma externalidade positiva³⁶ do saber, que é “aberto”, pois aquele que o produz nem sempre tem condições de controlar suas modalidades de apropriação. Por outro lado, a não rivalidade decorre do fato de que a exploração do conhecimento por um indivíduo não impede totalmente que outro também o explore. E, por fim, a concepção da cumulatividade informa que, para se produzir mais conhecimento, é imprescindível haver certo “estoque inicial”.

Dadas essas características, o retorno financeiro almejado pelo investidor pode ser comprometido. Se outros agentes, chamados usualmente de *free riders* (caronas), apresentarem condições³⁷ de angariar para si a tecnologia ou a informação obtida por outrem, sem prévio investimento em P&D, a margem de lucro daquele que esforçou recursos em P&D será indubitavelmente comprometida.

A prática do “carona” é bem ilustrada por Kevin Outterson, da Universidade de Boston³⁸. O termo remete à situação de um passageiro tomando um ônibus sem pagar pela passagem³⁹. Mas o *free riding* não se limita a bens tangíveis e serviços⁴⁰. A prática pode ocorrer com certa frequência sobre a propriedade intelectual em função da não exclusividade e da não rivalidade, a exemplo do *download* ilegal de músicas pela *internet*.

O oportunismo também é possível por parte dos concorrentes, comprometendo a margem de lucro inicialmente planejada pelo investidor. Suponha-se que um agente invista em

³⁵ HERSCOVICI, Alain. *Direitos de Propriedade intelectual, novas formas concorrenciais e externalidades de redes*. Uma análise a partir da contribuição de Williamson. Universidade Federal do Espírito Santo, Programa de Pós-Graduação em Economia. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2309.pdf>> Acesso em 23 set. 2013.

³⁶ A ideia da externalidade positiva informa que terceiros auferem benefícios com a atividade de outrem sem, em contrapartida, concorrerem para tal atividade, isto é, sem um esforço comum.

³⁷ Nem sempre, contudo, a prática do *free rider* é possível. Cite-se situações em que, por motivos fáticos, a tecnologia ou a informação não pode ser obtida por terceiros (por exemplo a insuficiência da engenharia reversa em casos específicos).

³⁸ OUTTERSON, Kevin. Fair followers: Expandindo o Acesso a Medicamentos Genéricos para a População de Baixa e Média Rendas. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Cap. 2. p. 134-152. p. 134.

³⁹ Embora a literalidade nos induza a imaginar a figura de um passageiro que não pagou pela passagem, o *free rider*, na PI, nem sempre é um agente que usufrui de determinado produto gratuitamente. Algum custo, ainda que significativamente menor ao da P&D incorrido pelo inventor-criador, muitas vezes é arcado pelo carona, como os custos operacionais de replicação de um produto patenteado.

⁴⁰ Em sentido lato, a prática de *free riding* pode ocorrer sempre que benefícios sejam auferidos sem que se incorra nos custos de produção ou desenvolvimento. A “carona” em casos envolvendo propriedade intelectual é apenas um exemplo de como o *free riding* pode ocorrer. Cite-se, ainda sobre o Direito da Concorrência, a tradicional teoria do *free rider* desenvolvida pelo economista Lester Telser, da Escola de Chicago, para justificar a legalidade de restrições verticais. (LAO, Marina. Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance. In: PITOFISKY, Robert (Ed.). *How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis On U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1024221>>. Acesso em: 20 set. 2015.).

uma tecnologia que, por suas características específicas, tem altos custos de desenvolvimento e é facilmente copiada. O concorrente pode apropriar-se de tal tecnologia, reduzindo as margens de retorno daquele primeiro investidor. O mercado acaba tornando-se insuficiente para garantir a manutenção do fluxo de investimentos. Em última análise, quem não investe em P&D pode auferir os maiores retornos financeiros, desestimulando investimentos em inovação⁴¹. Com o comportamento do *free rider*, perder-se-ia participação no mercado, pois os concorrentes podem oferecer o produto, ou similar, por um preço mais acessível, já que não têm que embutir, no preço final, os custos de investimento em P&D.

A indagação que surge nesse contexto é: deve-se proteger os bens do intelecto e, em caso afirmativo, por quê?

Ao longo do século XIX, constatou-se um verdadeiro antagonismo entre protecionistas e defensores do livre comércio, divergindo os economistas sobre a necessidade de conferir direitos especiais aos inventores⁴². Era necessário embasar a patente⁴³ não como um monopólio concedido pelo Estado, mas como um direito do inventor e, por isso, diversas foram as teorias criadas para tanto.

Bernt Hugenholtz enumera cinco prismas que fundamentariam o direito da propriedade intelectual:

- a) o argumento da personalidade - o trabalho autoral carrega a marca pessoal de seu criador; direito autoral (direito do autor) é uma espécie do direito da personalidade;
- b) a razão jusnaturalista - o direito da propriedade intelectual reflete a noção de justiça natural, pois não é criado pela lei, mas sempre existiu na moral jurídica do homem;
- c) o argumento econômico - a proteção aos direitos de propriedade intelectual promove a eficiência econômica ao otimizar a alocação de recursos escassos por meio de mecanismos de alocação de preços;
- d) razões sociais e culturais - os direitos de propriedade intelectual são incentivos para se criar e disseminar obras que servem a um propósito social ou cultural;
- e) a liberdade de expressão - tais direitos libertam os criadores dos mecenas, do Estado ou de subsídios para poderem existir (tradução nossa⁴⁴).

⁴¹ BARBOSA, Denis. *A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure*. 2002. Disponível em: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.denisbarbosa.addr.com%2Farquivos%2Fapostilas%2F32.doc&ei=dJGLU8jmFY6ysAStxIH4CA&usq=AFQjCNGkPQ6VcHoPdFizwFjELf6K5CLYFg&sig2=_xnZhjvdbdlab7nyIne1Q&bvm=bv.67720277,d.cWc>. Acesso em: 18 maio 2014.

⁴² MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *The Journal of Economic History*, v. 10, n. 1, p. 1-29, May 1950. Disponível em: <<http://c4sif.org/wp-content/uploads/2010/09/Machlup-Penrose-The-Patent-Controversy-in-the-Nineteenth-Century-1950-b.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 7-8.

⁴³ A expressão “patentes” era largamente empregada na Europa durante o século XIX, quando leis de patentes foram editadas em diversos países, em que pese, hoje, a propriedade intelectual compreenda diversos outros direitos além do patentário, conforme será discutido nesta dissertação.

⁴⁴ No original: “a) The ‘personality’ argument: the work of authorship bears the personal imprint of its maker; copyright (‘author’s right’) is a species of a right of personality. b) The ‘natural law’ rationale: copyright reflects notions of natural justice. ‘Author’s rights are not created by law but always existed in the legal consciousness of man’. c) Economic arguments: copyright protection promotes economic efficiency, by optimizing the

Contudo, preponderou a teoria do incentivo à inovação. De acordo com Mark Lemley⁴⁵, como os ideais são bens públicos (e difíceis de controlar), a cópia e a livre utilização são facilitadas caso outros indivíduos não sejam privados do uso. Contudo, esses mesmos ideais demandam tempo e dinheiro para serem desenvolvidos, dificultando a recuperação dos investimentos na criação. Sem a PI, a maioria dos agentes provavelmente optaria por copiar ideias, em vez de criá-las, de forma que poucas e ineficientes novas ideias seriam criadas.

O ponto central da teoria da inovação é que, se se admitir que a redução da perspectiva de retorno financeiro do agente-investidor é efeito da não exclusividade do bem intangível, não seria surpresa a constatação de que a P&D tornar-se-ia menos atrativa. Em outros termos, inovar deixaria de ser lucrativo, e a estagnação tecnológica seria uma consequência direta.

Desse modo, a disponibilidade dos bens intangíveis pode criar uma verdadeira externalidade negativa na medida em que a sociedade, em uma perspectiva difusa, pode ser prejudicada⁴⁶. Em última *ratio*, o desenvolvimento econômico estaria comprometido.

Diante desse quadro, percebeu-se a necessidade de tornar o resultado da inovação um bem passível de tutela específica, estimulando investimentos e coibindo a prática do “carona”. É necessário “corrigir as falhas de mercado geradas pelas propriedades específicas da informação (bem não exclusivo e não rival), favorecendo assim a inovação e a promoção de seu uso por um número maior de pessoas”, resume Paulo Brancher⁴⁷.

Nesse diapasão, dada a própria relevância, o problema alcança o mundo jurídico, e a forma que o Estado encontra para estimular e proteger as inovações dá-se pelo Direito. Mais especificamente, criou-se o instituto da propriedade intelectual.

allocation of scarce resources through the pricing system. d) Social and cultural rationales: copyright acts as an incentive to create and disseminate works that serve a valuable social or cultural purpose. e) The freedom of expression rationale: copyright makes creators independent of Maecenas, State or subsidy; copyright is the proverbial ‘engine of free expression’.” (HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The great copyright robbery*. Rights allocation in a digital environment. Conference, NYU School of Law, mar. 2000. Disponível em: <<http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/thegreatcopyrightrobbery.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2013. p. 1.).

⁴⁵ LEMLEY, Mark A. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. *University Chicago Law Review*, v. 71, p. 1-66, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=494424>>. Acesso em: 18 maio 2014. p. 1.

⁴⁶ A questão é tradicionalmente ilustrada pela Tragédia dos Comuns, que será abordada adiante.

⁴⁷ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual*: da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo: Singular, 2010. p. 41.

2.2.2 Por que “propriedade” intelectual

Como visto, a necessidade de o Direito abarcar o resultado do processo criativo é premente na economia capitalista. As primeiras dúvidas que surgem, nesse contexto, dizem respeito ao instituto jurídico mais adequado para tal fim.

Estudiosos da Escola de Chicago⁴⁸ dedicaram-se ao tema e, no movimento que ficou conhecido como *Law and Economics*, aplicaram a teoria econômica não só para fundamentar o direito de propriedade, em sentido lato, como também a propriedade intelectual⁴⁹. Com base nos fundamentos teóricos do direito de propriedade⁵⁰, elegeram-se o mesmo para tutelar, também, os produtos do intelecto, tão caros ao desenvolvimento econômico.

Esses fundamentos referem-se ordinariamente à ideia de que conferir direitos de propriedade é conferir direitos sobre bens escassos, visando internalizar ou minimizar as externalidades negativas provenientes do acesso irrestrito por qualquer indivíduo. Portanto, trata-se de um direito que abarca dois aspectos: um de escassez e outro de externalidade; ambos presentes nos ativos intelectuais, como visto.

Acerca do primeiro aspecto, a instituição de direitos de propriedade visa criar limites para que bens (escassos) não se deteriore. Sobre o tema, o típico exemplo da Tragédia dos Comuns ilustra os efeitos nefastos da liberdade do espaço comum⁵¹.

⁴⁸ A Escola de Chicago reúne uma série de importantes estudiosos do Direito, que se dedicaram a aproximá-lo da Ciência Econômica desde a primeira metade do século XX, como Henry Simons, Ronald Coase, Milton Friedman, George Stigler, Gary Becker e Richard Posner. Para detalhes do movimento da Escola de Chicago, vide: MEDEMA, Steven. *Chicago Law and Economics*. Denver, June 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

⁴⁹ No entanto, não havia consenso entre os próprios expoentes da Escola do Chicago. Posner, por exemplo, teria rejeitado a extensão dos fundamentos econômicos da propriedade tangível à propriedade intelectual, como ressalta Jorge Luiz de Brito Júnior. *Interface entre a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência no Brasil*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-17032015-134535/publico/JLBDISSERTACAO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 50.

⁵⁰ Interessante observar que, histórica e primariamente, a vinculação de patentes à ideia de um direito de propriedade foi mais uma solução retórica que um embasamento teórico-jurídico, conforme narra Jorge Luiz de Brito Júnior em dissertação elaborada sobre o tema: “É importante que se tenha claro que a formulação de teorias com base no Direito Natural e a adoção do termo *propriedade* em si foi uma estratégia retórica adotada de forma deliberada. O CHEVALIER STANISLAS DE BOUFFLERS, relator do projeto de lei de patentes submetido à Assembleia, sabia que o ‘*espírito de seu tempo era totalmente inspirado pela liberdade e pela igualdade e contra privilégios e monopólios de todo gênero*’. Assim, não havia nenhuma esperança de salvar a instituição dos privilégios de patentes, senão por meio de uma teoria que soasse aceitável. Assim, de acordo com o economista liberal alemão HERMANN RENTZSCH, de BOUFFLERS e seus aliados, em deliberada insinceridade, ‘*construíram a teoria artificial de direitos de propriedade dos inventores*’, como parte dos direitos do homem. De BOUFFLERS, obviamente, sabia que, como um *privilégio* de monopólio, as patentes de invenções teriam sido rejeitadas, e, ainda que aprovadas, teriam caído em descrédito com o público. Como direitos naturais de propriedade, eles seriam aceitos e respeitados. Essa análise do pensamento popular provou-se correta”. (*Ibid.*, p. 29.).

⁵¹ HARDIN, Garret. The tragedy of commons. *Science Magazine*, v. 162, p. 1243-1248, 1968.

Na Tragédia dos Comuns, é demonstrado o ímpeto destruidor de pastores que tendem a, naturalmente, aumentar o número do rebanho em um espaço comum. A utilidade positiva proveniente de um animal acrescido é apenas do pastor, ao passo que a utilidade negativa (redução adicional do pasto criada por mais um animal) é compartilhada entre todos os pastores. Racionalmente, é de se esperar que todos aumentem o rebanho, o que culmina em suas ruínas. Nesse ponto residiria a importância de se instituir direitos de propriedade sobre as terras dos rebanhos.

Não obstante, como se pôde expor anteriormente, dadas as características de não exclusividade e não rivalidade dos produtos do intelecto, não seria factível admitir que se trata de bens, *por natureza*, escassos. Porém, é socialmente interessante que assim sejam considerados, a fim de que o investidor seja estimulado a envidar esforços em P&D.

Em razão disso, tais bens *podem se tornar* escassos. E o Direito pode conferir o *status* de escassez a determinado ativo intelectual, como sublinha Paulo Brancher⁵², por meio do instituto do direito de propriedade.

No tocante ao segundo aspecto, o da externalidade negativa, o raciocínio trazido pela Tragédia dos Comuns se mostra novamente relevante. Pela instituição de direito de propriedade sobre as terras, os efeitos adversos do uso comum, as externalidades negativas são *internalizadas*. Ao proprietário, e não à coletividade como um todo, cabe arcar com os danos que provoca sobre o seu bem – o que previne, a princípio, a deterioração das terras. Em contrapartida, apenas a ele cabe a exploração econômica do imóvel.

No caso de bens intangíveis, a lógica difere um pouco. A externalidade negativa da ausência de qualquer direito de propriedade seria a estagnação, a falta de produção de novas obras e novas tecnologias, a perda de estímulos para a P&D. Toda a sociedade arcaria com esses efeitos laterais, comprometendo o desenvolvimento econômico, como já exposto.

Internalizar essa externalidade não significa que o proprietário deva arcar com os danos, como na Tragédia dos Comuns⁵³. Em realidade, o agente será titular de um direito exclusivo, potencializando a expectativa de lucratividade. E isso ocorre porque o objetivo principal na proteção do ativo intelectual, com vistas a maximizar o bem-estar social, é excluir terceiros. Aqui reside importante fundamento que confere o direito da propriedade aos ativos

⁵² BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 40.

⁵³ Para Lemley, praticamente todas as externalidades da propriedade intelectual são positivas, e não negativas, de modo que a tradicional justificativa econômica para um direito de propriedade não poderia ser aplicada sem as devidas ressalvas. (LEMLEY, Mark. Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1.031-1.089, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=582602>>. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 1.032.).

intelectuais. Afinal, o direito da propriedade é um direito excludente que afeta a própria liberdade do ser humano (terceiros não inventores).

Em outros termos, instaurar direitos de propriedade intelectual possibilitaria margens de retorno que compensariam os investimentos realizados em P&D. Por isso, o Direito passa a estabelecer um sistema de direitos exclusivos, temporários e transferíveis, “funcionando como mecanismo de incentivo à criação intelectual, conferindo segurança jurídica aos investimentos empresariais necessários para o desenvolvimento tecnológico”⁵⁴.

Todavia, como visto, os produtos do intelecto também apresentam externalidade positiva. Em se tratando de saberes abertos⁵⁵, na ausência de direitos exclusivos, diferentes agentes podem apropriar-se do conhecimento livremente, sejam eles concorrentes ou consumidores. Disseminar-se-ia a informação em benefício de toda a coletividade. De certa forma, haveria ganhos para o bem-estar social.

A coexistência de externalidades negativas e positivas demonstra a dificuldade de se optar pelos direitos de propriedade no momento da tutela aos produtos do intelecto, tanto que importantes autores se opõem à ideia de *propriedade* intelectual, como Richard Posner em obra conjunta com William Landes, para os quais, apesar de reconhecer que há importantes razões econômicas “[...] a favor da criação de direitos de propriedade sobre invenções, também há consideráveis custos sociais e se os benefícios excedem os custos é impossível responder com confiança baseado no conhecimento atual” (tradução nossa⁵⁶).

A despeito das dúvidas acerca da efetividade da proteção dos bens do intelecto por intermédio do DPI, cumpre ressaltar – e tal constatação é essencial para a análise do antitruste em casos de PI, como será abordado adiante – que o reconhecimento de direitos exclusivos é, em ambos os elementos de escassez e externalidade, precipuamente relacionado ao imperativo de que o Direito regula a matéria com vistas a propiciar constantes fluxos de investimento em P&D. Em outros termos, o fundamento jurídico do DPI está intrinsecamente ligado a seu fundamento econômico, isto é, direitos de PI se justificam na medida em que podem propiciar o desenvolvimento econômico de um país.

⁵⁴ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 43.

⁵⁵ O agente que produz o conhecimento não tem condições de controlar plenamente as modalidades de apropriação deste conhecimento. Para maiores detalhes, vide: FORAY, Dominique. *L'économie de la connaissance*. Paris: La Découverte, 2000.

⁵⁶ No original: “Although there are powerful economic reasons in favor of creating property rights in inventions, there are also considerable social costs and whether the benefits exceed the costs is impossible to answer with confidence on the basis of present knowledge.” (LANDES, William; POSNER, Richard. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 311.).

O conceito de monopólio legal⁵⁷ conferido pelo Estado e que acompanha a sistemática do DPI implica, necessariamente, ponderar sua função social. De um lado se encontram as externalidades positivas das invenções humanas, que devem auxiliar o desenvolvimento tecnológico e trazer o bem-estar social. De outro, as externalidades negativas do próprio mercado, como abordado acima, que podem comprometer o desenvolvimento econômico.

Cabe ao Estado sopesar tais fatores. Na hipótese de as externalidades negativas exercerem papel preponderante, argumento central sustentado pela teoria da inovação, o Estado deve “internalizá-las” por meio da instituição de direitos de PI. Todavia, se ainda assim o almejado bem-estar social não for alcançado, também é dever do Estado promover ajustes, o que pode ocorrer tanto pelas normas da propriedade intelectual quanto do antitruste.

2.2.3 Linhas gerais sobre o Direito da Propriedade Intelectual no Brasil

Para uma análise acerca do diálogo entre o DPI e o Direito da Concorrência, mister compreender como o Direito brasileiro positivou a proteção à propriedade intelectual. Releva identificar, outrossim, como as normas vigentes asseguram direitos de propriedade intelectual tendo em vista o escopo desenvolvimentista abordado anteriormente.

2.2.3.1 Espécies de propriedade intelectual no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme já explicitado, a CRFB/88 consagra o DPI já em seu art. 5º, inciso XXIX⁵⁸. A proteção da propriedade privada e a função social da propriedade, atinentes também à propriedade intelectual⁵⁹, são princípios norteadores da ordem econômica, consoante o art. 170.

⁵⁷ O emprego de tal expressão deve acompanhar a ponderação de que, como ensina Calixto Salomão Filho, “já vai longe o tempo em que se acreditava que marcas e patentes conferiam verdadeiro monopólio no sentido econômico. Em um mundo que se sofisticava e se especializa, as marcas e patentes nem sempre conferem poder no mercado... Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 133.).

⁵⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; [...]” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.).

⁵⁹ Interessante notar que o Departamento de Justiça e a Federal Trade Commission dos EUA resumem que “o DPI confere aos titulares... direitos de excluir terceiros. Esses direitos ajudam os titulares a lucrar com o uso de sua propriedade. Os direitos de um titular de propriedade intelectual são semelhantes aos direitos dos titulares de outras formas de propriedade privada” (tradução nossa). No original: “Intellectual property law bestows on the owners... certain rights to exclude others. These rights help the owners to profit from the use of their property. An intellectual property owner's rights to exclude are similar to the rights enjoyed by owners of other forms of

No plano infraconstitucional, tem-se que propriedade intelectual constitui gênero, do qual são espécies uma gama de direitos, regulamentados notadamente pelas Leis nº 9.279/96⁶⁰ (Código de Propriedade Industrial), 9.456/97⁶¹ (Lei de Proteção de Cultivares), 9.609/98⁶² (Lei de *Software*), 9.610/98⁶³ (Lei de Direitos Autorais) e 11.484/07⁶⁴ (Lei Sobre a Topografia de Circuitos Integrados).

Em termos gerais, tendo em vista que o escopo desta dissertação não abrange um estudo pormenorizado sobre cada instituto de DPI no Brasil, importa mencionar brevemente as espécies de propriedade intelectual no ordenamento jurídico pátrio, para que se tenha uma dimensão real sobre quais situações concretas o diálogo com o Antitruste pode ocorrer. Nessa linha, de início, o Código de Propriedade Industrial (CPI) regula as patentes de invenção⁶⁵, os modelos de utilidade⁶⁶, os desenhos industriais, as marcas e as indicações geográficas, todos passíveis de registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Nos dispositivos referentes aos crimes de concorrência desleal, o CPI também protege os conhecimentos e informações utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, os sinais de propaganda, o nome comercial, entre outros.

private property” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. April 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014, p. 3.).

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶² BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶³ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11484.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶⁵ “Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.” (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

⁶⁶ “Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.” (*Ibid.*).

A Lei de Proteção de Cultivares⁶⁷ tutela novas cultivares⁶⁸ ou as cultivares essencialmente derivadas⁶⁹, passíveis de registro no Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC), vinculado ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento. A Lei de Direitos Autorais regulamenta os direitos de autor e direitos conexos, como obras literárias, composições musicais, projetos de engenharia e arquitetura, entre outros. Por fim, a Lei de *Software* dispõe regras específicas à proteção de programas de computador, embora o regime de direitos autorais lhes seja parcialmente aplicável⁷⁰, e a Lei Sobre a Topografia de Circuitos Integrados institui o regime jurídico da propriedade intelectual sobre a topografia de circuitos integrados⁷¹ mediante registro no INPI.

⁶⁷ “Art. 3º. Considera-se, para os efeitos desta Lei: [...] IV – cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos; [...]” (BRASIL. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

⁶⁸ “Art. 3º. Considera-se, para os efeitos desta Lei: [...] V - nova cultivar: a cultivar que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies; [...]” (*Ibid.*).

⁶⁹ “Art. 3º. Considera-se, para os efeitos desta Lei: [...] IX - cultivar essencialmente derivada: a essencialmente derivada de outra cultivar se, cumulativamente, for: a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação; b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente; c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies; [...]” (*Ibid.*).

⁷⁰ “Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.” (BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

⁷¹ “Art. 26. Para os fins deste Capítulo, adotam-se as seguintes definições:

I – circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II – topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.” (BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

Antes de ser dada continuidade ao presente trabalho, um recorte mostra-se necessário para delimitar sua abrangência. Dos tipos de direitos de PI mencionados acima, pode se perceber grande variedade. Alguns prescindem de registro, como os *softwares*, embora para outros o registro seja constitutivo de direitos⁷², caso da patente. Outros, em vez de remeterem à inovação, estão mais relacionados à originalidade ou à identificação, como os direitos de autor sobre composições musicais ou o direito marcário.

Com efeito, conforme a jurisprudência internacional e brasileira, explicitada em capítulo próprio adiante, nem todos os tipos de direitos de PI têm sido unilateralmente explorados de modo a configurar uma infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/11. Em realidade, a prática tem demonstrado que situações como essas têm ocorrido relativamente aos direitos ligados à inovação, como, por exemplo, patentes de invenção, patentes de modelo de utilidade, desenhos industriais, cultivares, direitos autorais (especialmente programas de computador) e topografia de circuitos integrados⁷³.

2.2.3.2 Limites ao Direito da Propriedade Intelectual: o que traçam os textos constitucional e infraconstitucionais

De forma geral, o texto constitucional estabelece importantes limites ao DPI no Brasil, conforme abordado anteriormente. Por exemplo, a própria função social da propriedade delimita tais direitos, bem como a coexistência de princípios que regem a ordem econômica. Também há no plano infraconstitucional importantes restrições ao DPI, endossando a exegese de que inexistente direito absoluto, ainda que fundamental⁷⁴. Nessa linha prevê o CPI:

⁷² “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.” (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

⁷³ A constatação não implica a assertiva de que outros direitos, como o marcário, não possam ser abusiva e unilateralmente exercidos de modo a configurar infração à Lei nº 12.529/11. Deve-se atentar apenas para o fato de que a literatura atual, dada a própria experiência nacional e internacional, tem-se dedicado aos direitos de PI referentes à inovação.

⁷⁴ Didático, sobre o tema, o posicionamento do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 23.452/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 12 maio 2000.).

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal.⁷⁵

Assim, a PI deve contribuir para o desenvolvimento da nação conforme a CRFB/88 e ainda, no tocante à propriedade industrial, o CPI de 1996. Trata-se de exigência expressa no texto constitucional e que apresenta, para assegurar sua observância, instrumentos específicos na legislação ordinária.

Um desses instrumentos consiste no licenciamento compulsório, que, sob a égide do CPI, é regulado pelos art. 68, 70 e 71:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

- I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
 - II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.
- [...]

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

- I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;
- II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e
- III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.⁷⁶

Um dos maiores exemplos da relevância do licenciamento compulsório no Brasil nos últimos anos foi o caso do medicamento antirretroviral Efavirenz. Se se considerar não haver desenvolvimento sem saúde pública, o acesso ao medicamento pelos beneficiários

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁷⁶ *Ibid.*

soropositivos do Sistema Único de Saúde (SUS) era medida impositiva para o País. Nesse diapasão, diante da recusa do titular da patente em reduzir o preço do remédio, o que inviabilizaria o acesso de milhares de brasileiros ao tratamento, alternativa não teve o governo senão determinar o licenciamento compulsório⁷⁷.

Por tais razões, Calixto Salomão Filho⁷⁸ resume que os monopólios “[...] devem ser admitidos na menor extensão possível e mesmo quando admitidos, é de ser reconhecida sua função social. A essa luz, a função econômico-jurídica dos institutos de direito industrial muda substancialmente de figura”. Entendimento semelhante é sustentado por Paula Forgioni, ao destacar ser inconteste que a tutela da PI tem como escopo o desenvolvimento nacional, haja vista o teor claro do art. 5º da CRFB/88, de modo que direitos de PI não servem para beneficiar o agente econômico, e sim para fomentar a inovação e o desenvolvimento. Os direitos exclusivos da PI seriam, assim, um modo pelo qual se pode conquistar fatias de mercado; verdadeiro instrumento concorrencial, e não poder ilimitado de propriedade.⁷⁹

Diante das normas explicitadas acima, denota-se que, antes mesmo de se cogitar a aplicação do antitruste, a concessão de determinado direito de PI pode ser reavaliada à luz da CRFB/88 e da legislação ordinária. Isso porque os mesmos fundamentos que justificam a proteção, pelo Direito, dos produtos do intelecto, devem nortear a decisão, diante do caso concreto, sobre a instituição, a manutenção e o afastamento de um direito de PI.

Dessa forma, pode-se perceber que o legislador brasileiro se preocupou com os efeitos que a PI pode produzir no cenário nacional. Se não puderem fomentar ou, em casos extremos, se impedirem o avanço tecnológico e/ou o desenvolvimento econômico, direitos de PI devem ser flexibilizados ou reavaliados com base na finalidade a que se propõem.

Por tal razão, Guilherme Favaro Corvo Ribas⁸⁰, em estudo dedicado ao tema, conclui que, caso haja dúvidas se a PI tem atendido sua finalidade – e o autor defende que sempre existirão –, os instrumentos disponíveis no Direito brasileiro devem ser utilizados para coibir abusos provenientes de direitos de PI.

Como será exposto adiante, um desses instrumentos é o Direito da Concorrência.

⁷⁷ HOIRISCH, Cláudia. *Licença Compulsória para Medicamentos como Política Pública: O Caso do Anti-Retroviral Efavirenz*. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado Executivo em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6559/CI%C3%A1udia%20Hoirisch.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 ago. 2015. p. 76-80.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. *Revista Justiça e Educação*, Brasília, v. 10, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006. p. 13-14.

⁷⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 318-319.

⁸⁰ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Direito Antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2011. p. 55.

2.3 Direito da Concorrência: importância e missão no Brasil

Elucidados os fundamentos juseconômicos que devem nortear o DPI, tanto no momento de sua instituição quanto no de sua eventual flexibilização, faz-se necessário, para a abordagem da relação entre a PI e o Direito da Concorrência, ponderar também os fundamentos deste último. Em seguida, serão trazidas as finalidades que o Antitruste apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a CRFB/88 e a Lei nº 12.529/11.

2.3.1 Breves considerações sobre os fundamentos do Direito da Concorrência: da Antiguidade ao Sherman Act

É cediço que o Direito da Concorrência tutela bens jurídicos cuja titularidade pertence a toda a coletividade – tanto que este é o teor do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.529/11⁸¹. Norteia-se, pois, pelo bem-estar da sociedade em geral, não se pautando meramente pelos interesses do(s) concorrente(s).

As raízes de um ramo jurídico com tal viés remontam às Antiguidades grega e romana, de sorte que a preocupação com o poder de mercado dos agentes não é inovação da Era Moderna. Como narra Forgioni, já havia monopólios estatais na Grécia antiga, embora de pouca duração e instituídos pelos próprios governantes em momentos de dificuldades econômicas. Paulatinamente, mesmo antes da Idade Moderna, práticas concertadas entre agentes econômicos passaram a ser regulamentadas com base no interesse público. Também na Antiguidade romana já se preocupava em impedir o açambarcamento de mercadorias e coibir o abuso de preços⁸².

Não obstante, passaram-se muitos séculos até que o fenômeno jurídico se transformasse a ponto de estruturar um sistema com enfoque na proteção da livre concorrência. Também não foram poucos os debates teóricos acerca da legitimidade e dos limites do Estado na ingerência das forças de mercado⁸³.

⁸¹ “Art. 1º [...] Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.).

⁸² FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38-40.

⁸³ *Ibid.*, p. 53-65.

As próprias condições da economia liberal exigiram legislações que visassem proteger a concorrência. O ambiente livre, sem que o Estado pudesse estabelecer limites na atuação dos agentes, propiciava comportamentos nocivos à sociedade e aos próprios concorrentes. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato pondera que foi somente a partir do liberalismo econômico que se mostrou necessária uma disciplina específica da concorrência no mercado. Se o jogo vinha sendo livre, para que esta liberdade perdurasse, as regras deveriam ser respeitadas. Surgia então um conjunto de normas específicas, ainda na seara do Direito Comercial, cujo fundamento era, a rigor, a defesa dos interesses dos próprios comerciantes⁸⁴.

Na linha de Comparato, a regulamentação da concorrência endossa o próprio espírito do liberalismo econômico. Sem limites traçados pelo Estado, os agentes podem atuar desenfreadamente, pondo em risco a própria sobrevivência do mercado⁸⁵.

Invariavelmente, foram circunstâncias como essa que culminaram na edição do paradigmático Sherman Act, em 1890, nos Estados Unidos⁸⁶. No epicentro da economia capitalista, assistiu-se com a novel legislação à limitação do poder econômico, que vinha se concentrando em poucos agentes. À época, o mercado norte-americano vinha se deteriorando em razão da excessiva concentração de capital, o que exigia uma resposta para corrigir distorções provenientes do próprio sistema liberal.

Paulatinamente deu-se a evolução do Antitruste, o qual passou a ser não apenas instrumento de correção de distorções estruturais do mercado, mas também importante mecanismo para a efetivação de princípios constitucionais. Essa outra face do Direito da Concorrência, além de explícita no Direito Brasileiro, como debatido a seguir, é basilar para que se possa compreender as implicações que a legislação antitruste pode representar para o DPI.

2.3.2 O escopo do Direito da Concorrência no Brasil: a conformidade ao texto constitucional e aos princípios que regem a ordem econômica

No Brasil, a preocupação com os efeitos que o excessivo poder de mercado pode provocar não foi proveniente, ao contrário de outros ordenamentos, como o estadunidense, de

⁸⁴ COMPARATO *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

⁸⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁶ Para detalhes históricos e econômicos do Sherman Act e do próprio Direito antitruste norte-americano, vide: SULLIVAN, Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act*. The First One Hundred Years. New York: Oxford University Press, 1991.

um enfoque na proteção e na manutenção da concorrência em homenagem ao princípio liberal. Ao revés, o início do Antitruste brasileiro demonstrava raízes eminentemente constitucionais em que Lei Maior assegurava a livre iniciativa, embora fixasse limites, com nítida preocupação com os direitos do consumidor e com a proteção à economia popular⁸⁷.

Assim, a legislação específica em matéria de antitruste, no Brasil, sempre ficou a cargo de concretizar o que foi genericamente preceituado no texto constitucional. A primeira lei com aspectos antitruste no País, o Decreto-Lei nº 869, de 1938, viria proteger os interesses assegurados pela Constituição⁸⁸.

Na mesma linha, a CRFB/88, em seu art. 173, § 4º, confere à legislação infraconstitucional o dever de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e até ao aumento arbitrário dos lucros. Em atendimento aos ditames constitucionais, a Lei nº 12.529/11 (re)estrutura⁸⁹ o SBDC com esteio na ideologia constitucionalmente adotada.

A legislação de 2011 inicia-se referenciando os ditames constitucionais do art. 170 da CRFB/88, conforme dispõe seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.⁹⁰

⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 100-101.

⁸⁸ Neste contexto, interessante reproduzir o teor dos arts. 135 e 141 da Constituição de 1937: “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

“Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.” (BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado, 1937.).

⁸⁹ A estruturação primeva do SBDC deu-se pela Lei nº 8.884/94, cuja grande maioria dos dispositivos foi revogada pela atual Lei nº 12.529/11. Em resumo, Paula Forgioni faz uma síntese da reestruturação pela legislação de 2011: “A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda teve diminuídas suas funções relativas ao antitruste, restando-lhe a competência não exclusiva de promover a concorrência junto à própria Administração (art. 19). A SDE, naquilo que diz respeito à implementação da Lei 12.529/11, foi incorporada pelo CADE, que passou a ser composto por dois órgãos principais: Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral. Ao primeiro, compete principalmente *julgar* as acusações de infração à ordem econômica e as operações de concentração; ao segundo, investigar a instruir os atos a serem apreciados pelo Tribunal. Há, também, o Departamento de Estudos Econômicos, cuja principal função é elaborar as análises e pareceres para embasar a atividade do CADE”. (FORGIONI, *op. cit.*, p. 124.).

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de

Em decorrência dos arts. 170 e 173 da CRFB/88, bem como do art. 1º da Lei nº 12.529/11, percebe-se que o Direito da Concorrência se insere no contexto das ponderações realizadas anteriormente sobre a ordem econômica. Isso significa que a livre concorrência é apenas um dos princípios que ordenam a atividade econômica no Brasil. Logo, deve ser compatibilizado – e por isso pode sofrer limitações – com outros princípios constitucionais, tais como o da proteção da propriedade privada e a defesa do consumidor.

A título exemplificativo, imagine-se uma situação em que, sendo mais benéfico ao consumidor, a autoridade antitruste deva se abster de interferir nas forças do mercado. Daí o sentido da existência do próprio permissivo da Lei nº 12.529/11,⁹¹ ao prever que um ato de concentração pode ser aprovado se vier a propiciar a melhoria da qualidade de bens e serviços, malgrado possa implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, possa criar ou reforçar uma posição dominante ou possa resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Nesse contexto, sintetiza Jorge Fagundes que a missão das autoridades de defesa da concorrência é sopesar eficiências e ineficiências ocasionadas pelas estratégias dos agentes econômicos não pautadas em maior eficiência relativa diante dos rivais (preços, qualidade, custos de produção ou inovações) que reduzam o grau de concorrência. A Administração deve valer-se de um critério distributivo para tomar sua decisão, em que a intervenção seja eficaz para seu objetivo último, qual seja, promover o bem-estar social⁹².

A tutela da concorrência no Brasil deve ponderar os princípios consagrados pela CRFB/88 – e não apenas o da livre concorrência. A concorrência não é, portanto, um fim último. Em realidade, o controle realizado pelo CADE dentro de suas atribuições legais é apenas um dos instrumentos pelos quais a Administração implementa políticas públicas⁹³.

Esta constatação permite concluir que o Direito Antitruste representa um meio para a consecução de uma gama de objetivos não isolados, como a proteção ao consumidor, o

dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

⁹¹ “Art. 88 [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.” (*Ibid.*).

⁹² FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*. São Paulo: Singular, 2003. p. 162.

⁹³ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 187-193.

desenvolvimento nacional e a própria dignidade da pessoa humana. A semelhança deste contexto com aquele da propriedade intelectual, como visto acima, introduz aos fundamentos e às especificidades da coexistência entre o Direito da Concorrência e o DPI no Brasil. Este será o tema para a seção seguinte.

2.4 Coexistência entre o Direito da Concorrência e o Direito da Propriedade Intelectual: a relação existente entre ambos

Nos itens anteriores, foi exposto que o Estado, ciente da importância da diferenciação e da inovação para o desenvolvimento econômico, para o bem-estar da sociedade e dos consumidores, protege os produtos do intelecto por meio do direito de propriedade (intelectual), tido como direito fundamental e princípio da ordem econômica pela CRFB/88. Por outro lado, também com vistas ao bem-estar, o Estado traça limites à atuação dos agentes no mercado, coibindo infrações à ordem econômica que possam comprometer a livre concorrência, outro princípio da ordem econômica.

O DPI visa, em última análise e de forma mediata, aos mesmos efeitos que aqueles almejados pelo Direito Antitruste. Ambos devem coexistir, pois o desenvolvimento nacional e o bem-estar são passíveis de serem alcançados tanto pela proteção da livre concorrência como também pela propriedade intelectual.

2.4.1 Relação do Direito da Concorrência com a Propriedade Intelectual: complementaridade?

Os autores que se dedicam ao estudo do tema divergem entre si sobre qual a relação entre o Direito Antitruste e o DPI. Malgrado haver similitude entre os escopos, há quem não reconheça a existência de complementaridade, dada a diferenciação dos objetos tutelados, como ressalta Calixto Salomão Filho⁹⁴.

Noutro vértice, há autores com posicionamento favorável ao viés complementar, como Eduardo Gaban e Juliana Domingues⁹⁵, o então conselheiro do CADE Carlos Ragazzo⁹⁶ e

⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 143.

⁹⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar* 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 80.

François Lévêque e Yann Ménière⁹⁷. Paulo Brancher, a seu turno, defende tratar-se de complementaridade mais política que jurídica:

A complementaridade de ambos os campos, e por consequência sua intersecção, não está no âmbito jurídico, mas sim no político, pois dependendo da forma com o obstado define suas políticas, poderá resultar em mais ou menos inovação tecnológica, mais ou menos desenvolvimento econômico, e aí está o desafio do Estado em manter uma linha de tensão entre esses dois campos. Ou seja, em que situação o Estado deve optar por mais proteção ou por mais competição, com o objetivo de fomentar sua política de inovação tecnológica?⁹⁸

Independentemente da corrente a que cada um se filie, há consenso acerca da imperatividade da coexistência do Direito da Concorrência e do DPI no contexto dos princípios que regem a ordem econômica no Brasil. Mas, embora os escopos mediatos sejam comuns, também é notório que os ramos divergem sobre os meios pelos quais cada um se manifesta. Cite-se, por exemplo, a questão do bem-estar.

O bem-estar propiciado pela PI reside na inovação tecnológica e no desenvolvimento econômico, em que o consumidor auferir benefícios pela melhoria na qualidade dos insumos ofertados e ainda pela possibilidade de redução de preços, se forem ponderados os efeitos da inovação sobre a oferta em escala. Neste caso, como aponta Antonio Fonseca em artigo sobre o tema, o bem-estar é fruto do incentivo à inovação, à sua revelação, à aplicação em escala industrial e da remuneração dos inventores-autores⁹⁹.

Por outro lado, o *antitrust welfare*, apesar das divergências entre as escolas modernas do Antitruste¹⁰⁰, remete às ideias de eficiência econômica e bem-estar do consumidor. Paulo Brancher¹⁰¹ esclarece que a eficiência econômica agrupa três vertentes, quais sejam, a da eficiência produtiva, da eficiência de inovação e da eficiência alocativa.

Assim, não há que falar em eficiência econômica sem sua vertente da eficiência da inovação, alcançada mediante criação, desenvolvimento e difusão de novos produtos e/ou

⁹⁷ LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press, 2004. p. 85.

⁹⁸ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 63.

⁹⁹ FONSECA, Antonio. Innovation, competition and intellectual property. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 26, p. 63-103, ago./dez. 1997. p. 82.

¹⁰⁰ Resumidamente, pode ser traçado um comparativo entre o pensamento da Escola de Harvard e o pensamento da Escola de Chicago. Harvard apresenta uma preocupação com o nível de concentração no mercado, primando por uma estrutura mais pulverizada, em que o Estado incentiva o aumento do número de agentes econômicos. Sua premissa é que os agentes, quando detêm poder de mercado, o qual é diretamente proporcional à concentração, tendem a abusar do mesmo. Chicago, a seu turno, agrega ao Direito da Concorrência a análise econômica, defendendo que o objetivo do Antitruste é buscar a eficiência alocativa do mercado, em prol dos consumidores. Nesse diapasão, concentrações podem ser justificadas em termos de eficiência e benefícios ao consumidor.

¹⁰¹ BRANCHER, *op. cit.*, p. 70-71.

processos produtivos; o que depende dos institutos da propriedade intelectual. Curiosamente, nota-se que, no Brasil e no exterior, o sistema da PI se mostra, portanto, anterior ao controle antitruste.

Nesta linha, o Direito, inclusive o Concorrencial, aceita o poder de restrição conferido aos titulares de direitos de PI do ponto de vista estático. Em outros termos, o Antitruste não coíbe, ao menos a princípio, o prejuízo momentâneo que os exclusivos possam causar à eficiência estática¹⁰², tais como redução de oferta e o aumento de preços.

Isso se deve ao fato de que certos prejuízos à eficiência estática, ou mesmo a configuração de ineficiência estática, tendem, a rigor, a ser “compensados” a longo prazo pela geração de eficiência dinâmica¹⁰³. Em outros termos, condições de compra menos favoráveis ao consumidor, como o preço elevado cobrado pelo proprietário da patente, podem ser justificadas pelo fato de que produtos inovadores estão sendo propiciados devido à existência dos direitos exclusivos.

2.4.2 Relação do Direito da Concorrência com a Propriedade Intelectual: possibilidades de conflito

Se no campo teórico, como visto, o DPI e o Direito da Concorrência devem coexistir para viabilizar os efeitos pretendidos pela CRFB/88, na prática a situação nem sempre é harmoniosa. É possível que haja graves consequências da PI para o ambiente concorrencial em determinadas situações, o que pode culminar em choques entre o DPI e o Antitruste¹⁰⁴.

¹⁰² O conceito de eficiência estática liga-se à ideia de uma combinação mais eficiente de recursos em dado período de tempo. (LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press, 2004. p. 5-6.).

¹⁰³ A eficiência dinâmica trata do desenvolvimento de novas tecnologias que incrementam a eficiência da produção ao longo do tempo. (*Ibid.*, *loc. cit.*).

¹⁰⁴ O embate entre o DPI e o Direito da Concorrência mostra-se, pois, excepcional. Como ensinam François Lévêque e Yann Ménière, a visão tradicional de que há um choque inerente é fruto de duas simplificações equivocadas: “[u]ma é que o direito concorrencial coíbe monopólios, e outra é que direitos de propriedade intelectual automaticamente criam monopólio. O Direito Antitruste protege a concorrência prevenindo condutas que inibem as forças de mercado. Por exemplo, coíbe a fixação de preços e a divisão de mercado por grupos de produtores. Como regra geral, o Direito Antitruste não pune o poder de monopólio *per se*, mas o abuso de tal poder, o que é algo bem diferente. O Direito Concorrencial reconhece o direito de um agente gozar de um monopólio adquirido por mérito. Seu corolário é não penalizar o agente que adquiriu uma vantagem em relação a seus rivais produzindo a custo menor ou oferecendo produtos de melhor qualidade aos consumidores. Entretanto, o agente será penalizado se, com vistas a preservar ou estender sua posição de monopólio, praticar preço predatório ou firmar acordos de exclusividade para fechar o mercado. (...) A jurisprudência europeia [ECJ, 1971] e a legislação norte-americana [DoJ e FTC, 1995] claramente informam que não há presunção que a propriedade de uma patente ou direito autoral gera poder de mercado” (2004, p. 83, tradução nossa). No original: “[o]ne is that competition law prohibits monopolies, and the other that intellectual property rights automatically bestow a monopoly. Antitrust law protects competition by preventing behavior that hampers market forces. For example, it prohibits price fixing and partitioning of the market by a group of producers. As a general rule, antitrust law does not punish monopoly power *per se*, but the abuse of that power, which is something quite

O embate pode ocorrer, pois os direitos concedidos pela legislação de propriedade intelectual conferem a determinado agente prerrogativas de exploração exclusiva do bem intangível em questão, seja o conteúdo de um livro ou uma invenção patenteada. Por conseguinte, veda-se, nos termos da lei, que concorrentes explorem economicamente o bem protegido sem expressa autorização de seu titular ou proprietário.

O titular de um direito de PI tem, portanto, um diferencial em relação a seus concorrentes, os quais não podem oferecer ao consumidor o produto protegido como PI. Via de consequência, o poder de mercado do titular do direito pode ser potencializado. Nesse cenário, é possível que os concorrentes sejam seriamente prejudicados ou mesmo impossibilitados de atuar naquele mercado, pois a dependência em relação aos direitos de PI passa a ser acentuada.

Portanto, a partir do momento em que a existência de um direito exclusivo é grave empecilho ao exercício da atividade econômica por outros agentes, havendo prejuízos ao consumidor e ao bem-estar da sociedade, de forma geral, surge a possibilidade de o Estado intervir por intermédio do Direito da Concorrência.

Para que seja justificada a intervenção do Antitruste em casos envolvendo PI, faz-se basilar a compreensão principiológica da CRFB/88, a qual permite a flexibilidade do DPI na medida em que outros princípios sejam aplicados. Como visto anteriormente, os direitos de PI são, sobretudo, direitos de propriedade. Encontram limites já no próprio texto constitucional porquanto a propriedade deve atender a sua função social, como lembrado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE)¹⁰⁵, a teor dos art. 5º, XXIII, e 170, III, da CRFB/88.

Ademais, a própria legislação infraconstitucional estabelece limites importantes ao DPI. Já se teve a oportunidade de mencionar acima que o próprio CPI, em seu art. 2º, exige que a PI esteja em consonância com o interesse social, o desenvolvimento social e tecnológico. Em outros termos, a propriedade intelectual, como todo e qualquer direito fundamental, não é prerrogativa absoluta de seu titular, como um prêmio inafastável obtido em razão de investimentos em P&D. Trata-se, em verdade, de um direito reconhecido para estimular o desenvolvimento do País e propiciar o bem-estar social.

different. Competition law recognizes a company's right to enjoy a monopoly that it has acquired by merit. Its role is not to penalize a company that has gained an advantage over its rivals by producing at a lower cost or by offering higher-quality products to consumers. However, a company will be penalized if, in order to preserve and extend its monopoly position, it practices predatory pricing or enters into exclusive contracts to close the market. (...) European jurisprudence [ECJ, 1971] and U.S. legislation [DoJ and FTC, 1995] clearly state that they do not presume that ownership of a patent or copyright creates market power." (LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press, 2004. p. 83.).

¹⁰⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50*. Relator: César Costa Alves de Mattos. Brasília, 30 abr. 2010. p. 3181.

Logo, a partir do momento em que determinado direito de PI não mais apresenta o condão de viabilizar os efeitos visados pela CRFB/88, ao Estado cabe o dever de intervir. Uma das formas de a Administração Pública atuar nestes casos, como visto, seria por meio do licenciamento compulsório, nos termos do art. 68 da Lei nº 9.279/96. Uma alternativa seria, ainda, a aplicação do Direito da Concorrência para corrigir tais distorções, conforme será visto no próximo capítulo.

3 PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A (I)LICITUDE DA CONDUTA UNILATERAL

A Lei nº 12.529/11 elenca, no art. 36, uma série de condutas exemplificativas que podem constituir infrações contra a ordem econômica. Especificamente no que se refere a direitos de PI, são passíveis de caracterizar ilícitos concorrenciais atos como¹⁰⁶ “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” ou mesmo “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”, conforme os incisos XIV e XIX do § 3º, do art. 36, respectivamente¹⁰⁷.

A lei de defesa da concorrência brasileira, em consonância com os escopos constitucionais da atividade econômica no País, autoriza a aplicação do Antitruste em casos envolvendo o DPI. Todavia, a imprecisão dos termos normativos, comum no Direito Econômico, pode suscitar dúvidas sobre o limite do alcance da norma.

Por exemplo, um agente econômico não pode ser impedido por concorrente de explorar um direito de PI (inciso XIV), ainda que sob a justificativa de este concorrente ser titular de um direito de PI? Ou, ainda, o que seria um exercício ou uma exploração abusiva de direitos de PI (inciso XIX)?

Cabe à autoridade antitruste, ao se deparar com o caso concreto, decidir se a conduta em questão se enquadra em alguma das hipóteses do *caput* do art. 36¹⁰⁸. A decisão não é das mais simples, pois, além de todos os elementos fáticos e econômicos que deverão ser levados em consideração, o CADE também deverá ponderar os impactos de sua eventual intervenção no mercado.

A análise da relação custos *versus* benefícios da atuação da autarquia mostra-se ainda mais relevante em se tratando de direitos de PI. Como exposto anteriormente, a margem de lucro prevista pelo investidor é fator crucial para a manutenção do fluxo de investimentos em P&D. Se a expectativa de lucratividade pode ser reduzida em função de uma decisão da

¹⁰⁶ Importante atentar que todas as condutas descritas no § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/11 são meramente exemplificativas, de modo que outras, desde que configurem hipótese do *caput* do mesmo artigo, podem ser coibidas pela lei de defesa da concorrência brasileira, conforme a regra do mesmo § 3º do art. 36.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹⁰⁸ São quatro as hipóteses previstas, quais sejam, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I), dominar mercado relevante de bens ou serviços (inciso II), aumentar arbitrariamente os lucros (inciso III) e exercer de forma abusiva posição dominante (inciso IV). (*Ibid.*).

autoridade, de acordo com o remédio antitruste aplicado, torna-se inevitável averiguar quais os possíveis efeitos de uma intervenção para a inovação tecnológica no mercado relevante em debate.

Nessa linha, o controle exercido pelo CADE em situações que envolvem direitos de PI pode impactar tanto a concorrência quanto a atividade inventiva ou criadora, na medida em que produz estímulos, ou desestímulos, aos agentes, direcionando seus comportamentos. Por tal razão torna-se desafiadora a tutela da livre concorrência, admitido o fator crucial que representa a inovação para o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Para que a concorrência possa ser protegida sem que outros objetivos visados pelo legislador constituinte sejam inviabilizados, é fundamental que a Administração Pública se valha de critérios claros e objetivos a fim de determinar a ilicitude de condutas. A transparência e a ausência de surpresas na atuação das autoridades na matéria são essenciais. Do contrário, a segurança jurídica poderá ser comprometida e os custos sociais de uma atuação indevida por parte da autoridade antitruste poderão ser maiores que os prejuízos de uma não intervenção.

Os critérios, todavia, não estão detalhadamente previstos em lei, o que confere à jurisprudência, inclusive administrativa, suma importância para a solução dos casos levados ao crivo da autoridade antitruste. Como advertido no capítulo 1 do presente trabalho, a experiência brasileira no tema ainda é incipiente, de modo que o estudo de casos julgados no Exterior pode ser de grande auxílio, guardadas as devidas diferenças de realidade.

Considerando tais fatores, será abordada a experiência norte-americana, arcabouço das primeiras discussões modernas acerca da relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Intelectual. Em seguida, a forma pela qual o tema vem sendo tratado na União Europeia (UE) será abordada. Por fim, serão realizadas digressões sobre a experiência brasileira nesta seara.

3.1 O Direito Antitruste norte-americano e a recusa de contratar em matéria de Direito da Propriedade Intelectual

Os EUA possuem forte tradição em matéria de antitruste. Embora a tutela do livre mercado, coibindo-se o abuso do poder econômico em prol da concorrência e do bem-estar do consumidor, não tenha se manifestado primeiramente naquele Estado¹⁰⁹, foi nele que o

¹⁰⁹ Pode-se citar que, no fim do século XVII, ainda no desenvolvimento do *common law* britânico, já havia registros de decisões que limitavam o poder dos agentes econômicos no ambiente competitivo. (MORGAN, Thomas. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. 2. ed. Minnesota: West Group, 2001. (American Casebook Series). p. 1-4.).

Antitruste ganhou a importância e a autonomia que hoje se constata em diversos ordenamentos jurídicos.

Por apresentar diferenças substanciais em relação aos sistemas de *civil law*, é importante tecer considerações acerca do peculiar Direito Antitruste norte-americano previamente à análise de casos.

3.1.1 Breves considerações sobre o Direito Antitruste norte-americano: raízes, autoridades e especificidades

Nos EUA, as primeiras normas que visavam proteger a concorrência foram editadas em âmbito estadual. Todavia, somente com a promulgação de uma lei federal ao Direito Antitruste foram conferidas, paulatinamente, maior importância e autonomia.

A nova legislação resultou de um processo de forte concentração nos Estados Unidos, na segunda metade do século XIX, que ameaçava o livre mercado e prejudicava, em última análise, os próprios consumidores. Destacam-se, nesse diapasão, os movimentos agrários contra os monopólios das linhas de trens¹¹⁰ e, de uma maneira geral, a campanha política contra os chamados trustes (tradução literal de *trust*, em inglês).

Os trustes eram negócios em que acionistas de várias companhias transferiam poderes sobre suas ações para um mesmo conjunto de pessoas (os *trustees*, em inglês, termo que, no sistema jurídico de origem romano-germânica, se aproxima do conceito do agente fiduciário). Juntos, os *trustees* detinham relevante influência nas corporações e, por vezes, podiam controlar livremente os preços dos produtos.

A situação tornou-se problema nacional quando alguns poucos passaram a controlar parcela expressiva dos maiores setores industriais dos EUA, como o de óleo e de linhas ferroviárias¹¹¹. Em resposta, o Congresso norte-americano foi pressionado a limitar os poderes

¹¹⁰ STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act*. New York: Oxford University Press, 1991. cap. 2. p. 32-38. p. 32.

¹¹¹ LINFO. Antitrust Definition. *The Linux Information Project*. Disponível em: <<http://www.linfo.org/antitrust.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

dos trustes¹¹², justamente em uma época em que o governo federal exercia pouco controle sobre a iniciativa privada¹¹³.

Em 1890 foi editado o Sherman Act, ano em que literatura especializada consagrou como o surgimento, ao menos formal, do Direito Antitruste nos Estados Unidos¹¹⁴. Era a primeira vez que uma lei de âmbito federal em matéria de concorrência limitava a ideologia do *laissez faire* então consagrada no País¹¹⁵. Em geral, a lei coíbe acordos que ofereçam restrições à concorrência, bem como monopólios e tentativas de monopolizar setores da economia¹¹⁶.

Posteriormente, em 1914, promulgou-se o Federal Trade Commission Act¹¹⁷, diploma que criou a Federal Trade Commission (FTC) como agência antitruste. No mesmo ano também foi promulgado o Clayton Act,¹¹⁸ para coibir práticas anticoncorrenciais, regular as ações privadas em matéria de antitruste, estabelecer controle sobre as fusões e aquisições que podem comprometer a concorrência, entre outros temas.

Em termos de autoridades competentes em matéria de Direito Concorrencial nos Estados Unidos, duas agências são protagonistas no âmbito federal – a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ) e a FTC. A Divisão do DoJ se encarrega precipuamente do combate aos cartéis, mas também participa de processos cíveis envolvendo concentrações. A

¹¹² Na esteira do processo de combate aos trustes, o célebre caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* foi julgado pela Suprema Corte norte-americana. A Standard Oil havia se tornado a maior empresa de petróleo do País, tendo adquirido a grande maioria dos concorrentes. Acusado de uma série de ilícitos, tais como prática de preço predatório e celebração de acordos verticais em detrimento dos concorrentes, o truste foi desconstituído em uma série de novas empresas. (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. *Sherman Antitrust Law*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.)

¹¹³ CALKINS, Stephen. *Competition Law in the United States*. In: DHALL, Vinod (Ed.). *Competition Law Today: concepts, issues, and the law in practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007. n. 07-14. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID978787_code745030.pdf?abstractid=978787&mirid=1>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹¹⁴ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *op. cit.*

¹¹⁵ PAGE, William H. *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, v. 1, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014. p. 4.

¹¹⁶ De acordo com a segunda seção do Sherman Act, “todas as pessoas que monopolizarem, ou tentarem monopolizar, ou combinarem ou conspirarem com outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte dos negócios ou do comércio entre os estados, ou com outras nações, será considerado culpado e punido com multa de até US\$ 10.000.000,00, se uma corporação, ou, se qualquer outra pessoa, R\$ 350.000,00, ou com pena privativa de liberdade de até 3 anos, ou com ambas as penas, de acordo com a discricionariedade da Corte” (tradução nossa). No original: “every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *op. cit.*).

¹¹⁷ THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY. Competition Law Center. *Federal Trade Commission Act*. Disponível em: <<http://gwclc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹¹⁸ LEXIS WORKS. *Clayton Act*. Disponível em: <<http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

FTC atua no âmbito administrativo, principalmente em fusões e aquisições, mas possui, também, importante programa de prevenção e conscientização acerca dos ilícitos anticoncorrenciais – a chamada advocacia da concorrência.

Embora a simplicidade normativa e o reduzido número de agências antitruste possam induzir a ideia de que o sistema de proteção da concorrência nos EUA seja simplificado, na prática ocorre o oposto. O Antitruste é aplicado no plano federal, estadual e local, tanto na esfera administrativa quanto na judicial¹¹⁹. Todos os estados norte-americanos possuem sua própria legislação em matéria de Direito da Concorrência. Cite-se, ainda, que as normas concisas, dada a própria cultura de *common law* dos EUA¹²⁰, demonstram o desafio dos julgadores. Diante de casos complexos, não contam com um aparato normativo amplo, o que inexoravelmente confere maior importância à jurisprudência.

Se a sistemática do antitruste norte-americano já não se mostra das mais simplificadas, a relação entre o Direito Concorrencial e o DPI pode ser ainda mais complexa, o que será objeto de discussão a seguir.

3.1.2 O polêmico debate nos EUA sobre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Intelectual

O diálogo entre o Direito Antitruste e o DPI nos EUA tem sido constante e pauta de discussão nas cortes norte-americanas e na literatura jurídica. Se, por um lado, como visto, o País apresenta forte tradição na repressão a condutas lesivas à livre concorrência, por outro, é uma economia industrializada, um polo de inovação tecnológica inserido na chamada “era da informação”. Nesse cenário, a PI torna-se um importante mecanismo de fomento ao desenvolvimento; tanto que a Constituição norte-americana a consagra logo em seu art. 1º¹²¹.

¹¹⁹ Interessante observar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, a maioria dos processos em matéria de Direito da Concorrência nos EUA tramitam no Judiciário - e não no âmbito administrativo; o chamado *private enforcement*. (CALKINS, Stephen. *Competition Law in the United States*. In: DHALL, Vinod (Ed.). *Competition Law Today: concepts, issues, and the law in practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007. n. 07-14. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID978787_code745030.pdf?abstractid=978787&mirid=1>. Acesso em: 30 ago. 2014. p. 13.).

¹²⁰ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 14.

¹²¹ Conforme o § 8º do art. 1º: “Será da competência do Congresso: [...] Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em:

Em determinados mercados, o poder conferido a agentes detentores de direitos de PI começou a chamar a atenção de outros agentes – concorrentes, parceiros e entes públicos –, que buscaram mecanismos jurídicos para questionar a legalidade de determinadas condutas. Embora o Judiciário estadunidense tenha inicialmente se valido de outras normas para solucionar os litígios, como será abordado adiante, não tardou para o Direito Antitruste ser suscitado em tais casos.

De fato, os termos genéricos da legislação antitruste indicavam um caminho possível para contestar práticas envolvendo PI. Mas a generalidade também das normas de direitos de PI parecia sinalizar para um outro caminho; o de imunidade antitruste. O choque, ao menos aparente, de interesses do DPI e do Antitruste refletiu no próprio posicionamento da jurisprudência dos EUA.

Por exemplo, no caso *SCM Corp. v. Xerox Corp.*¹²², julgado em 1981, o Tribunal asseverou que o conflito entre os ramos reside nos métodos que eles utilizam para alcançar objetivos recíprocos. Enquanto as leis antitruste coíbem limitações à concorrência, as normas de DPI conferem ao inventor um “monopólio” temporário que o exime de explorá-lo sob um regime de livre concorrência, comparou a Corte do Segundo Circuito.

Em direção diametralmente oposta, em 1992, ao julgar o paradigmático caso *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, o Tribunal afirmou que “os propósitos e os objetivos das leis de propriedade intelectual e antitruste... são na verdade complementares, já que ambas visam fomentar a inovação, a indústria e a competição” (tradução nossa)¹²³. No mesmo sentido, as Antitrust Guidelines para o licenciamento da PI, documento elaborado em 1995 pelo DoJ e pela FTC dos EUA¹²⁴, mencionam que as leis compartilham a finalidade comum de promover a inovação e o bem-estar do consumidor.

Releva sublinhar que, no caso envolvendo a Xerox (1981), como visto, foi mencionado “monopólio” relativamente a detentor de direitos de PI, o que era comum na jurisprudência

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.).

¹²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. 2nd. Circ. *SCM Corp. v. Xerox Corp* 645 F.2d 1195 (2nd. Cir. 1981). Disponível em: <<http://openjurist.org/645/f2d/1195/scm-corporation-v-xerox-corporation>>. Acesso em: 8 out. 2015.

¹²³ No original: “aims and objectives of patent and antitrust laws... are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry and competition.” (SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? *AntitrustConnect Blog*, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.).

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department Of Justice; Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. April 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014. p. 2.

norte-americana havia décadas¹²⁵. Contudo, paulatinamente foram proferidas decisões que trataram com maior cautela o argumento de que direitos exclusivos são aptos a conferir poder de monopólio. No caso *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, de 1997¹²⁶, a Corte destacou as diferenças entre o monopólio de patente e o monopólio econômico. O primeiro seria definido pelas *pretensões* da patente, ao passo que o segundo se refere ao *poder* do agente em controlar o preço de um produto em dado mercado relevante.

Direitos de PI apenas permitem, *a priori*, que o titular exclua outros do uso ou da exploração do ativo protegido¹²⁷. O uso da expressão “monopólio”, no sentido econômico, não se mostraria o mais adequado, pois nem sempre o titular de direitos de PI será monopolista. Por tal motivo consolidou-se o entendimento de que a PI não confere presunção de posição dominante no mercado¹²⁸, pois se trata de invenções, e não mercados¹²⁹. Para a configuração do comportamento monopolista, não deve haver alternativas para o produto protegido pela PI, pelo qual os consumidores estarão dispostos a pagar o chamado “preço de monopólio”¹³⁰.

Os tribunais e a doutrina norte-americanos foram instados a se posicionar sobre a relação entre o Antitruste e o DPI. Haveria conflito e, em caso positivo, como solucioná-lo? Ou, ainda, se não são conflitantes, como e quando aplicar uma norma em detrimento de outra?

Nos EUA, as respostas para as indagações não são pacificadas. Herbert Hovenkamp destaca que os tribunais apresentam verdadeira instabilidade ao lidar com o tema¹³¹ e, embora o autor reconheça haver diferenças econômicas entre a PI e o Antitruste, defende que o Judiciário tem exagerado ao prontamente identificar conflito onde não haveria¹³².

¹²⁵ Em *Bement v. National Harrow Co.* (1908), a Suprema Corte defendeu que o proprietário da patente seria titular de um monopólio constitucionalmente assegurado. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/186/70/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.).

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court for the District of Kansas. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation* 989 F. Supp. 1131 (1997). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/989/1131/1528609/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹²⁷ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 34.

¹²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* 547 U.S. 28 (2006). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/28/opinion.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹²⁹ HOVENKAMP, Herbert *et al.* *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013. p. 37.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 4-8.

¹³¹ HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015. p. 4.

¹³² *Ibid.*, p. 2.

Mark Lemley¹³³ aponta que ainda há resistência em aplicar as normas de defesa da concorrência em condutas que envolvem a exploração de direitos de PI, surgindo uma corrente que advoga a sobreposição do DPI ao Antitruste. Os professores Phillip Areeda e Louis Kaplow, ao se posicionarem sobre o tema, defendem que, no plano concreto, deve ser ponderado se os ganhos à inovação superam os danos à concorrência:

O primeiro passo para o aprofundamento sobre a interação entre as leis de patente e de defesa da concorrência é compreender a natureza do conflito entre seus objetivos. O principal propósito das leis antitruste é promover a concorrência, o que requer o combate aos atos de monopólio. Por outro lado, o sistema de patentes visa estimular a atividade inventiva criando um monopólio protegido pelo Estado e permitindo que os titulares oponham seus monopólios contra a concorrência indesejada; combater a concorrência é o principal escopo do permissivo legal. Autorizar os patenteados a limitar a concorrência conflita diretamente com a promoção da competição pelo Direito Antitruste. Em um outro sentido, contudo, os dois regimes estão em uma importante harmonia. Ambos visam, em última análise, beneficiar a coletividade - um pelo progresso tecnológico e outro pela concorrência... Assim, o desafio é determinar quais atos de exploração de patente melhor promovem os objetivos da propriedade intelectual com a mínima prejudicialidade à concorrência. A questão relevante, reconhecidamente difícil de responder, é se a conduta questionada contribui mais para a inovação do que custa em termos de perdas competitivas (tradução nossa¹³⁴).

Ocorre que os casos que já foram julgados nos EUA demonstram a dificuldade de solucionar o embate entre a acusação de ilícito concorrencial e a defesa com base no exercício de direitos de PI.

3.1.3 A experiência dos EUA sobre propriedade intelectual e antitruste: da primazia do Direito de Propriedade Intelectual à regra da razão concorrencial

Diversos foram os casos levados à Justiça norte-americana que envolviam supostas práticas anticoncorrenciais cometidas por agentes titulares de direitos de PI. Considerando o escopo do presente trabalho, adstrito à conduta unilateral, faz-se necessário selecionar julgados

¹³³ LEMLEY, Mark A. A New Balance between IP and Antitrust. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 237, Apr. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045>. Acesso em: 7 out. 2014. p. 19.

¹³⁴ No original: “The first step in dissecting the interaction of the patent and antitrust laws is to understand the nature of the conflict in their goals. The core purpose of the antitrust laws is to promote competition, which entails preventing acts of monopolization. By contrast, the patent system attempts to stimulate inventive activity by creating a government-protected monopoly and specifically by empowering patentees to enforce their monopolies against unwanted competition; preventing such competition is the very purpose of the legislative grant. Allowing patentees thus to limit competition conflicts directly with the antitrust law’s promotion of competition. In another sense, however, the two regimes are substantial harmony. Both ultimately seek to benefit the public - one through technological progress and the other through competition... Accordingly, the challenge is to determine which acts of patent exploitation best promote patent police with the least damage to competition policy... The relevant question, admittedly difficult to answer, is whether the challenged practice contributes more to inventive activity than it costs in terms of lost competition.” (AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997. p. 415).

que tenham relevância para o tema. Por tal razão, além de litígios que abordam diretamente o Antitruste e o DPI, serão apresentadas e analisadas situações que, ainda que nelas não tenha sido aplicado o Direito da Concorrência ou que não tenham tratado de direitos de PI, forneceram substratos para que a jurisprudência dos EUA caminhasse para os atuais entendimentos.

Embora preocupações concorrenciais sobre como são explorados direitos de PI sejam hoje atinentes a determinada legislação antitruste, nos EUA, a questão antecedeu ao próprio Sherman Act. Ainda em 1873, quase vinte anos antes da edição da lei federal antitruste, em *Adam v. Burke*, a Suprema Corte determinou a ilicitude de dispositivos constantes de contratos de licenciamento por restringirem a concorrência no mercado de vendas dos produtos patenteados. Aplicando a doutrina da primeira venda (*first sale doctrine*), o titular da patente foi impedido de impor restrições territoriais. A doutrina defende que, embora se possa estipular limites geográficos para a produção, uma vez comercializados os produtos pelo licenciado, o titular da PI não mais detém o controle sobre os mesmos, não podendo delimitar onde seria comercializado por terceiros.

Em direção contrária, em 1902, o caso *Bement v. National Harrow Co.* foi julgado pela Suprema Corte. O processo foi instaurado pela *National Harrow Co.*, que acusava a *Bement* de ter desrespeitado os termos do licenciamento da patente ao vender abaixo dos preços fixados. Embora o réu tenha apontado que os termos contratuais violavam o Sherman Act, a Suprema Corte isentou o autor da responsabilidade, sob o argumento de que se tratava de um proprietário de monopólio assegurado pela Constituição e por leis aprovadas pelo Congresso. Em seu entendimento, o proprietário da patente teria o direito de vendê-la ou mantê-la, de produzir por si mesmo ou de autorizar que terceiros o fizessem¹³⁵.

Não tardou para que a Suprema Corte voltasse a traçar limites aos poderes de titulares de direitos de PI. Em *Bobbs-Merill Co. v. Straus* (1908), a Corte aplicou novamente a doutrina da primeira venda para vedar a fixação de preço de revenda de livros protegidos por direitos autorais. Com tais precedentes, embora sem se embasar no Direito Antitruste, a jurisprudência norte-americana já trazia limitações às restrições verticais de acordos que envolviam PI¹³⁶.

¹³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/186/70/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹³⁶ HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015. p. 7.

A situação foi modificada três anos depois, em 1911, ao julgar-se o caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*¹³⁷ A Suprema Corte decidiu que a fixação de preços de revenda, ainda que sob a justificativa de direitos de PI, eram ilegais sob as leis antitruste.

Outro tema permeado de polêmica nos EUA quanto ao antitruste e ao DPI era a prática de venda casada. A partir da década de 1890, surgiram os primeiros casos, tendo a jurisprudência rejeitado as alegações de ilicitude. De um lado, os titulares de direitos de PI sustentavam o direito de maximizar seus lucros pela atividade inovadora, ainda que sujeitando a aquisição de produtos patenteados à compra de não patenteados. De outro lado, haveria a preocupação concorrencial no sentido de que essa expansão do “monopólio” da patente não teria sido escopo das leis de PI¹³⁸.

Mesmo após o Sherman Act, o Judiciário também se recusava a analisar os casos de venda casada sob a égide do Direito Antitruste, preferindo-se¹³⁹, quando muito, institutos próprios do DPI. Uma explicação¹⁴⁰ seria o paternalismo dos grandes negócios à época que se seguiu a Primeira Grande Guerra¹⁴¹.

O primeiro caso de venda casada a chegar na Suprema Corte foi *Henry v. A.B. Dick & Co.*, em 1912¹⁴². A decisão foi que a venda casada não era vedada pela legislação de PI. Curiosamente, Herbert Hovenkamp aponta que o Congresso não teria apreciado a decisão, pois, dois anos depois, aprovou o Clayton Act, que vedaria a venda casada sobre produtos patenteados ou não¹⁴³.

Ainda assim, não foi suficiente para a Suprema Corte. Em 1917, em *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*¹⁴⁴, a despeito de o entendimento do tribunal ter sido pela condenação da venda casada, a fundamentação residiu no próprio DPI, que não permitia a

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹³⁸ HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015. p. 9-10.

¹³⁹ Exemplos de julgados em que se recorreu ao Direito Antitruste seriam *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 258 U.S. 451 (1922), e *BM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 137-138 (1936).

¹⁴⁰ Hovenkamp aponta que outro motivo poderia ser a coincidência de muitas ações civis terem sido intentadas por acusados de violações de direitos de PI, o que ensejaria a aplicação da doutrina do mau uso, abordada a seguir neste trabalho. (HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 16.).

¹⁴¹ BRITO JÚNIOR, Jorge Luiz de. *Interface entre a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência no Brasil*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-17032015-134535/publico/JLBDISSERTACAO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 88.

¹⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Henry v. A.B. Dick & Co.*, 224 U.S. 1 (1912). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/1/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁴³ HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.* 243 U.S. 502 (1917). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

extensão do escopo do “monopólio” da patente. A exegese permaneceria assim por cerca de trinta anos, privilegiando-se a doutrina do *misuse*, a qual defendia que acusações de violações à PI deveriam ser desconsideradas se o titular tivesse agido além do escopo da PI, contrariamente ao interesse público¹⁴⁵. Pela *misuse*, as vendas casadas eram coibidas sem que fosse ponderado o poder de mercado¹⁴⁶.

Posteriormente, a partir do governo Roosevelt (1933-1945) e pela influência da Escola de Harvard¹⁴⁷, o Antitruste começaria a ser aplicado com maior rigor, em que pese não ter sido abandonada por completo a doutrina do *misuse*¹⁴⁸. Em *Mercoïd Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*¹⁴⁹, de 1946, a Suprema Corte asseverou que a legalidade de submeter bens não patenteados sob a proteção patentária é medida por leis antitruste, e não pela lei de patentes. Um ano depois, em *International Salt Co., Inc. v. United States*¹⁵⁰ (1947), a Corte ainda fixou o entendimento de que a venda casada constitui ilícito *per se*¹⁵¹, isto é, independe da aferição do poder de mercado do acusado.

As décadas seguintes foram palco de uma aplicação agressiva do Antitruste, tanto que o juiz Robert H. Jackson ganhou fama ao afirmar que a única patente válida seria aquela em que a Corte não ainda não pôde “pôr as mãos”¹⁵². O ativismo judicial da Era Warren (1963-

¹⁴⁵ LIM, Daryl. Patente Misuse and Antitrust Law. Empirical, Doctrinal and Policy Perspectives. *The John Marshall Law School*, USA, jul. 2013, p.1-2. No Brasil, cite-se que a doutrina do *misuse* já foi mencionada pela Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1166498/RJ: “Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial. Trata-se da conhecida doutrina do *patent misuse*, derivada do Direito norte-americano, segundo a qual deve o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1166498/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 março 2011.).

¹⁴⁶ BRITO JÚNIOR, Jorge Luiz de. *Interface entre a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência no Brasil*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-17032015-134535/publico/JLBDISSERTACAO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 87.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 88.

¹⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015.p. 18.

¹⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Mercoïd Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.* 320 U.S. 680 (1944). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/680/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *International Salt Co., Inc. v. United States* 332 U.S. 392 (1947). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/392/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁵¹ Em síntese, a regra *per se* no Antitruste significa que os aplicadores do Direito já possuem conhecimento suficiente acerca de determinada prática para julgar sua (i)legalidade sem maior investigação, diferentemente da chamada regra da razão, em que é necessário saber um pouco mais antes da tomada da decisão. Na regra da razão, é necessário ouvir as justificativas do acusado para as restrições à concorrência. (HOVENKAMP, Herbert *et al.* *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013. p. 255-265.).

¹⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Jungersen v. Ostby & Barton Co.* 335 U.S. 560 (1949). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/335/560/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

1969) aliado à lista dos “nove não’s” (*nine no’s*) do DoJ, que arrolava nove condutas ilegalmente *per se*, conferiam substratos para a expansão do Antitruste¹⁵³.

Contudo, o movimento não subsistiu. A introdução de um maior rigor econômico na análise antitruste a partir do final da década de 1970 e a influência da Escola de Chicago¹⁵⁴ levaram a análises criteriosas sobre efeitos competitivos de determinadas condutas; a chamada aplicação da regra da razão. O resultado foi o distanciamento dos ilícitos *per se* e a edição de novas normas conferindo maior proteção aos titulares de direitos de PI¹⁵⁵.

Por tal razão, Hovenkamp¹⁵⁶ enumera três eventos teriam promovido gradualmente a virada do jogo. O primeiro deles, a revisão da lei de patentes pelo Patent Act, de 1952. O segundo teria sido a criação do Federal Circuit Court of Appeals, em 1982, com a missão de unificar e fortalecer o direito patentário. O terceiro, mais gradual, teria sido a reformulação doutrinária que requereria evidências de efeitos anticompetitivos para a aplicação da doutrina do *misuse*.

3.1.3.1 Caso Walker Process (1965): direitos de PI obtidos mediante fraude

Conforme visto na seção anterior, as mudanças de entendimento da jurisprudência dos EUA ao longo do século XX revelam a dificuldade de serem solucionados litígios que envolvem Direito da Concorrência e DPI. Quando se trata de condutas específicas, os tribunais americanos ainda chegam a conclusões diversas. É o caso da conduta unilateral excludente.

Walker Process Equipment *v.* Food Machinery & Chemical Corp. 382 U.S. 172 (1965)¹⁵⁷ é usualmente apontado¹⁵⁸ como o primeiro processo acerca da aplicação do § 2º do Sherman Act, que visa coibir tentativas de monopolização, em condutas unilaterais exclusionárias envolvendo direitos de PI. Trata-se de caso paradigmático, em que a Food

¹⁵³ BRITO JÚNIOR, Jorge Luiz de. *Interface entre a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência no Brasil*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-17032015-134535/publico/JLB DISSERTACAO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 91.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 108.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice. *Antitrust and Intellectual Property*, Jan. 2003. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-and-intellectual-property>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁵⁶ HOVENKAMP, Herbert. Intellectual Property and Competition. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 15-08, Dec. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2569129>>. Acesso em: 12 out. 2015. p. 6.

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery Corp.*, 382 U.S. 172 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁵⁸ HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015. p. 28.

Machinery foi condenada por violar o referido dispositivo na medida em que visou excluir a Walker Process do mercado, opondo-lhe patente obtida mediante fraude.

Mas o primeiro litígio que envolveu recusa unilateral de contratar, em matéria de DPI, chegou à Suprema Corte dos EUA apenas em 1992: o Caso Kodak.

3.1.3.2 Caso Kodak (1992): alavancagem, mercado primário e mercado secundário

O caso *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992)¹⁵⁹ envolvia organizações independentes (ISOs, em inglês) que prestavam serviços sobre equipamentos da Kodak nos EUA desde o início da década de 1980, inclusive com reposição de peças. O problema teria iniciado em 1987, quando a Kodak começou a restringir o acesso das organizações a seus equipamentos.

Pautadas no § 2º do Sherman Act, as referidas organizações acusaram a Kodak de abusar do poder econômico para atingir posição de monopólio. Valendo-se de seu poder no mercado de fabricação de equipamentos de fotocópia e de micrográficos, alguns dos quais eram patenteados e protegidos por direitos autorais, a empresa estaria prejudicando a concorrência no mercado secundário de prestação de serviços sobre tais equipamentos. Em resumo, a abusividade da Kodak estaria configurada, pois tentava monopolizar mercado diverso daquele em que o direito de PI teria sido reconhecido¹⁶⁰.

Os concorrentes do mercado secundário alegavam que não tinham condições de fazer frente à atuação da Kodak, pois esta impedia o acesso aos produtos. Considerando que os equipamentos eram compatíveis apenas com as peças produzidas pela Kodak, a concorrência estaria prejudicada.

A Kodak, a seu turno, defendeu-se alegando que os direitos de PI que detinha em parte dos produtos visados pelas organizações independentes legitimavam sua recusa de contratar com elas. Ademais, apontou que a política comercial da empresa se caracterizava pela venda dos equipamentos a preços baixos no mercado primário e, em contrapartida, cobrava preços mais elevados no mercado de serviços. Em seu entendimento, a diferenciação de preços teria o

¹⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁶⁰ GLEKLEN, Jonathan. Antitrust Liability for Unilateral Refusals to License Intellectual Property: Xerox and its Critics. Intellectual Property News. *Intellectual Property Committee of ABA's Section of Antitrust Law*, 2001. Disponível em: <<https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/Xerox%20-%20IP%20Refusal%20to%20License%20Case%20Examination.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2014.

condão de beneficiar o próprio consumidor, que pagaria de acordo com o uso que fizesse dos produtos¹⁶¹.

Ao decidir o caso pela primeira vez em 1990, a Corte de Apelações do Nono Circuito dos EUA asseverou que os agentes econômicos detentores de direitos de PI possuem, *presumivelmente*, o direito de recusar a negociar com competidores. Nessa linha, caberia aos autores das ações judiciais oporem-se a tal presunção, muito embora a Corte não tenha detalhado ou estabelecido critérios precisos acerca de como fazê-lo¹⁶².

Merece destaque o fato de que a Corte se valeu, entre outros elementos, da teoria da alavancagem (*leveraging theory*) para acatar o afastamento da referida presunção e, assim, fundamentar a condenação da Kodak. A teoria é definida por Philip Areeda e Donald Turner como a “[...] capacidade de o vendedor induzir o consumidor de um de seus produtos a comprar outro que não pelo mérito deste segundo produto” (tradução nossa)¹⁶³. No caso, entendeu-se que a conduta da Kodak demonstrava sua capacidade de coagir o consumidor a contratá-la no mercado secundário, muito embora alguns pudessem preferir contratar as ISOs, as quais usualmente cobravam preços mais acessíveis. Outro aspecto decisivo para a condenação foi que a empresa se recusava a fornecer até os produtos que não tinham proteção intelectual, o que demonstraria sua intenção de prejudicar os concorrentes.

Em 1992, a Suprema Corte dos EUA manteve a decisão da Corte de Apelações do Nono Circuito. Ainda, importa mencionar que o Nono Circuito voltou a tratar do Caso Kodak em 1997, quando fixou a condenação da empresa em US\$ 71,8 milhões de dólares a título de indenização às ISOs, além de ter sido obrigada a vender às organizações, por preços razoáveis e sem a fixação de condições ou preços de revenda, todas as peças de seus equipamentos que eram comercializadas no mercado secundário. No entanto, a decisão da Suprema Corte foi amplamente criticada pela literatura, não sendo seguida em casos similares, ressalta Hovenkamp¹⁶⁴.

¹⁶¹ KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 70, n. 3, p. 599-642, 2003. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2014. p. 603.

¹⁶² GULLY, Jennifer. Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 13, n. 1, p. 339-353, Jan. 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=btlj>>. Acesso em: 25 out. 2014. p. 340.

¹⁶³ No original: “[...] a supplier's ability to induce his customer for one product to buy a second product from him that would not otherwise be purchased solely on the merit of that second product.” (AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Little, Brown, 1980. p. 202.).

¹⁶⁴ HOVENKAMP, Herbert. Intellectual Property and Competition. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 15-08, Dec. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2569129>>. Acesso em: 12 out. 2015. p. 23.

3.1.3.3 Caso *Data General (1994)*: primazia de direitos de propriedade intelectual

Pouco depois da decisão do caso Kodak, a U.S. Court of Appeals for the First Circuit chegaria, em 1994, a conclusão diversa no caso *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation* 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994)¹⁶⁵. A empresa Data General atuava no mercado de produção e reparação de computadores pessoais. Grumman, a seu turno, detinha direitos autorais sobre um *software* que apontava falhas em computadores pessoais. A autora alegava que o programa era *essencial* para que pudesse realizar reparações de forma adequada¹⁶⁶.

O Tribunal esclareceu que não seria adequado analisar a questão atendendo-se a apenas um mercado e durante um único período. Nesse contexto, apontou que o direito exclusivo conferido pela legislação autoral – e mesmo os valores cobrados a título de cessão de direitos – cria um sistema de inovação benéfico aos consumidores a longo prazo ao estimular investimentos. Entendeu-se que o titular da PI teria a prerrogativa de recusar que outros explorassem sua propriedade.

Nas palavras da Corte de Apelação:

[...] sustentamos que, ainda que a recusa unilateral de licenciar um direito autoral possa justificar uma conduta excludente, a vontade do autor de vedar o uso, por outrem, de sua obra autoral é uma justificativa presumivelmente válida para qualquer prejuízo imediato aos consumidores (tradução nossa)¹⁶⁷.

Contudo, embora tenha julgado improcedente o pleito, o Tribunal excepcionou que condenar titulares de direito de PI pelas normas de defesa da concorrência nem sempre frustraria os interesses protegidos pelo Copyright Act, a lei de direitos autorais norte-americana. De forma sucinta e hipotética, apontou-se que, se a propriedade intelectual fosse adquirida por meio ilícitos, seria possível a aplicação do Sherman Act para condenar seu titular.

¹⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the First Circuit. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation* 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/36/1147/563484/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁶⁶ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 21-22.

¹⁶⁷ No original: “[...] we hold that while exclusionary conduct can include a monopolist's unilateral refusal to license a copyright, an author's desire to exclude others from use of its copyrighted work is a presumptively valid business justification for any immediate harm to consumers.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*).

3.1.3.4 Caso Xerox (2000): reforço da primazia da propriedade intelectual

Em 2000, o caso Xerox¹⁶⁸ inaugurou novas discussões sobre condutas excludentes envolvendo DPI. Criticado pela literatura especializada¹⁶⁹, o entendimento firmado teria fortalecido uma corrente utilitarista que defende a PI e a mínima intervenção antitruste nesta seara.

Em Xerox, a Corte não acatou a tese do autor, uma organização independente, de que a empresa violou as normas de defesa da concorrência ao negar a venda de peças de reposição, as quais eram patenteadas e protegidas por direitos autorais. O Tribunal asseverou que deveria ser observada a regra explicitada no caso Data General, em que o direito de PI confere ao titular a prerrogativa de recusar-se a manter relações comerciais com concorrentes.

Como observa Hovenkamp¹⁷⁰, faz-se necessário diferenciar os casos Kodak e Xerox, visto que o primeiro versava sobre uma gama de produtos pleiteados pelo autor, alguns protegidos pelo DPI e outros não. Quanto à Xerox, todos os produtos eram protegidos como PI. De forma sucinta, o autor resume que, dadas as diferenças entre os casos, o direito de restringir a concorrência, por meio do DPI, possui limites:

Por exemplo, uma patente não oferece proteção alguma se foi ilegalmente adquirida... O direito de excluir [concorrentes] também não embasa a tentativa de estender o “monopólio” além dos termos da patente... A Seção 2 do *Sherman Act* condena condutas excludentes que estendam monopólios naturais em mercados separados. Muito depende, pois, na definição dos termos da patente e do mercado relevante (tradução nossa)¹⁷¹.

Pela jurisprudência firmada em Xerox, é possível identificar a tese de que, dentro dos escopos de determinada PI, verificando-se o mercado relacionado, o titular deteria uma

¹⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals FOR THE Federal Circuit. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/203/1322/474824/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁶⁹ GENEVAZ, Simon. Against Immunity For Unilateral Refusals To Deal In Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP And Other Property Rights. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, p. 741-784, Mar. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=btlj>>. p. 762.

¹⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert, *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 8, Jan. 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014. p. 23.

¹⁷¹ No original: “This basic right of exclusion does have limits. For example, a patent offers no protection if it was unlawfully acquired... Nor does the right of exclusion protect an attempt to extend a lawful monopoly beyond the grant of a patent... Section 2 of the Sherman Act condemns exclusionary conduct that extends natural monopolies into separate markets. Much depends, therefore, on the definition of the patent grant and the relevant market.” (*Ibid.*, p. 22.).

imunidade antitruste¹⁷². Excepcionalmente, só poderia haver condenação pela recusa de contratar mediante a constatação de fraude, venda casada ou *sham litigation*¹⁷³.

3.1.3.5 Caso *Trinko* (2003): mercados regulados

Mantendo o entendimento construído a partir dos casos expostos acima, a Suprema Corte¹⁷⁴ julgou em 2003 a ação intentada por Trinko, filiada à AT&T, em face da Verizon. Em resumo, a empresa alegava que a Verizon lhe negou acesso a sistemas e operações de suporte, tidos como “facilidades essenciais” (tradução literal para *essential facilities*). A conduta seria uma afronta à Lei das Telecomunicações de 1996 e ao § 2º do Sherman Act ao impossibilitar que a autora oferecesse serviços competitivos aos consumidores.

A doutrina norte-americana da *essential facility* visa imputar a agentes o dever de compartilhar com outrem (concorrente ou agente verticalizado) uma “estrutura” tida como essencial em dado mercado. A jurisprudência dos EUA caminhou no sentido de caracterizar uma *essential facility* quando: (i) uma estrutura essencial for controlada por agente que detém poder de mercado; (ii) duplicar a estrutura for impossível do ponto de vista físico ou econômico; (iii) houver recusa de permitir o acesso aos concorrentes; e (iv) for possível autorizar o acesso sem qualquer dano¹⁷⁵.

Embora largamente aplicada em instâncias superiores nos EUA, a Suprema Corte tem se mostrado resistente em reconhecer a teoria da *essential facility*. No que se refere ao DPI, a doutrina ainda não foi aplicada nos EUA em casos que envolvem acusações de infração concorrencial¹⁷⁶.

¹⁷² KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 70, n. 3, p. 599-642, 2003. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2014. p. 599.

¹⁷³ A doutrina da *sham litigation* foi construída pela jurisprudência dos EUA como uma exceção ao direito de petição ao Judiciário ou ao Executivo. Se o pleito não possuir embasamento objetivo e representar uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor pelo uso do processo, poderá ser tido como um artifício anticoncorrencial. Para detalhes, vide: CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 18, p. 58-74, jul./dez. 2010.

¹⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. ____ (2003). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁷⁵ FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014. p. 95.

¹⁷⁶ Para maiores detalhes, vide: GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21102010-081507/publico/Tese_final.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016, p. 209-215. Veja também: COTTER, Thomas. *Essential Facilities Doctrine*. In: HYLTON, Keith

Sobre o caso *Trinko*, em que pese não tratar de direitos de PI, merece atenção pelo fato de a Suprema Corte ter iniciado o julgamento asseverando que situações como de “facilidades essenciais” devem ser analisadas com máxima cautela. O primeiro ponto ressaltado foi que a recusa de contratar com concorrente pode ser considerada um ilícito concorrencial, à luz do Sherman Act, mas coibi-la teria o condão de aproximar os concorrentes, o que pode trazer efeitos mais graves para a concorrência. Outra questão suscitada versava sobre a dificuldade de as autoridades antitruste aplicarem remédios sobre as condutas unilaterais. Com relação à doutrina da *essential facility*, a Suprema Corte afastou-a ao entender que o acesso à facilidade poderia existir no caso em cotejo, sem que fosse imputada qualquer obrigação à Verizon.

O entendimento foi de que a recusa da Verizon não configurava ilícito concorrencial, mas que a empresa poderia eventualmente ser condenada pela Lei das Telecomunicações de 1996. Assim, foi decisivo para o julgamento final o fato de haver um mercado regulado em questão.

Diante disto, o caso diferenciar-se-ia de outros julgados em que o direito à recusa de contratar concorrentes foi excepcionado pelo Judiciário norte-americano. Nesse contexto, o Juiz Antonin Scalia esclareceu que:

[...] a simples existência de monopólio, e a concomitante cobrança de preços de monopólio, não é ilícita; é um importante elemento do sistema de livre mercado. A possibilidade de cobrar preços de monopólio - ao menos em um período curto de tempo - é o que estimula a “astúcia empresarial” em primeiro lugar; ela induz ao risco de gerar inovação e crescimento econômico. Para proteger o incentivo à inovação, o monopólio não é considerado ilegal salvo se acompanha um elemento de conduta anticoncorrencial (tradução nossa)¹⁷⁷.

A Suprema Corte não teria identificado tal elemento, determinando a reforma da decisão do Tribunal de segunda instância, inocentando a Verizon das acusações de desrespeito ao Sherman Act. A decisão é criticada até os dias de hoje, pois a partir de então instâncias

N. (Ed.). *Antitrust. Law and Economics*. Cheltenham (UK); Northampton (USA): Edward Elgar Publishing, 2010. (Encyclopedia of Law and Economics, v. 4). Chap. 7. p. 157-182. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1126708_code702020.pdf?abstractid=1125368&mirid=1>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁷⁷ No original: “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct”. (COTTER, Thomas. *Essential Facilities Doctrine*. In: HYLTON, Keith N. (Ed.). *Antitrust. Law and Economics*. Cheltenham (UK); Northampton (USA): Edward Elgar Publishing, 2010. (Encyclopedia of Law and Economics, v. 4). Chap. 7. p. 157-182. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1126708_code702020.pdf?abstractid=1125368&mirid=1>. Acesso em: 12 out. 2015. p. 7).

inferiores passaram a replicar que não pode ser imputada obrigação a monopolistas para contratar com concorrentes¹⁷⁸.

3.1.3.6 Caso *In re DDAVP (2009): mercados verticalizados*

Em 2009, outro caso emblemático foi decidido nos EUA. Diferentemente de Kodak, Xerox e Data General, em *In re: DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation*, No. 06-5525 (2d Cir. 2009)¹⁷⁹, não se tratava de um mercado secundário no qual a proteção de direitos de PI traria prejuízos à concorrência. Representava, pois, um novo desafio no contexto do Direito Antitruste e do DPI.

A questão começou ainda no ano de 2002, quando as empresas Ferring B.V. e Ferring Pharmaceuticals (em conjunto, Ferring), ajuizaram uma ação contra Barr Laboratories, Inc. por suposta infração à patente '398. Em 2006, o tribunal distrital entendeu que, em vez de ter sido infringida pela Barr, a patente não poderia ser oposta a terceiros, pois seu titular e agentes relacionados teriam cometido condutas ilegais perante o Patent and Trademark Office (PTO) norte-americano.

Encorajados pela decisão, os *direct purchasers*, adquirentes de comprimidos de acetato de desmopressina (DDAVP), medicação antidiurética que reduz a eliminação de água do organismo, ingressaram com uma ação contra a Ferring. Acusavam-na de abuso do sistema de patentes e de violação das normas antitruste por cobrarem preços excessivos pelos comprimidos, impossibilitando, ainda, a concorrência de genéricos no mercado ao manterem um monopólio sobre o DDAVP. Para embasar o argumento, o precedente de Walker Process foi citado.

A Ferring, a seu turno, destacou que o Judiciário não deveria ampliar os parâmetros fixados em Walker Process, sob pena de ser inaugurado precedente para que agentes verticalizados pleiteassem em Juízo indenização por danos concorrenciais e nulidade de registros de direitos de PI. Em primeira instância, o pleito dos autores foi julgado improcedente, pelo que apelaram para a Corte de Apelação do Segundo Circuito.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21102010-081507/publico/Tese_final.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016, p. 214.

¹⁷⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. *In re: DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation*, No. 06-5525 (2d Cir. 2009). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-5525/06-5525-cv_opn-2011-03-27.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

Em grau de recurso, a Corte afirmou ser “relutante em acolher o posicionamento dos réus, pois temeria deixar impune uma violação concorrencial significativa” (tradução nossa)¹⁸⁰. A Corte esclareceu, no entanto, que a questão era prejudicial aos autores, cujo cerne estaria na (im)possibilidade de aplicar o entendimento firmado no caso Walker Process para agentes verticalizados. Entendeu, acolhendo a defesa dos réus, que a jurisprudência não seria aplicável ao caso, pois os autores não eram concorrentes da Ferring, tratando-se na verdade de uma relação vertical, e a patente em questão, julgada inválida em 2006, não estava sendo oposta aos autores.

A decisão do Tribunal de Apelação, ao confirmar parte da sentença de primeiro grau, foi criticada pela FTC e pelo DoJ dos EUA, ambos *amici curiae* no caso. As agências destacaram que os adquirentes¹⁸¹ sofrem danos concorrenciais se um vendedor mantém um monopólio de forma ilegal, opondo a terceiros uma patente obtida com fraude e cobrando preços supracompetitivos. O fato de os autores da ação serem adquirentes, e não concorrentes, não deveria automaticamente afastar o precedente Walker Process¹⁸².

Embora o caso DDAVP Direct Purchaser possa ser considerado isolado, percebe-se uma forte resistência do Judiciário norte-americano em expandir o entendimento de Walker Process. Não se pode deixar de ponderar que o precedente data de 1965 e que o conjunto fático trazido recentemente pelo DDAVP apresentava novas indagações sobre o papel do Direito da Concorrência no contexto do DPI. Assim, independentemente da decisão que poderia ser proferida ao final, a favor ou contra os autores, o Tribunal deixou de analisar com profundidade esse novo caso.

3.1.3.7 Constatações parciais: o posicionamento dos EUA

Os julgados selecionados anteriormente demonstram a dificuldade de conciliar, no plano concreto, o Direito Antitruste e o DPI. De um lado, há precedente nos EUA, como no

¹⁸⁰ No original: “Nonetheless, we are reluctant to embrace the defendants’ position because we are wary of creating the potential ‘to leave a significant antitrust violation undetected or unremedied’”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. *In re: DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation*, No. 06-5525 (2d Cir. 2009). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-5525/06-5525-cv_opn-2011-03-27.html>. Acesso em: 12 out. 2015.).

¹⁸¹ As agências utilizaram o termo consumidor (no inglês, *customer*) para designar os autores. Como se trata de agentes verticalizados, optou-se pela tradução de “adquirente” para exprimir ao leitor a real natureza da relação entre a parte autora e a ré do processo em debate.

¹⁸² SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy*, n. 2, Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014. p. 11.

caso *Kodak*, que admite a aplicação do Antitruste para condutas unilaterais envolvendo PI. Por outro, *Data General* e *Xerox* demonstram haver certa resistência em flexibilizar direitos de PI pelas normas Antitruste.

Em geral, nota-se que a Suprema Corte e os Tribunais de Apelação dos EUA sedimentaram o entendimento de que os direitos de PI gozam de uma presunção de validade. No entanto, a jurisprudência norte-americana entende que, em caráter excepcional, poderá haver violação às normas de defesa da concorrência caso a conduta excludente não possua justificativa válida (além, obviamente, do argumento comum da titularidade de um direito de PI), de acordo com o caso concreto. Por exemplo, a partir da demonstração de ter havido intenção de prejudicar a concorrência ou de ter se obtido o registro da PI por meios fraudulentos, o direito exclusivo em questão não se justificaria, podendo ser afastado pela autoridade.

Posicionamento diverso encontra-se na experiência da UE, conforme será debatido adiante.

3.2 Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual na União Europeia: a recusa de contratar como abuso de posição dominante

As normas de defesa da concorrência no âmbito da União Europeia (UE) apresentam diferenças substanciais se comparadas ao Sherman Act. Mas a aplicação, na Europa e nos EUA, muitas vezes é semelhante¹⁸³.

Como introduzido acima, as semelhanças não subsistem com relação ao tema da recusa unilateral de contratar em matéria de DPI. Se os EUA têm, de certa forma, primado pela tutela de direitos de PI, a UE vem construindo entendimento diverso.

Para se compreender como o tema é tratado no bloco europeu, de início serão feitas reflexões sobre seu regramento concorrencial e sua relação com o DPI. Em seguida, serão abordados os casos relevantes para o presente trabalho que já foram levados ao crivo do Tribunal de Justiça Europeu.

¹⁸³ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 3.

3.2.1 Breves considerações sobre o Direito da Concorrência na União Europeia: as especificidades do regime jurídico do bloco

A proteção da concorrência no âmbito comunitário europeu remonta à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída pelo Tratado de Paris de 1951¹⁸⁴. Os mercados abrangidos pelo tratado precisavam de efetiva concorrência para otimizar seu desempenho, de modo que, já nas primeiras disposições do diploma, em seu art. 5º, a concorrência foi eleita como instituto a ser protegido entre os países signatários¹⁸⁵. Os arts. 65 e 66 vedavam acordos anticoncorrenciais e submetiam à autorização da Alta Autoridade¹⁸⁶ a celebração de concentrações entre agentes econômicos.

Desde a CECA, tem-se a disciplina concorrencial transfronteiriça na Europa não como fim em si mesmo, mas por uma perspectiva duplamente instrumental. De um lado, coíbem-se práticas anticoncorrenciais que possam fechar o mercado comum. De outro, potencializa-se internacionalmente a competitividade das empresas¹⁸⁷. Por isso, a concorrência já era prevista como instrumento para concretizar determinada política pública, balizada, no caso da CECA, pelos objetivos previstos no Título Primeiro do Tratado de Paris de 1951, como a modernização da produção e melhoria da qualidade de produtos e serviços.

Pouco tempo depois, em 1957, foi celebrado o Tratado de Roma, instituindo-se a Comunidade Econômica Europeia (CEE) em um importante processo de maior integração econômica¹⁸⁸. Na mesma esteira instrumental da CECA, a concorrência seria tutelada de acordo com os princípios da Primeira Parte do Tratado de Roma. O Capítulo 1 do Título I da Terceira Parte do tratado trazia dispositivos que vedavam práticas concertadas, regulamentavam as concentrações e ainda coíbiam o abuso de posição dominante.

Nos dias atuais, com a criação da União Europeia (UE), após o Tratado de Maastricht de 1992, a concorrência é regada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia

¹⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. 18 avril 1951. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

¹⁸⁵ Tradução nossa: “Art. 5º. [...] [A Comunidade] assegura o estabelecimento, a manutenção e o respeito de condições normais de concorrência e não exerce uma ação direta sobre a produção e o mercado além das quais as circunstâncias exigem”. No original: “Article 5. [...] Elle assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence et n'exerce une action directe sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent”. (*Ibid.*).

¹⁸⁶ A Alta Autoridade, de acordo com o art. 8º e seguintes do Tratado de Paris de 1951, era competente para promover os objetivos previstos no acordo, sendo composta por nove membros, oito nomeados pelos países membros e o nono eleito pelos demais. (*Ibid.*).

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 81.

¹⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*

(TFUE)¹⁸⁹. Os art. 101 e 102 do TFUE trazem os dois pilares do Direito Concorrencial Europeu, quais sejam, a vedação às condutas anticoncorrenciais concertadas e ao abuso de posição dominante, respectivamente.

A norma insculpida no art. 101 coíbe acordos celebrados entre agentes, decisões de associações e demais condutas colusivas que possam afetar o comércio entre os membros da UE e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. De forma semelhante à estrutura do art. 36 da lei de defesa da concorrência brasileira, conforme será objeto de análise adiante, o art. 101 do TFUE apresenta um rol exemplificativo de condutas vedadas, como a fixação de preços ou a divisão de mercado.

O art. 102 do TFUE disciplina o abuso de posição dominante, vedando-o caso seja apto a afetar o comércio entre os Estados-membros da UE. O tema é central para o estudo da (i)licitude concorrencial da recusa de contratar em matéria de DPI no contexto europeu, pois é do art. 102 que a Comissão Europeia e o Tribunal Europeu têm se valido para abordar tais casos¹⁹⁰.

Ainda em 1978, ao julgar o célebre caso¹⁹¹ *United Brands (Banana Chiquita)*, o Tribunal de Justiça da então Comunidade Econômica Europeia trouxe importante delimitação do conceito de posição dominante. De acordo com o Tribunal,

[...] [a] posição dominante a que se refere esse artigo [86, atual 102 do TFUE] diz respeito a uma posição de poder econômico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores. A existência de uma posição dominante resulta, em geral, da reunião de vários fatores, que, tomados isoladamente, não seriam necessariamente determinantes¹⁹².

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a posição dominante configura-se a partir do momento em que se detém participação significativa no mercado e consideravelmente maior que o concorrente mais forte. A OCDE aponta ser

¹⁸⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. 18 avril 1951. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

¹⁹⁰ Em que pese nos EUA o Sherman Act não tratar da figura do abuso de posição dominante, tendo em vista que tais condutas são passíveis de enquadramento na Seção 2, dedicada aos monopólios ou tentativas de monopolização, no caso da UE, o tema encontra expressa previsão no TFUE em seu art. 102.

¹⁹¹ O caso tornou-se conhecido em razão das amplas discussões sobre o mercado relevante do ponto de vista geográfico e do ponto de vista do produto.

¹⁹² COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Acórdão de 14.2.1978 - Processo 27/76. *United Brands Company e United Brands Continentaal BV versus Comissão das Comunidades Europeias*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddf626408dbc4e40508285801dc74ae28d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPaNf0?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=470216>>. Acesso em: 9 nov. 2015, p. 91.

comum em diversas jurisdições que participações de 40% ou mais confirmam *status* de dominante a agentes econômicos¹⁹³. Dominantes seriam os *players* que ensejam preocupações concorrenciais por serem capazes de cobrar preços de forma independente ao comportamento de seus concorrentes¹⁹⁴.

O abuso de posição dominante se configura quando o agente, que detém referida posição, apresenta uma conduta, comissiva ou omissiva, direcionada a manter ou expandir seu poder de mercado de *modo abusivo*. Os critérios que definem a ilicitude variam de acordo com a jurisdição, embora a experiência europeia tenha consolidado o entendimento de que, por exemplo, cobrança de preço discriminatório ou predatório e venda casada são condutas concorrenciais abusivas se praticadas por agente detentor de posição dominante, conforme aponta a OCDE¹⁹⁵.

Nesse contexto, de forma análoga ao art. 101, o TFUE arrola no art. 102 condutas não taxativas que podem consistir em abuso de posição dominante, como a imposição de preços de revenda. O Tribunal Europeu, ainda sob a égide do Tratado de Roma, buscou detalhar a norma:

A lista de abusos contida no art. 86 do Tratado [de Roma] não é uma lista exaustiva de abusos de posição dominante proibida pelo Tratado. O art. 86 não abarca apenas práticas que podem causar danos aos consumidores de forma direta, mas também as que podem prejudica-los ao impactar uma estrutura de efetiva concorrência, como mencionado no art. 3 (f), do Tratado. O abuso pode, assim, ser configurado se um agente em posição dominante fortalece tal posição de forma que o grau de dominação alcançado compromete a concorrência, isto é, somente remanescem no mercado aqueles agentes cujo comportamento depende do dominante (tradução nossa)¹⁹⁶.

O art. 102 não menciona direitos de PI, tema que encontra guarida no art. 118 do TFUE, que dispõe sobre a necessidade de o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu adotarem medidas para uma proteção uniforme dos produtos do intelecto na UE. Assim, ambos os institutos – concorrência e PI – são simultaneamente tutelados no âmbito do bloco.

¹⁹³ No Brasil, contudo, a Lei nº 12.529/11, em seu art. 36, § 2º, fixa o percentual de 20% de participação no mercado relevante como uma das hipóteses para a presunção da posição dominante.

¹⁹⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, jul. 1993. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015. p. 89.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁶ No original: “The list of abuses contained in Article 86 of the Treaty is not an exhaustive enumeration of the abuses of a dominant position prohibited by the Treaty. Article 86 is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure such as is mentioned in Article 3 (f) of the Treaty. Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i.e. that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one”. (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 21.2.1973 - Processo 6/72. Europemballage and Continental Can v Commission*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>>. Acesso em: 11 nov. 2015. p. 217).

3.2.2 Concorrência e propriedade intelectual na União Europeia: possibilidade de limitação de direitos exclusivos pelas normas de defesa da concorrência

Na União Europeia, as discussões teóricas sobre a interface entre o DPI e o Direito da Concorrência assemelham-se às dos EUA¹⁹⁷. São comuns preocupações concorrenciais sobre acordos firmados entre os agentes envolvendo PI, notadamente contratos de licenciamento¹⁹⁸, sendo que há décadas o bloco já pacificou o entendimento de que o exercício de direitos de PI submete-se às normas de defesa da concorrência.

Ainda em 1967, ao julgar o Caso 24/67 (Parke, Davis & Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm), o Tribunal de Justiça da CEE asseverou que a aplicação do Direito da Concorrência não afeta, por si, a existência ou a aquisição de direitos de PI, apenas limita o exercício dos mesmos. Interessante observar que a Corte destacou não haver anomalia alguma em restringir direitos de patente, citando, para tanto, restrições da própria Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 e restrições expressas em leis nacionais¹⁹⁹. No âmbito do Direito Comunitário, o Tratado não dispunha que, em caso de conflito entre regras de concorrência e de patentes, as últimas deveriam prevalecer.

Dito isso, o Tribunal Europeu citou entendimento da Comissão Europeia de que era necessário examinar os objetivos do Direito Comunitário e do Direito nacional, de sorte que as normas concorrenciais comunitárias permitiriam restrições à liberdade dos agentes. De um lado, tal liberdade seria necessária para alcançar os escopos específico do DPI. De outro lado, não poderia formar um obstáculo para o objetivo final do Tratado, qual seja, o estabelecimento de um mercado livre e comum entre os Estados Membros²⁰⁰.

Precisamente acerca do abuso de posição dominante, o Tribunal esclareceu que o simples exercício de direitos de PI não satisfaz os três requisitos legais para configurar o ilícito: (i) a existência de posição dominante, (ii) o abuso da posição dominante, e (iii) a possibilidade de o comércio entre os Estados membros ser afetado. A autoridade ainda apontou que mesmo

¹⁹⁷ HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461. p. 444.

¹⁹⁸ Hoje, a transferência de tecnologia deve observar os termos das Guidelines de 2014. (UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Communication from the Commission: *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements*, mar. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.089.01.0003.01.ENG>. Acesso em: 15 nov. 2015.).

¹⁹⁹ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 24/67*, fev. 1967. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61967CJ0024&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 61-63.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 63.

a cobrança de preços mais elevados, se comparados aos produtos não patenteados, não constitui, necessariamente, abuso²⁰¹.

Embora pacificada a possibilidade de o Direito da Concorrência ser aplicado em casos de direitos de PI no bloco europeu, é possível identificar a cautela com que o Tribunal age ao tratar tais situações. Quando o tema é a recusa de licenciamento, a defesa da concorrência na Europa ganha contornos ainda mais complexos, como será discorrido adiante com base na jurisprudência comunitária.

3.2.3 Caso Volvo (1988): a propriedade intelectual, isolada, não configura abuso de posição dominante

O primeiro caso²⁰² que abordou a aplicação do Direito da Concorrência sobre recusas unilaterais envolvendo direitos de PI chegou à instância superior no bloco europeu já no final dos anos 1980. O Tribunal de Justiça da CEE decidiu, em 1988, o Caso 238/87 (Volvo v. Veng)²⁰³.

A Volvo era, à época, proprietária de registros de *design* de painéis de automóveis no Reino Unido, e a Veng importava painéis, fabricados sem autorização da Volvo, e os comercializava também no Reino Unido. A Veng, ré em uma série de procedimentos judiciais instaurados pela Volvo para coibir a venda dos produtos, aduziu que a montadora violava o art. 86 do Tratado de Roma, abusando de posição dominante. Como a questão exigia interpretação do Direito Comunitário, o caso foi levado ao Tribunal de Justiça da CEE.

No curso do processo, observações importantes foram feitas pela Comissão Europeia. Ressaltou-se que, a despeito de direitos de PI poderem contribuir para a existência de uma posição dominante, a mera existência dos exclusivos não cria, necessariamente, tal posição²⁰⁴. A posição dominante é um conceito que requer a falta de produtos similares ou substituíveis, defendeu a Comissão.

²⁰¹ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 24/67*, fev. 1967. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61967CJ0024&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 72.

²⁰² Na mesma data o Tribunal julgou o Caso Renault, que, no mérito, teve o mesmo desfecho do Caso Volvo. (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 53/87*, out. 1988. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61987CJ0053>>. Acesso em: 15 nov. 2015.).

²⁰³ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 238/87*, out. 1988. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:24c33700-2092-4e4b-abc6-ed97a2b159ce.0002.03/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 6217.

A simples titularidade do direito de PI não poderia configurar abuso, de acordo com o entendimento da Comissão. Por outro lado, antecipou-se que, em situações particularizadas, o exercício de direitos de PI poderia, de fato, constituir abusividade, vedada pelas normas comunitárias de defesa da concorrência. Seria o caso, por exemplo, da cobrança de preços injustificadamente elevados.

O entendimento foi seguido pelo Tribunal, que afirmou ser corolário do direito de exclusividade implícito na PI a possibilidade de o agente impedir terceiros de produzir, comercializar e importar o produto em questão sem a autorização do titular do direito de PI. O licenciamento compulsório seria a antítese da autonomia e da exclusividade do titular. Ainda, a Corte asseverou que o pagamento de *royalties*, pelo(s) licenciado(s), não mudaria o quadro.

Embora o Tribunal tenha endossado a regularidade do exercício dos direitos de PI, no fim, fez importante ressalva ao admitir a possibilidade de configuração de abuso de posição dominante caso a recusa de licenciar fosse acompanhada de alguma conduta abusiva. Como exemplo, citou-se a recusa *arbitrária* de fornecer peças a assistentes independentes, fixação de preços de peças de reposição em níveis injustos ou a cessação de produção de peças para determinado modelo, ainda que muitos automóveis de tal modelo estivessem em circulação.

3.2.4 Caso Magill (1995): impedimento de novos produtos em mercado secundário

Embora tenha havido precedentes anteriores na Comunidade Europeia acerca da ilegalidade concorrencial pela recusa de contratar, envolvendo ou não PI²⁰⁵, como próprio Caso Volvo, abordado acima, foi a partir de 1995 que o tema ganhou contornos mais emblemáticos na Europa. Nesse ano, o Tribunal de Justiça decidiu o paradigmático Caso Magill, como ficaram conhecidos os casos C-241/91 P e C-242/91 P²⁰⁶.

O litígio começou quando emissoras de TV se recusaram a licenciar à Magill TV Guide Ltd (Magill) direitos autorais detidos sobre listas de programas televisivos semanais na Irlanda. As emissoras publicavam guias que compreendiam apenas seus próprios programas, de sorte que a Magill pretendia lançar um guia próprio e semanal que abarcaria diversos programas de várias emissoras.

²⁰⁵ LAMPING, Matthias. Refusal to License as an Abuse of Market Dominance - From Commercial Solvents to Microsoft. In: HILTY, R.M.; LIU, K.C. *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2015. p. 121-145. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-54704-1_7>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²⁰⁶ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P*. Magill Case, abr. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

O Tribunal iniciou o acórdão reiterando o entendimento jurisprudencial de que a simples titularidade de direito de PI não confere posição dominante²⁰⁷. Com base no caso concreto, foi confirmado o entendimento das instâncias inferiores de que as acusadas detinham posição dominante na medida em que gozavam de verdadeiro monopólio *de facto*.

A tese de defesa sustentava-se basicamente no pressuposto de que o exercício de direitos de PI não poderia ser enquadrado no art. 86 do Tratado, correspondente hoje ao art. 102 do TFUE. Mas o Tribunal, confirmando o entendimento das instâncias inferiores, entendeu pela configuração do abuso de posição dominante valendo-se de três critérios.

O primeiro foi que a negativa de licenciamento impedia o surgimento de um novo produto, para o qual havia demanda específica, constante e potencial por parte dos consumidores. Ademais, não existiam à época, e potencialmente não haveria no futuro, itens substitutos para o novo produto, ou seja, as listas das emissoras eram imprescindíveis para que a Magill criasse as suas²⁰⁸.

O segundo critério consistia na ausência de justificativa para a recusa de licenciar tanto no ramo de transmissão televisiva quanto no de publicação de revistas.

O terceiro foi que, a partir do momento em que negavam a utilização do material, protegido por direitos autorais, as emissoras reservavam para si um mercado secundário, no qual não haveria concorrência²⁰⁹. O Tribunal reiterou ainda que o conteúdo tutelado por direitos de PI consistia verdadeira matéria-prima para o novo produto pretendido pela Magill.

A decisão inaugurou uma nova era no Direito Concorrencial europeu, sendo a primeira vez que a recusa de licenciamento de direito de PI configurou abuso de posição dominante. Apesar disso, o julgado foi objeto de diversas críticas, entre elas a ausência de precisão dos critérios adotados pelo Tribunal, a incerteza sobre a necessidade de os três critérios serem simultaneamente constatados²¹⁰ e a criação artificiosa de um mercado secundário²¹¹.

²⁰⁷ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P. Magill Case*, abr. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2015. p. 822.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 823.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 824.

²¹⁰ HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabricio (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461. p. 448.

²¹¹ De acordo com Matthias Lamping, em estudo dedicado à evolução da jurisprudência europeia sobre a concorrência e a recusa de licenciamento, o Tribunal Europeu teria se valido da teoria do *leveraging market* para transparecer atendimento à jurisprudência comunitária, que, à época, embora em contextos que não envolviam PI, vinha determinando a obrigatoriedade de contratar na hipótese de abusividade em mercado secundário. Para o autor, *Magill* não envolvia mercado primário e secundário, e sim uma verdadeira recusa seletiva de contratar que reservava ao proprietário da “facilidade essencial” oportunidades de mercado criadas pela PI em questão. (LAMPING, Matthias. *Refusal to License as an Abuse of Market Dominance. - From Commercial Solvents to Microsoft*. In: HILTY, R.M.; LIU, K.C. *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*.

3.2.5 Caso *Ladbroke* (1997): a essencialidade do produto

O precedente inaugurado por Magill culminou em um processo instaurado perante a Comissão Europeia por Ladbroke (Caso T-504/93)²¹², empresa belga que produzia livros sobre corridas de cavalo no exterior. Em síntese, a acusação foi feita contra Pari Mutuel Urbain Français (PMU) e Pari Mutuel International (PMI), que detinham direitos exclusivos para, entre outros, explorar imagens e informações sobre corridas de cavalo organizadas na França.

Embora a PMI tenha contratado com uma empresa alemã para autorizá-la a explorar imagens e também comentários sonoros sobre as corridas na Alemanha e na Áustria, Ladbroke não conseguiu o licenciamento dos direitos autorais para atuar na Bélgica. Assim, acusou as empresas de abuso de posição dominante, apontando uma série de elementos que configurariam afronta ao Tratado da UE: (i) haveria possibilidade técnica de licenciamento mediante o pagamento de encargos razoáveis; (ii) PMU e PMI estavam se preparando para licenciar os direitos a concorrentes de Ladbroke na Bélgica; (iii) já teria havido licenciamento em outros países, como na própria França e na Alemanha, o que tornava a conduta arbitrária e discricionária; (iv) a recusa de fornecer os produtos protegidos por direitos autorais impedia a introdução de um novo produto na Bélgica; (v) apesar da existência de direitos autorais, os titulares não poderiam fazer uso dos mesmos de forma abusiva; e (vi) não havia justificativa objetiva para a recusa de contratar. O Caso Magill foi expressamente citado por Ladbroke para embasar seus fundamentos²¹³.

A Comissão Europeia, ao defender a decisão que havia inocentado as acusadas, destacou que, além de não ter sido evidenciada a posição dominante conjunta das partes, o caso em apreço se diferenciaria de Magill, na medida em que neste último a conduta tida como abusiva impedia o surgimento de um novo produto em detrimento dos interesses dos consumidores. Em Ladbroke, no entanto, a Comissão ressaltou que empresa visava a bens (imagens e sons) que não constituíam serviço genuinamente diverso daquele já existente e prestado aos apostadores²¹⁴ e que as acusadas tinham motivos comerciais relevantes para a recusa²¹⁵.

Berlin; Heidelberg: Springer, 2015. p. 121-145. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-54704-1_7>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 26.).

²¹² COMUNIDADE EUROPEIA. Court Of First Instance. *Case T-504/93*, June 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993TJ0504&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²¹³ *Ibid.*, p. 933.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 935.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 964-965.

A empresa belga destacou que, em Volvo, o Tribunal mencionou algumas condutas exemplificativas que poderiam configurar abuso de posição dominante em situações envolvendo PI. O Caso Magill, curiosamente, não apresentava uma conduta suscitada em Volvo, o que demonstraria a possibilidade de as autoridades europeias aplicarem o então art. 86 do Tratado, que coibia o abuso de posição dominante, a outros casos²¹⁶.

Mas o Tribunal não acatou a tese expansiva de Ladbroke. Em seu entendimento, as acusadas não exploraram os direitos autorais na Bélgica, de modo que a recusa não causava danos à concorrência no País. Somado a isso, o abuso de posição dominante só poderia ser configurado se se constatasse ao menos uma das situações: (i) o produto ou serviço em questão fosse essencial para o exercício de uma atividade, no sentido de não haver real ou potencial substituto; ou (ii) a criação de um novo produto estaria sendo inibida, a despeito de uma demanda específica, constante e regular por parte dos consumidores. Nenhuma delas foi evidenciada no caso, levando o Tribunal a afastar a acusação de abuso de posição dominante.

Interessante observar que a decisão do Caso Ladbroke flexibilizou os critérios do precedente Magill, pois se admitiu, ao menos teoricamente, que a configuração do abuso não exige o impedimento da introdução de um novo produto. O Tribunal criou um critério alternativo, qual seja, sendo o produto ou serviço em cotejo, ainda que protegido por direitos de PI, *essencial* para dada atividade, a recusa de licenciar pode ser um ilícito concorrencial²¹⁷.

3.2.6 Caso Bronner (1998): eliminação da concorrência, indispensabilidade e insubstituibilidade

O Caso C-7/97²¹⁸, ou Caso Bronner, como ficou conhecido, não tratava de direitos de PI, mas obteve decisão do Tribunal Europeu que incluía importantes ressalvas sobre a jurisprudência europeia permissiva da obrigação de contratar por abuso de posição dominante. O processo iniciou-se na Áustria quando Oscar Bronner, editor, produtor e distribuidor de um jornal diário, intentou uma ação contra a Mediaprint, empresa de outro jornal diário.

²¹⁶ COMUNIDADE EUROPEIA. Court Of First Instance. *Case T-504/93*, June 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993TJ0504&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 964.

²¹⁷ DERCLAYE, Estelle. The IMS Health Decision: a triple victory. *World Competition*, v. 27, n. 3, p. 397-405, 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=estelle_derclaye>. Acesso em: 16 nov. 2015. p. 3.

²¹⁸ COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-7/97*, nov. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddc4698d45f91d46fd83a99998216112c7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRc3n0?text=&docid=43749&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108435>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

De acordo com Bronner, a empresa ré criara uma estrutura de entrega de jornais diretamente aos assinantes nas primeiras horas do dia, o que consistiria em uma estrutura essencial (*essential facility*). Por não lhe oferecer tal estrutura, caracterizar-se-ia abuso de posição dominante, citando-se o precedente Magill.

O Tribunal de Justiça mostrou-se bastante reservado com relação às acusações de Bronner. No entendimento da Corte, ainda que os precedentes de casos de PI, como Magill, fossem aplicáveis a qualquer tipo de direito de propriedade, a interpretação existente era que determinados fatores devem coexistir para que a obrigação de contratar seja imposta. Citou-se que a concorrência deveria ser eliminada por completo, que a estrutura pretendida deveria ser indispensável para a subsistência do negócio e que não poderia haver substituto atual ou potencial para a referida estrutura.

Considerando tais critérios, o Tribunal concluiu que nenhum deles teria sido configurado em Bronner. Por conseguinte, foi afastada a acusação de abuso de posição dominante.

3.2.7 Caso IMS Health (2004): cumulatividade de requisitos

Se após o Caso Magill muito se discutiu sobre a cumulatividade dos requisitos para a configuração do ilícito concorrencial, o Caso C-418/01, ou Caso IMS Health²¹⁹, trouxe algumas respostas às indagações que permeavam a literatura antitruste²²⁰.

IMS e NDC eram empresas que comercializavam produtos farmacêuticos na Europa. A IMS fornecia dados para laboratórios sobre vendas regionais na Alemanha, sob o formato de estruturas modulares. As estruturas eram criadas por centenas de módulos, cada um correspondente a uma área geográfica. Os módulos ainda eram definidos por vários critérios, como densidade populacional e conexões de transporte²²¹.

Já a NDC adquiriu outra empresa, a PII, que havia sido fundada por um antigo gerente da própria IMS. A produção da PII incluía estruturas modulares próprias, mas, a partir do momento em que diversos clientes se mostravam reticentes, pouto acostumados com as

²¹⁹ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-418/01*, abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=PT>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

²²⁰ HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461. p. 448.

²²¹ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *op. cit.*, p. 5072.

estruturas da IMS, a PII decidiu usar estruturas muito semelhantes às da IMS, iniciando-se o conflito entre os agentes.

A IMS tentou medidas judiciais para coibir a exploração pela PII, que respondeu acionando a Comissão Europeia sob o fundamento de ter havido abuso de posição dominante por parte da IMS ao recusar o licenciamento. A conduta se enquadrar no então art. 82 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (atual art. 102 do TFUE).

A Comissão Europeia chegou a determinar, em julho de 2001, o licenciamento como medida provisória ao caso, aduzindo que havia apurado circunstâncias excepcionais autorizadoras do remédio. A estrutura criada pela IMS teria se tornado um padrão industrial no mercado relevante em questão, e a recusa, sem qualquer justificativa objetiva, eliminaria a concorrência²²².

Poucos meses depois, em outubro, o Tribunal suspendeu a medida imposta pela Comissão enquanto uma análise substancial do caso não fosse feita pela Corte, cuja decisão final foi proferida apenas em 2004. O Tribunal Europeu foi instado a esclarecer se e em quais circunstâncias a recusa de licenciar, por um agente em posição dominante, titular de direito de PI referente a um produto indispensável para a atuação de outrem no *mesmo* mercado, pode configurar abuso de posição dominante²²³.

A IMS argumentava que o precedente de Magill exigia a presença de três condições. A recusa deveria inviabilizar a criação de um novo produto, deveria ser injustificada e deveria ter como efeito o domínio de um mercado secundário. No caso em análise, a primeira e a segunda condições não estavam presentes, defendeu-se a IMS²²⁴.

A NDC, a seu turno, ressaltou que o Tribunal, em Magill, não afirmou ser essencial a existência de dois mercados distintos para que fosse configurado o abuso de posição dominante. Alegou, ainda, ser suficiente o monopólio de uma infraestrutura indispensável para a concorrência. A Comissão Europeia também sustentou a tese de não ser imprescindível que a estrutura em questão esteja em um mercado separado, bastando apenas que esteja em estágio de produção diverso²²⁵.

Ao julgar o caso, o Tribunal asseverou que a jurisprudência europeia seria clara no sentido de que os três requisitos para a configuração do abuso de posição dominante por recusa

²²² COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-418/01*, abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=PT>>. Acesso em: 16 nov. 2015. p. 5074.

²²³ *Ibid.*, p. 5080.

²²⁴ *Ibid.*, p. 5081.

²²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

de licenciar direitos de PI são cumulativos²²⁶. Foi destacado, ainda, que não há ilicitude quando o agente se recusa a contratar inibindo outrem de apenas duplicar o produto ou serviço já oferecido, no mercado secundário, pelo titular de direitos de PI.

O entendimento proveniente de *IMS Health* levou à constatação de que:

[...] todas as seguintes condições devem ser observadas para que se possa impor à empresa uma licença compulsória com base na disciplina do direito concorrencial comunitário:

- 1) que o titular de um direito de propriedade intelectual detenha posição dominante no mercado comum ou em parcela substancial dele, de modo que o comércio entre os Estados-membros seja substancialmente afetado;
- 2) que o direito de PI dê acesso ao produto ou serviço indispensável para uma atividade econômica em particular (e aqui se procede ao *essential facility test*);
- 3) que haja dois mercados separados, i.e., um mercado origem para o produto considerado bem essencial ou indispensável e o mercado para a atividade ou negócio dependente (*two markets-test*);
- 4) que a recusa de licenciar tenha como efeito impedir o desenvolvimento e surgimento de um novo produto no mercado, não oferecido pelo titular do direito de propriedade intelectual, mas para o qual haja uma potencial demanda consumidora (*limiting on production-test*, de acordo com o art. 82 (b) do TCE);
- 5) que a recusa não seja justificada por considerações objetivas (*objective considerations*);
- 6) que a recusa venha excluir a concorrência no mercado secundário (*leveraging-test*)²²⁷.

Apesar do esforço do Tribunal em pacificar o entendimento sobre o tema, a decisão de 2004 foi polêmica ao dividir opiniões. Se houve elogios à clareza e à segurança jurídica proporcionada após o Caso *IMS Health*²²⁸, também houve severas críticas no sentido de que a cumulatividade dos requisitos restringiria demasiadamente as hipóteses de licenciamento compulsório na Europa, tornando-o mais restritivo que os critérios construídos pela jurisprudência para determinar uma obrigação geral de contratar²²⁹.

Destarte, outras questões permaneciam sem respostas. O que tornaria um produto “novo”? O Tribunal Europeu estaria disposto a replicar o precedente *IMS Health* para outros tipos de PI, como patentes²³⁰? As expectativas eram depositadas no Caso *Microsoft*, que ainda chegaria ao crivo do Tribunal, conforme será abordado adiante.

²²⁶ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-418/01*, abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=PT>>. Acesso em: 16 nov. 2015. p. 5082.

²²⁷ HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461. p. 448-449.

²²⁸ DERCLAYE, Estelle. The *IMS Health* Decision: a triple victory. *World Competition*, v. 27, n. 3, p. 397-405, 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=estelle_derclaye>. Acesso em: 16 nov. 2015. p. 6-7.

²²⁹ HEINEMANN, *op. cit.*, p. 449.

²³⁰ DERCLAYE, *op. cit.*, p. 8.

3.2.8 Caso Microsoft (2007): um novo marco na jurisprudência europeia

Um mês após a decisão do Tribunal em IMS Health, a Comissão Europeia decidiu²³¹ o caso de maior repercussão internacional²³² na seara da recusa de licenciar direitos de PI: o Caso Microsoft. O desfecho²³³ viria somente em 2007, quando o Tribunal de Primeira Instância da UE confirmou grande parte da decisão da Comissão²³⁴.

A Microsoft vinha sendo alvo de diversos processos de cunho concorrencial nos EUA e na Europa. Com posição dominante (mais de 90%) no mercado de sistemas operacionais de computadores pessoais (PCs, *personal computers*), a empresa foi processada e condenada na União Europeia por violar as normas de defesa da concorrência. Em suma, dois eram os vieses do mérito do processo: integração do produto e recusa de licenciar.

Programas independentes de reprodução de mídia vinham enfrentando uma série de dificuldades para funcionar de forma adequada na plataforma Windows. A integração do sistema operacional Windows com o *software* Windows Media Player, também da Microsoft, criava dificuldades para o funcionamento de outros programas. Para reverter o quadro, a Comissão Europeia determinou que a Microsoft disponibilizasse uma nova versão do Windows que não demandasse a instalação do Windows Media Player.

O abuso de posição dominante também teria sido configurado na medida em que, com vistas a conquistar participação no mercado de plataformas de trabalho em rede, a Microsoft também teria causado incompatibilidades para reprodutores de mídia. Como remédio posteriormente confirmado pelo Tribunal, a Comissão impôs a obrigação de fornecer informações, alegadas pela empresa como protegidas por direitos de PI ou como segredos industriais, sobre a interoperacionalidade dos sistemas.

A Comissão Europeia destacou que:

[...] [a] função central dos direitos de propriedade intelectual é proteger os direitos morais da obra e assegurar uma recompensa pelo esforço criativo. Mas também é um objetivo essencial

²³¹ UNIÃO EUROPEIA. European Commission. *Case COMP/C-3/37.792 Microsoft*, mar. 2004. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occc=first&part=1&cid=75010>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²³² HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabricio (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461. p. 446.

²³³ Embora a decisão principal do Tribunal tenha sido proferida em 2007, discussões sobre as multas milionárias impostas pela Comissão arrastaram-se até 2012. (FREE SOFTWARE FOUNDATION EUROPE. *European Commission vs Microsoft: chronology of the case*. Disponível em: <<https://fsfe.org/activities/ms-vs-eu/timeline.en.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.).

²³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Court of First Instance. *Case T-201/04*, set. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occc=first&part=1&cid=111136>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

do direito de propriedade intelectual que a criatividade seja estimulada pelo interesse público. A recusa por um agente de licenciar pode, sob circunstâncias excepcionais, ser contrária ao interesse público, configurando um abuso de posição dominante com efeitos danosos à inovação e aos consumidores (tradução nossa)²³⁵.

Além da própria complexidade dos mercados envolvidos no Caso Microsoft, o Tribunal Europeu foi provocado a se pronunciar acerca da jurisprudência europeia sobre a recusa de contratar, incluindo situações de direitos de PI. De um lado, a empresa norte-americana alegava que os critérios fixados cumulativamente a partir do Caso IMS Health não estavam presentes no processo da Microsoft. A Comissão Europeia, a seu turno, defendeu que, para se determinar se uma recusa é abusiva, devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias particulares de tal recusa, as quais não necessariamente devem ser as mesmas tratadas nos precedentes Magill e IMS Health.

O Tribunal reiterou o entendimento de que seria somente sob circunstâncias excepcionais que o exercício de direitos de PI pode configurar abuso de posição dominante. Mas o Tribunal não acatou completamente a tese da Comissão de que outras circunstâncias poderiam ensejar o licenciamento, defendendo que, de acordo com a jurisprudência fixada na UE, três seriam as circunstâncias: (i) a recusa refere-se a produto ou serviço indispensável para a atuação em mercado relacionado; (ii) a recusa tem o condão de excluir qualquer concorrência efetiva em mercado relacionado; e (iii) a recusa inibe o surgimento de um novo produto pelo qual há demanda potencial.

Apesar disso, o Tribunal encontrou dificuldades em aplicar, cumulativamente, os critérios construídos a partir de Magill e IMS Health²³⁶. É possível perceber que o Tribunal flexibilizou a exigência de que a conduta somente seria abusiva se inviabilizasse a criação de um novo produto, tornando o Caso Microsoft paradigmático ao estabelecer parâmetros menos rígidos. Entendeu-se que não era “manifestamente incorreta” a conclusão da Comissão de que a Microsoft vinha, em realidade, limitando o *desenvolvimento técnico* em prejuízo aos

²³⁵ No original: “The central function of intellectual property rights is to protect the moral rights in a right-holders work and ensure a reward for the creative effort. But it is also an essential objective of intellectual property law that creativity should be stimulated for the general public good. A refusal by an undertaking to grant a licence may, under exceptional circumstances, be contrary to the general public good by constituting an abuse of a dominant position with harmful effects on innovation and on consumers.” (EUROPEAN COMMISSION. *Case COMP/C-3/37.792 Microsoft*, Mar. 2004. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=75010>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 192.).

²³⁶ LAMPING, Matthias. Refusal to License as an Abuse of Market Dominance - From Commercial Solvents to Microsoft. In: HILTY, R.M.; LIU, K.C. *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2015. p. 121-145. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-54704-1_7>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 17.

consumidores. Por conseguinte, a Corte afirmou que o problema do surgimento de novos produtos estava, de certa forma, presente no caso²³⁷.

Por fim, o Tribunal também confirmou o entendimento da Comissão Europeia de que não havia, por parte da Microsoft, justificativa objetiva para a recusa. O ônus de provar a existência de justo motivo para a negativa de licenciar direitos ou divulgar informações confidenciais seria do agente sob investigação²³⁸. Afinal, concluiu o Tribunal, se a mera alegação de que a titularidade de direitos de PI constituísse justificativa objetiva para a recusa de licenciar, as situações excepcionais consagradas pela jurisprudência europeia nunca se aplicariam.

3.2.9 Constatações parciais: o posicionamento da União Europeia

Os precedentes de abuso de posição dominante por recusa de licenciar direitos de PI na Europa endossam a complexidade do tema. Os casos que já foram levados a julgamento no Tribunal Europeu demandaram anos de investigação nas instâncias inferiores e contaram com embates jurídicos profundos.

Conforme narrado anteriormente, houve situações em que o Tribunal discordou das conclusões alcançadas pela Comissão Europeia. Na tentativa de pacificar o tema, a Corte Europeia visou construir critérios precisos em *IMS Health*, haja vista todas as discussões provocadas depois de *Magill* e *Ladbroke*.

Contudo, o entendimento pós-*IMS Health* não abarcava todas as situações em que o abuso de posição dominante, em se tratando do DPI, poderia ser configurado. Evidência disso foram os desafios lançados a partir do Caso *Microsoft*, decidido pelo Tribunal apenas em 2007.

A partir de *Microsoft*, a Corte Europeia precisou, de certo modo, rever o rigor com que vinha tratando o tema. Com base nas conclusões do caso, é possível traçar três condições para que a recusa de licenciar seja considerada infratora do art. 102 do TFUE:

- (1) O bem em questão deve ser indispensável para a concorrência no mercado e não deve haver qualquer substituto atual ou potencial para o mesmo.
- (2) Ao recusar o licenciamento, o titular do direito
 - inviabiliza melhorias qualitativas ou quantitativas à demanda do mercado, em prejuízo aos consumidores, *ou*
 - expande a posição dominante para outro mercado economicamente independente, que não é apenas um mercado secundário da estrutura essencial e as oportunidades de mercado criadas por ela;

²³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Court of First Instance. *Case T-201/04*, Sept. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=111136>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 200-206.

²³⁸ *Ibid.*, p. 212.

(3) A recusa de licenciar não é justificada por motivos razoáveis (LAMPING, 2015, p. 20-21, tradução nossa)²³⁹.

O abuso de posição dominante envolvendo o DPI é tema recorrente no bloco europeu, o qual já se deparou com casos emblemáticos que propiciaram a construção de um entendimento jurisprudencial. O mesmo não se pode afirmar sobre o Brasil, tema do item subsequente.

3.3 Recusa de contratar, direitos de propriedade intelectual e o controle de condutas no Brasil: como tem se posicionado o CADE

A despeito da remanescente divergência jurisprudencial nos EUA e da evolução do entendimento na UE no que se refere à recusa de contratar envolvendo direitos de PI como infração às normas concorrenciais, é possível perceber que já houve amplo debate em outras jurisdições sobre o tema. No Brasil, no entanto, a questão ainda caminha a passos lentos, havendo poucos casos submetidos ao crivo do CADE, como será demonstrado adiante, e nenhum levado ao Poder Judiciário.

O escopo desta seção é trazer à reflexão os casos já existentes na esfera administrativa no Brasil²⁴⁰. A partir de então, poderá ser traçado um panorama do estágio em que se encontra o ordenamento brasileiro sobre o tema, isto é, o grau de aprofundamento do SBDC no que se refere a direitos de PI no controle de condutas.

No capítulo 2 do presente trabalho, foram abordados importantes fundamentos jurídicos que podem justificar a aplicação do Direito da Concorrência em casos de direitos de PI, no Brasil, principalmente sob a sistemática constitucional. O início deste capítulo 3 informou como a Lei nº 12.529/11 contém conceitos abertos acerca das condutas que podem constituir infrações à ordem econômica, incluindo situações que envolvem direitos de PI.

²³⁹ LAMPING, Matthias. Refusal to License as an Abuse of Market Dominance - From Commercial Solvents to Microsoft. In: HILTY, R.M.; LIU, K.C. *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2015. p. 121-145. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-54704-1_7>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 20-21.

²⁴⁰ Na UE, como visto, os casos selecionados no presente trabalho se referem ao abuso de posição dominante, haja vista o teor do art. 102 do TFUE. No Brasil, por outro lado, a sistemática da Lei nº 12.529/11 é mais ampla, na medida em que veda tanto o abuso de posição dominante (inciso IV do art. 36), quanto os atos que tenham por objeto ou possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa (inciso I), dominar mercado relevante de bens ou serviços (inciso II), aumentar arbitrariamente os lucros (inciso III) e exercer de forma abusiva posição dominante (inciso IV). Por esse motivo, a abordagem na presente seção será mais ampla, utilizando-se o termo “controle de condutas”. Ainda que hipoteticamente admita-se a possibilidade de uma prática envolvendo direitos de PI ser vedada no Brasil por agente não detentor de posição dominante, a jurisprudência ora selecionada do CADE demonstra que, muitas vezes, as representações que chegam ao Conselho vinculam-se a situações de abuso de posição dominante.

Assim, não será dedicada nova atenção, nesta seção 3.3, a um estudo sobre a possibilidade de limitar o exercício de direitos de PI pelas normas de defesa da concorrência²⁴¹. Nessa linha, de forma análoga às seções 3.2 e 3.1, o atual foco é responder *quando* tal limitação pode ocorrer; e *não se* pode ocorrer.

3.3.1 Os primeiros anos do CADE: abuso de direitos de propriedade intelectual no Brasil com registros extintos no Exterior

Os primeiros sinais de diálogo entre o Direito da Concorrência e o DPI no Brasil podem ser encontrados, no contexto do CADE, ainda sob a vigência da Lei nº 4.137/62²⁴², que instituiu o Conselho em seu art. 8º. A legislação conferia ao CADE a competência de cassar de forma automática patente concedida no Brasil, mas cujo registro tivesse caducado em outra jurisdição que mantivesse acordos sobre a matéria com o País, conforme o art. 4º²⁴³.

A regra da Lei nº 4.137/62 determinava que o CADE apuraria, em processo administrativo, apenas se haveria provas de que o registro da patente tivesse, de fato, sido concedido e atingido o prazo legal máximo em outro país. Em seguida, ao Departamento Nacional da Propriedade Intelectual caberia unicamente formalizar a extinção do registro brasileiro²⁴⁴.

Interessante observar que já naquela época o tratamento pelo CADE de condutas envolvendo direitos de PI se mostrava polêmico, sendo ilustrativo o voto proferido pelo Conselheiro Relator José de Mendonça Braga nas Averiguações Preliminares nº 23:

[...] a inclusão no âmbito de atuação deste Egrégio Conselho dos assuntos relativos e privilégios de patente não se fez de modo tranquilo e decidido. Muito pelo contrário. O próprio Governo que criou este Conselho hesitou em nos conferir competência sobre a Matéria. Tanto assim, que vetou o art. 49 do Projeto que se transformou na

²⁴¹ Isso não significa, contudo, que serão ignorados fundamentos jurídicos empregados pelo SBDC quando da análise dos casos então existentes. Havendo relevante fundamentação por parte do SBDC, os aspectos principais serão reportados.

²⁴² “Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.” (BRASIL. Lei nº 4.137/62. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de novembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14137.htm>. Acesso em: 27 de fev. 2016.).

²⁴³ “Art. 4º Será automaticamente cassada a patente concedida pelo Departamento Nacional de Propriedade Industrial desde que feita prova de já haver sido concedida e caducado em nação que mantenha acordos sobre a matéria com o Brasil.” (*Ibid.*).

²⁴⁴ Vide, por exemplo, o Processo de Averiguações Preliminares n. 112, em que Bombril S/A Indústria e Comércio acusava as representadas Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co. de abusarem de poder econômico ao explorar patente no Brasil cujo registro já estava extinto nos EUA. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo de Averiguações Preliminares n. 112*. Relator: Conselheiro Féres Nader. Brasília, Distrito Federal, 14 dez. 1981.).

Lei n. 94.137-62 — o qual só sobreviveu porque o Congresso Nacional houve por bem mantê-lo. O resultado de tanta timidez foi o cerceamento da nossa competência, que ficou reduzida a um mínimo quase insuportável, a uma única hipótese, de contornos nítidos e rígida tipicidade.²⁴⁵

Apesar da redação inequívoca do art. 4º, houve registros na jurisprudência do CADE de que a cassação só seria possível mediante a configuração de uma das modalidades²⁴⁶ de abuso de poder econômico constantes do art. 2º da Lei nº 4.137/62²⁴⁷. O mesmo voto do Conselheiro José de Mendonça Braga demonstra a exegese:

O CADE só pode provocar a cassação de uma patente quando se trata de privilégio de invenção que, originalmente, tenha sido concedido e caducado em nação que mantenha acordos sobre a matéria com o Brasil, e desde que a sua vigência, em nosso País esteja criando dificuldades ao desenvolvimento harmônico da economia nacional, de modo a configurar uma das espécies de abuso do poder econômico previstas no art. 2º da Lei nº. 4.137-62. Três, portanto, são requisitos exigidos pela vigente legislação “antitrust” para que esta Corte possa determinar a cassação de uma patente:

- 1º) Que se trate de uma patente de invenção concedida pelo DNPI, com base numa correspondente art. 2º estrangeira;
- 2º) que a patente em questão tenha sido concedida e caducada em nação que mantenha acordos sobre a matéria com o Brasil;
- 3º) que a vigência da mesma patente, em nosso País, esteja criando dificuldades ao desenvolvimento harmônico da economia nacional, pela configuração de uma das modalidades de abuso de poder econômico previstas no art. 2º da Lei nº. 4.137-62.²⁴⁸

Embora atualmente o CADE não detenha mais a competência para declarar a cassação de registros de direito de PI, a fase inicial do Conselho demonstrava a preocupação de se conciliar o tema com o desenvolvimento da economia nacional, objetivo constitucionalmente assegurado. Os posteriores posicionamentos do CADE confirmam que tal preocupação se manteve, conforme será visto adiante.

3.3.2 Caso Microsoft (2005): preços excessivos, venda casada e cláusulas abusivas

A Microsoft foi alvo de averiguações preliminares perante o CADE. A averiguação nº 08012.004570/2000-50²⁴⁹ tratou de acusação pela Sociedade Brasileira de Instrução, contra a Microsoft, por fixação arbitrária da margem de lucro, concessão de licenças de uso restrito,

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo de Averiguações Preliminares n. 23*. Relator: Conselheiro José de Mendonça Braga. Brasília, Distrito Federal, 21 fev. 1968.

²⁴⁶ Interessante notar que algumas das modalidades que já eram previstas na Lei nº 4.137/62 assemelham-se aos atuais exemplos de condutas arroladas no art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/11.

²⁴⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Jurisprudência sobre PI do CADE*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 1º mar. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3215/jurisprudencia_sobre_pi_do_cade>. Acesso em: 27 fev. 2016.

²⁴⁸ BRASIL, *op. cit.*

²⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.004570/2000-50*. Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Brasília, 15 jul. 2005.

cobrança de preços excessivos, prática de venda casada relativamente a *softwares* e imposição de cláusulas abusivas e anticoncorrenciais em contratos de treinamento. O Tribunal do CADE, em 2005, seguiu o entendimento da SDE de que a lide posta perante a autarquia era de natureza privada, a ser idoneamente dirimida pelo Poder Judiciário. Assim, os conselheiros determinaram o arquivamento da averiguação preliminar por unanimidade e, seguindo o voto do Conselheiro Luiz Prado, recomendaram que a SDE iniciasse uma investigação sobre as práticas de venda casada, que já teriam sido coibidas na União Europeia e nos EUA²⁵⁰.

3.3.3 Caso Monsanto (2007): venda casada

Em 1998, a Monsanto foi denunciada pela Nortox por supostas práticas de venda casada entre sementes de soja geneticamente modificadas, protegidas pela Lei de Proteção de Cultivares, e herbicida à base de glifosato²⁵¹. A Monsanto também estaria impedindo o acesso dos demais ofertantes de defensivos agrícolas às referidas sementes, com o intuito de eliminá-los do mercado. A Monsanto era líder mundial em vendas de herbicidas à base de glifosato (conhecido no varejo com o nome de *Round up*) e a Nortox, sua concorrente, comercializando o Glifosato Nortox.

Com base em tais fatos, a Monsanto foi acusada de prejudicar a concorrência, dominar o mercado relevante e exercer de forma abusiva posição dominante (art. 20, incisos I, II e IV da Lei nº 8.884/94). A Nortox aduziu ainda que as condutas da Monsanto estariam tipificadas no art. 21 da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, impedindo o acesso da Representante ao mercado e recusando a venda de bens, por exemplo.

Em suma, a Nortox alegava que a Monsanto vinculava a venda das sementes transgênicas de soja à venda de seu próprio herbicida, com o argumento de que as sementes toleravam apenas o *Round up*. A Representante aduziu, perante o CADE, que a Representada recusava-se a disponibilizar suas sementes geneticamente modificadas, impossibilitando os testes de herbicidas da Nortox.

A despeito dos argumentos de defesa sobre a prática de venda casada, definição do mercado relevante e ausência de abuso de posição dominante, importa destacar, para a

²⁵⁰ A Microsoft foi alvo de outras representações no CADE, não mencionadas nesta dissertação, por fugirem do escopo aqui restrito às questões afetas a abusos de direito de PI. Por exemplo, vide também a Averiguação Preliminar nº 08012.002034/2005-24, que tratava de venda casada, entre outras acusações. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24*. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú. Brasília, 19 abr. 2007).

²⁵¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.008659/1998-09*. Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 29 jun. 2007.

finalidade do presente trabalho, a afirmação da Monsanto de que, à época, as sementes ainda constituíam segredo industrial, e estariam disponíveis assim que colocadas no mercado. Refutando o pedido de medida preventiva pleiteada pela Nortox para que as sementes fossem disponibilizadas para os concorrentes, a Monsanto afirmou que o dano seria irreparável caso a medida fosse concedida, pois a empresa teria investido em P&D para a inovação das sementes transgênicas e ainda não teria auferido benefícios com as mesmas no mercado.

Os pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como da ProCADE, defenderam o arquivamento da averiguação preliminar, pois, antes da comercialização das sementes no Brasil, não haveria que se cogitar em recusa de contratar. Em 2007, o Tribunal do CADE confirmou o entendimento dos demais órgãos do SBDC, determinando o arquivamento da averiguação preliminar.

O caso da Monsanto ventilou no SBDC as primeiras situações em que concorrentes visavam ao acesso à bens protegidos pela legislação de PI. No entanto, considerando o fato peculiar de que, à época, os insumos ainda não estavam sendo comercializados no mercado, o CADE deixou de se posicionar de forma mais contundente acerca deste tipo de infração concorrencial.

3.3.4 Caso Gradiente/Cemaz e Phillips (2009): acesso à infraestrutura essencial

Outros desafios colocaram-se diante do SBDC a partir da Averiguação Preliminar nº 08012.001315/2007-21²⁵². Gradiente e Cemaz acusaram²⁵³ a Phillips, detentora de direitos de PI sobre aparelhos de DVD, de abusar de posição dominante ao abordar clientes de aparelhos de DVD das Representantes informando-lhes que a aquisição dos produtos implicaria o pagamento de *royalties* à Phillips, além de dificultar a atuação de concorrentes, ao cobrar preços abusivos para o licenciamento de tecnologias e negar acesso a uma *essential facility*²⁵⁴.

²⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.001315/2007-21*. Relator: Olavo Zago Chinaglia. Brasília, 15 maio 2009.

²⁵³ Outras acusações também foram formuladas pelas Representantes, como a cobrança de *royalties* de patentes inexistentes, cobrança dupla (tanto de fornecedores de componentes quanto de montadoras do produto) e discriminação de agentes na América do Sul.

²⁵⁴ O CADE tem demonstrado certa resistência em aplicar a doutrina da *essential facility* no Brasil. Em 1998, em processo entre a Petroquímica Triunfo S.A. e Companhia Petroquímica do Sul, o CADE entendeu que a recusa para excluir a Representante dos contratos da Representada tinha justificativas econômicas. Pouco depois, em 2001, ao julgar a disputa entre a Directv e a Globo, a maioria do Tribunal do CADE entendeu que o sinal da Globo não era *essencial* para a prestação de serviços de TV a cabo pela Directv. Somente em 2002, o CADE aplicou a doutrina da facilidade essencial ao julgar o caso das tarifas telefônicas de longa distância entre Telesp e Embratel. (FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014. p. 96.).

Na mesma direção da extinta SDE, que havia opinado pelo arquivamento da averiguação preliminar, a decisão do Tribunal do CADE proferida em 2009 foi unânime. O conselheiro relator, Olavo Zago Chinaglia, destacou em seu voto, o qual foi seguido pelos demais conselheiros, a falta de elementos nos autos que demonstrassem a ilicitude da conduta da Representada.

As alegações de cobrança de *royalties* em duplicidade, a criação de um *pool* de patentes que englobasse produtos não patenteados, de modo a elevar o valor do licenciamento, e até mesmo a recusa de propiciar o acesso à *essential facility* não foram comprovadas ao longo da instrução.

O Caso Gradiente x Phillips continha uma série de acusações que exigiam elementos de prova contundentes para que o CADE pudesse avaliar a (i)licitude da conduta da Phillips. Em outros termos, a insuficiência da matéria probatória impossibilitou o SBDC de analisar a questão naquele momento do ponto de vista econômico-jurídico.

3.3.5 Caso Alcoa (2010): recusa de venda de produtos com registro de desenho industrial

A Alcoa Alumínio S/A foi denunciada no CADE por abuso de posição dominante nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50²⁵⁵, em que a Representante alegou que a Alcoa requereu junto ao INPI registros de desenhos industriais de perfis de alumínio que já seriam de domínio público. Uma vez concedidos os registros, a Alcoa teria ingressado no Judiciário para coibir o exercício de atividade econômica por outros agentes, que até então vinham comercializando produtos cujos desenhos passaram a ser registrados. Como agravante, a Representante afirmou ainda que a Alcoa se negava a vender os produtos protegidos por direitos de PI a pequenas e médias empresas que atuariam como revendedoras, salvo se se tornassem revendedoras exclusivas. A Representada, além de contestar que detém posição dominante, valeu-se do CPI e também da CRFB/88 para justificar os pedidos de registro de desenho industrial, bem como as medidas judiciais e extrajudiciais adotadas para coibir o que se convencionou chamar prática de “pirataria” por parte dos concorrentes.

Ponto focal no parecer da SDE que opinou pelo arquivamento da averiguação preliminar residiu no fato de que apenas uma parcela pequena de perfis da Alcoa era abrangida pelos registros de desenho industrial, de modo que os concorrentes teriam condições de

²⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50*. Relator: César Costa Alves de Mattos. Brasília, 28 abril 2010.

produzir uma enorme quantidade de outros perfis²⁵⁶. Com base nos elementos de prova juntados nos autos, a SDE também afirmou que inexistiam evidências de recusa de venda, pela Alcoa, a pequenas e médias empresas.

O Tribunal do CADE, em 2010, confirmou o entendimento da SDE, tendo os conselheiros votado de forma unânime para o arquivamento da averiguação preliminar²⁵⁷. O Caso Alcoa, embora não tenha ensejado processo administrativo no CADE, trouxe novos sinais no SBDC de possíveis condutas anticompetitivas que tangenciam o DPI.

3.3.6 Caso ANFAPE (2010): um marco no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Mencionado anteriormente, o caso ANFAPE²⁵⁸ representa verdadeiro marco para o SBDC no que tange à temática da conduta unilateral envolvendo direitos de PI. *Trata-se do primeiro caso de representação junto ao CADE fundado precipuamente em recusa de contratar envolvendo direitos de PI que originou um processo administrativo*²⁵⁹. O ineditismo, aliado aos argumentos do conselheiro relator pela instauração do processo tornam o caso marcante para o Direito da Concorrência no Brasil²⁶⁰.

Uma observação merece ser feita antes de serem expostos os aspectos mais relevantes do caso para o presente trabalho. O processo ainda não foi decidido no âmbito do CADE, sendo que há, até a data da conclusão desta dissertação, apenas uma decisão²⁶¹ do Tribunal²⁶², datada de 15 de dezembro de 2010, convertendo a averiguação preliminar em processo administrativo por entender existentes indícios de infração à ordem econômica. No entanto, em que pese ainda não ter sido concluído no âmbito administrativo, o caso já é tido como paradigmático devido

²⁵⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50*. Relator: César Costa Alves de Mattos. Brasília, 28 abril 2010. f. 2768.

²⁵⁷ *Ibid.*, f. 3636.

²⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010.

²⁵⁹ Como verificado nas subseções antecedentes, há outros exemplos na jurisprudência do CADE sobre a questão do acesso, por outros agentes, a insumos protegidos pela legislação de PI. Contudo, os casos relatados sempre incluíam outros elementos de suposta infração concorrencial, como a prática de venda casada. Nesse sentido, o Caso ANFAPE se distingue dos demais ao centralizar a discussão apenas no abuso de direitos de PI como fator limitador do acesso de outros agentes ao mercado e do funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes.

²⁶⁰ Para detalhes sobre a experiência antitruste internacional sobre o mercado de reposição de autopeças e o DPI, vide: MARTINS, Diogo Lucas. *O Caso ANFAPE: O Que Nos Diz a Experiência Internacional*. 2014. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2014.

²⁶¹ No curso da instrução processual, há outros andamentos que não se mostram relevantes para o escopo deste trabalho, de modo que a decisão do conselheiro Ragazzo é a única, até o momento, que pode auxiliar no estudo ora proposto.

²⁶² O voto proferido pelo conselheiro relator foi seguido por todos os demais conselheiros.

às razões expostas pelo conselheiro relator Carlos Ragazzo, para instaurar o processo administrativo²⁶³.

3.3.6.1 O caso

O processo iniciou-se a partir de representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) contra três montadoras (Volkswagen, Fiat e Ford) em 2007. As montadoras são titulares de registros de desenho industrial, instituto protegido no Brasil como propriedade industrial de acordo com o CPI, sobre diversas peças automotivas, como calotas, faróis e para-choques. De acordo com a ANFAPE, a partir de determinado período, as montadoras começaram a adotar medidas judiciais e extrajudiciais para coibir a atividade dos chamados Fabricantes Independentes de Peças Automotivas (FIAPs), que vinham comercializando, sem autorização, produtos que seriam protegidos pela PI de titularidade das montadoras.

O argumento central da ANFAPE era que o direito de PI das montadoras deveria ser oponível apenas entre elas e no mercado *primário*, isto é, no mercado de fabricação de veículos. Nessa ótica, a PI teria o condão de evitar que uma montadora “copiasse” o desenho de outra. A implicação disso seria que o registro de desenho industrial não poderia ser oposto aos FIAPs no mercado *secundário*, que é o mercado de reposição de autopeças.

De forma notoriamente restritiva, opinaram algumas entidades que compunham o SDBC à época da decisão da averiguação preliminar, ainda sob a regência da Lei nº 8.884/94. A extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), malgrado ter defendido a complementaridade entre o Direito Concorrencial e o DPI, opinou pelo arquivamento do feito, argumentando que as normas de defesa da concorrência só poderiam ser aplicadas em casos como o da ANFAPE, se houvesse abuso de procedimentos de registros de desenhos industriais. A Secretaria afastou a tese da ANFAPE de que os direitos de PI deveriam ser oponíveis apenas no mercado primário, destacando ainda que a manutenção dos direitos exclusivos seria necessária à P&D. Em linha semelhante opinou a Procuradoria Federal junto ao CADE, defendendo a vigência do direito de PI em questão em ambos os mercados (primário e secundário).

²⁶³ Laércio Farina e Denis Alves Guimarães defendem que, embora o processo ainda esteja em curso, haveria nítidas evidências de que o consumidor está sendo prejudicado de forma imediata pela prática (anticorrencial) das montadoras. Para maiores detalhes, vide: FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves. Direito da concorrência e defesa do consumidor: uma reflexão à luz da propriedade industrial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, ano 21, v. 25, p. 83-98, jan./jun. 2014.

O Ministério Público Federal (MPF), a seu turno, defendeu a instauração do processo administrativo, pois seria possível que as montadoras estivessem abusando do direito de PI no mercado secundário. O MPF apontou que ainda não havia sido verificado nos autos se os lucros das representadas no mercado primário já (não) estariam compensando os investimentos em P&D. Seguindo o parecer do MPF, o então conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, decidiu pela conversão da averiguação preliminar em processo administrativo para se apurar as práticas das montadoras por limitação da concorrência, dominação de mercado relevante de bens ou serviços e por abuso de posição dominante.

3.3.6.2 A decisão pela instauração do processo administrativo: critérios de indícios de ilicitude da exploração de direito de propriedade intelectual

Logo no início de seu voto, Ragazzo afirmou que os direitos exclusivos podem diluir, ou até anular, a possibilidade de concorrentes atuarem em dado mercado, mas que o Direito da Concorrência, justamente ciente do importante papel da diferenciação e da inovação para o desenvolvimento e o bem-estar da coletividade, aceita a “aparente” e “temporária” restrição à concorrência a curto prazo. Ao comportar-se dessa forma, se favoreceria uma eficiência dinâmica, que a longo prazo potencializaria a concorrência por inovação (novos produtos e melhoria qualitativa), beneficiando ainda mais o desenvolvimento e os consumidores. Nesse ponto haveria complementaridade entre os dois grupos de direitos, afirmou²⁶⁴.

No entanto, o então conselheiro destacou que a PI não é absoluta nem imune ao controle antitruste, reconhecendo, em abstrato, a possibilidade de o exercício de um direito de PI lesar a concorrência de modo ilegítimo. Ragazzo esclareceu que a exploração de direitos de PI não constitui, de forma alguma, conduta anticompetitiva *per se*. Aliás, asseverou, na mesma linha pacificada nos EUA e na UE conforme apontado anteriormente, que a PI nem sempre confere poder de mercado a seu titular.

Afirmou que, em caráter excepcional, à luz da regra da razão, o Direito da Concorrência deve reprimir o abuso do direito de PI em si, e não apenas a fraude ou o abuso em procedimentos de registro. Valiosa, nesse diapasão, a doutrina civilista, que esclarece ocorrer:

[...] abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica, daí ser seu conteúdo aplicável em qualquer esfera jurídica, ainda que isso no direito pública possa

²⁶⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 11.

ter diferente rotulação. [...] No abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito. [...] Conclui-se, portanto, que o titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo.²⁶⁵

Em um cenário de conflito potencial entre interesses constitucionalmente assegurados (direito de propriedade e livre concorrência), Ragazzo defendeu²⁶⁶ a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual compreende os conceitos de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade stricto sensu*²⁶⁷. Isso significa, na prática, que a forma pela qual o direito de PI é explorado (i) deve ser adequada (requisito da adequação) para alcançar a finalidade visada pelo legislador (preservação do interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do País), (ii) não deve haver meios menos custosos para a consecução desses fins (requisito da necessidade), e (iii) os benefícios atingidos devem ser superiores aos custos gerados (requisito da proporcionalidade em estrito senso).

Ragazzo dedicou-se à análise do caso para verificar se a conduta investigada seria proporcional e se haveria ou não indícios de ilegalidade aptos a justificar a instauração do processo administrativo. Primeiramente, foi realizada uma análise econômico-concorrencial e, em seguida, constitucional-jurídica, sintetizadas a seguir a partir da enumeração de critérios²⁶⁸ que possam informar se uma conduta unilateral envolvendo direito de PI constitui infração concorrencial. Tais critérios guardam estreita relação com o princípio da proporcionalidade.

3.3.6.2.1 Primeiro critério: a frustração do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil

Seguindo a exegese da doutrina civilista, Ragazzo explicita que o abuso de direito de PI ocorre na medida em que o titular contraria os fins econômicos e sociais do direito exclusivo que lhe foi conferido. Como visto no presente trabalho, a CRFB/88 apenas confere direitos de

²⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 552-554.

²⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 56.

²⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III. p. 20-21.

²⁶⁸ Outros critérios diferentes dos enumerados no presente trabalho foram abordados pelo então conselheiro no voto que opinou pela instauração do processo administrativo, como a ausência de estímulos à pirataria e a ausência de efeito *cream skinning* (efeito que ocorre quando os FIAPs decidem comercializar apenas autopeças mais rentáveis, ao passo que as montadoras seriam legalmente obrigadas a manter o abastecimento de peças de reposição em âmbito nacional, mesmo de veículos que saíram de linha). Tais critérios não foram trazidos ao presente trabalho, pois os demais, dada a maior generalidade, mostram-se mais úteis aos propósitos acadêmicos desta dissertação.

PI com o escopo de fomentar a inovação e propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Por conseguinte, frustrados os fins erigidos pela própria Lei Maior, não estaria satisfeito o requisito da necessidade que integra o conceito do princípio da proporcionalidade balizador da aplicação do Direito da Concorrência na seara do DPI. Cabe, pois, à Administração Pública ajustar a conduta ilícita do(s) administrado(s).

No caso concreto da ANFAPE, Ragazzo afirma que uma análise econômico-concorrencial, ainda que complexa, deve concluir que mais malefícios que benefícios estão sendo produzidos ao bem-estar econômico e social para que reste caracterizado o abuso de direito e, por derradeiro, o ilícito concorrencial (requisito da proporcionalidade estrito sensu). Em outros termos, se as montadoras, ao oporem os registros de desenhos industriais, estiverem apenas alavancando seu poder econômico em prejuízo da economia e dos consumidores, o SBDC deve atuar para corrigir tal distorção²⁶⁹.

3.3.6.2.2. Segundo critério: monopólio no mercado com efeito *lock-in*

No Caso ANFAPE, a partir do momento em que as montadoras visaram inibir a comercialização, pelos FIAPs, de produtos cujo desenho industrial é protegido pelas normas de PI, criou-se um cenário de verdadeiro monopólio não regulado. Em termos concretos, Ragazzo ilustra que, sempre que o proprietário de um veículo da marca Fiat, Ford ou Volkswagen tiver que trocar uma peça desse veículo que tenha desenho industrial registrado juntamente ao INPI, ele deverá adquiri-la da Fiat, Ford ou Volkswagen, respectivamente²⁷⁰.

O conselheiro relator mencionou efeito agravante da natureza dos mercados envolvidos – à montante, o mercado primário (*foremarket*), de venda dos automóveis; e à jusante, o mercado secundário (*aftermarket*), de reposição das autopeças. O consumidor que adquire um veículo no mercado primário deverá comprar as peças do mesmo veículo no mercado secundário. O consumidor torna-se “preso” ao tipo de veículo que adquiriu (chamado efeito *lock-in*). E se as condições de compra forem demasiadamente onerosas ao consumidor, restará trocar o veículo por inteiro, o que nem sempre será uma opção viável, dados os elevados custos de se adquirir um automóvel no Brasil²⁷¹.

²⁶⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 23.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 31.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 33.

A consequência é que o consumidor terá apenas um fornecedor – ou a própria montadora ou revendedores autorizados pela mesma. Despiciendo mencionar que os consumidores estariam obrigados a se submeter às opções, preços e condições impostas pela montadora, asseverou Ragazzo²⁷². Diante de tais efeitos nefastos, haveria um sinalizador de que os prejuízos superariam os benefícios propiciados pela exploração do direito de PI em tela; inócurrenente, assim, o requisito da proporcionalidade estrito senso que poderia justificar a não aplicação das normas de defesa da concorrência.

3.3.6.2.3 Terceiro critério: ausência de fomento à inovação e desnecessidade de recuperação de custos em P&D

Na esteira da regra da razão, cuja aplicação em casos emblemáticos como o da ANFAPE foi defendida por Ragazzo, a principal matéria de defesa dos agentes titulares de direitos de PI é que a exclusividade seria necessária para incentivar a atividade inventiva²⁷³ e propiciar a recuperação de (elevados) custos dispendidos em P&D²⁷⁴. Caso o argumento não subsista, faltaria justificativa razoável para sustentar a prática sob investigação, de acordo com o então conselheiro do CADE.

Ainda que não tenha havido ampla investigação acerca dos custos das montadoras para desenvolver as autopeças com desenhos protegidos à época do voto pela instauração do processo administrativo, Ragazzo afirmou que havia elementos indiciários de que tais custos seriam baixos e, principalmente, recuperados já no mercado primário, quando da venda do próprio veículo²⁷⁵.

Em decorrência disso, o outro elemento – fomento à inovação – restaria prejudicado. Ragazzo defendeu que, no caso em debate, a PI é voltada ao mercado primário, pois nele o *design* protegido como desenho industrial seria relevante. Apenas no mercado de venda de automóveis, em que há concorrência, faria diferença a forma das autopeças, pois é aí que o consumidor compararia os veículos (neles compreendidos as autopeças) de várias montadoras. A diferenciação, segundo Ragazzo, é visada apenas no mercado primário, pois no secundário o consumidor já deixaria de ter opções²⁷⁶.

²⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 32.

²⁷³ *Ibid.*, p. 44.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 40.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 43.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 45.

A partir do momento em que a exploração de um direito de PI de determinada forma (abusiva) não é apta a estimular o agente a investir em P&D nem possui o condão de recuperar os investimentos realizados, tem-se que a conduta é *desnecessária* para atingir o fim almejado pelo legislador²⁷⁷. Ademais, se o estímulo à P&D e o retorno dos investimentos seriam efeitos propiciados no próprio mercado primário, a conduta (praticada no mercado secundário) também seria *inadequada*, estando ausentes outros dois pressupostos do princípio da proporcionalidade.

Até a conclusão deste trabalho, o Caso ANFAPE ainda se encontrava na fase de instrução pela Superintendência-Geral, pendente de uma decisão final pelo Superintendente-Geral no sentido do arquivamento do processo ou da condenação das montadoras representadas. O parecer do Superintendente ainda poderá ser confirmado ou modificado pelo Tribunal do CADE.

3.4 Caso Ericsson (2015): abuso de direito de PI e patentes essenciais

Mais recentemente, em 2014, o CADE voltou a deparar-se com um caso de possíveis infrações à ordem econômica por abuso de direito de PI. A Representante TCT Mobile Telefones Ltda. formulou representação contra a Ericsson²⁷⁸, acusando-a de abuso de posição dominante, infração que estaria materializada em abuso de direito de PI, negociação coercitiva e *sham litigation*, nos termos do art. 36, inciso I, § 3º, e inciso XIX, da Lei nº 12.529/11.

O caso versava sobre patentes essenciais ao padrão tecnológico de telefonia 3G (conhecidas como *standard-essential patents* ou SEPs, na sigla em inglês²⁷⁹), detidas pela Ericsson. As SEPs são patentes que abarcam tecnologias indispensáveis à implementação de um dado padrão tecnológico. Diferentemente do procedimento de registro de patentes comuns, aqueles que pretendem fabricar um produto compatível com dado padrão tecnológico em vigor não conseguem fazê-lo sem utilizar a invenção protegida pela patente. Por isso a teoria norte-americana da *essential facility*, quando aplicada a direitos de PI, muitas vezes remete aos casos de SEPs, pois o acesso ao padrão tecnológico, que pode envolver PI, é precipuamente essencial para que outros agentes possam atuar no mercado.

²⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 56.

²⁷⁸ BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Procedimento Preparatório 08700.008409/2014-00*. Brasília, 6 jul. 2015.

²⁷⁹ PATENTES 3G: CADE diz que Ericsson não adotou práticas anticompetitivas. *Convergência Digital*, 9 jun. 2015. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=39804&sid=17#.VtPGGIRe9B4>>. Acesso em: 15 out. 2015.

Nesse contexto, as SEPs têm sido utilizadas em larga escala como forma de viabilizar a interoperabilidade (por exemplo, um celular da Apple consegue realizar chamadas para um produzido pela Samsung), e reduzir barreiras à entrada, uma vez que as tecnologias ganham maior acessibilidade. Mas isso só ocorre porque as tecnologias que integram dado “padrão” geralmente estão sujeitas à obrigação de serem licenciadas em termos FRAND (na sigla em inglês: *fair, reasonable and non-discriminatory*, ou justos, razoáveis e não discriminatórios)²⁸⁰.

De acordo com a Representante do Caso Ericsson, a Representada teria ingressado em juízo indevidamente, inaugurando pleitos de cunho discriminatório e excludente para coagir a TCT a contratar licenças para uso de tecnologia desenvolvida pela Representada. O litígio seria descabido, em seu entendimento, pois a Representada teria cedido a patente a um padrão tecnológico internacional, concordando com as normas do acordo, as quais incluiriam não recusar o acesso por concorrentes. Em contrapartida, a Representada auferiria *royalties razoáveis e não discriminatórios* (FRAND). O argumento central de defesa da Representada era que o procedimento inaugurado perante o CADE seria uma estratégia da Representante esvair-se de suas obrigações de pagar *royalties*.

Em 2015, a Superintendência-Geral do CADE (SG-CADE) decidiu pelo arquivamento do procedimento preparatório por entender inexistirem indícios de abuso de direito de PI. Segundo a SG-CADE, as discussões judiciais e arbitrais entre as partes demonstrariam certa razoabilidade no pleito da Representada, devendo ser afastada a tese de *sham litigation*. Destarte, o fato de a Ericsson não concorrer com a TCT no mercado de telefonia móvel tornaria irracional a suposta conduta exclusionária, pois não traria benefícios à Ericsson, a princípio. A SG-CADE também destacou que o litígio entre as partes era eminentemente privado, não cabendo ao SBDC dirimir lides entre agentes individualmente considerados.

O Caso Ericsson apresentava particularidades, como a existência de lide privada em que se discutiam *royalties* em âmbito mundial e a falta de concorrência entre Representada e Representantes, que, de certo modo, culminaram no encerramento das investigações preliminares. Com efeito, o CADE furtou-se de adentrar com profundidade em um caso que envolvia suposto conflito entre direitos de PI em patentes essenciais e o Direito da Concorrência, deixando de criar novos precedentes no Brasil sobre o abuso de direito de PI à luz do antitruste.

²⁸⁰ PATENTES 3G: CADE diz que Ericsson não adotou práticas anticompetitivas. *Convergência Digital*, 9 jun. 2015. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=39804&sid=17#.VtPGGIRe9B4>>. Acesso em: 15 out. 2015. p. 90.

3.4.1 Constatações parciais: os “sinais” emitidos pelo CADE e as perspectivas em relação ao tema

O estudo apresentado nos itens anteriores acerca dos precedentes do CADE na temática demonstra que poucos foram os casos levados ao conhecimento da autarquia versando sobre condutas unilaterais que envolviam suposto abuso de direitos de PI em detrimento da concorrência. Mesmo entre as situações que já passaram pelo crivo da autarquia, sequer chegou-se a adentrar no mérito na grande maioria das vezes, de modo que o processo administrativo antitruste não chegou a ser instaurado.

O Caso ANFAPE estabeleceu um novo marco na jurisprudência recente do CADE, pois a SG-CADE conduz, há anos, uma investigação em sede de processo administrativo para averiguar a ilicitude de montadoras ao coibir a atuação dos FIAPs no mercado de reposição de autopeças no Brasil. O caráter paradigmático desse caso, ainda que pendente de decisão final, reside também nos sinais delineados pelo então conselheiro Carlos Ragazzo, ao votar pela instauração do processo administrativo. Foi essa a primeira vez que a autarquia indicou critérios que podem determinar a ilicitude concorrencial de uma conduta unilateral excludente envolvendo direitos de PI.

Com base nos critérios preliminares mencionados no caso ANFAPE, haveria indícios de ilicitude: (i) se a conduta comprometesse ou pudesse comprometer o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil; (ii) se houvesse poder de monopólio com efeito *lock-in* sobre os consumidores; e (iii) se a flexibilização do direito de PI em questão, pelas normas de defesa da concorrência, não trouxesse prejuízo ao fomento à inovação e não comprometesse a recuperação dos custos em P&D.

É importante atentar para o fato de que o caso ANFAPE apresenta elementos fáticos específicos, como um mercado primário de venda e um secundário de reposição, em que a Representante argumenta a validade dos direitos de desenho industrial apenas à montante, em que as Representadas aufeririam os retornos financeiros almejados pela P&D. Futuramente, podem ser apresentadas ao CADE situações cujos contornos fáticos sejam diversos, e a autarquia tenha que se valer de critérios outros para eventualmente instaurar o processo administrativo e/ou condenar a(s) Representada(s).

Por tal razão, o tema ainda é cercado de incertezas, seja porque o caso paradigmático ANFAPE ainda está em curso, seja porque é possível que outras representações, com características econômicas bem distintas, podem ser levadas ao CADE. Um dos papéis da autoridade de defesa da concorrência é exatamente o de conferir segurança jurídica aos

administrados, na medida em que suas decisões informam as “regras do jogo”, importando em estímulos ou desestímulos à atividade econômica, e, conseqüentemente, impactam diretamente nas decisões de investidores e empreendedores²⁸¹.

Somente a partir de novos casos, o CADE poderá construir precedentes sólidos acerca de quais são os limites do exercício de direitos de PI sob a ótica da defesa da concorrência, de forma global e pedagógica. Em outros termos, o que torna uma conduta excludente ou uma recusa de contratar/licenciar um ilícito concorrencial ainda não foi esclarecido pelo CADE de forma contundente e tampouco será, definitivamente, com a decisão específica do caso ANFAPE²⁸².

²⁸¹ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010. p. 257.

²⁸² Em razão disso, Paulo Brancher se opõe à ideia de que é necessário editar *guidelines* no Brasil sobre o tema. Para o autor, as regulamentações existentes nos EUA e na UE são resultados de anos de jurisprudência, em que os entendimentos são assentados de forma gradativa. No Brasil, no entanto, a falta de precedentes questionaria a adequação de um guia, pois é necessário ponderar as especificidades do País. (*Ibid.*, p. 257-262.).

4 REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA E OS DESAFIOS DO CONTROLE ANTITRUSTE SOBRE A CONDOTA UNILATERAL E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os casos expostos no capítulo anterior sobre o controle de condutas unilaterais, pela autoridade antitruste, que envolvem direitos de PI introduzem a importância e sinalizam os desafios do tema para o Brasil. Nesta seção, serão realizadas breves reflexões provenientes do estudo teórico promovido ao longo do capítulo 2 e das investigações exemplificadas no capítulo 3.

4.1 A imperfeição do modelo de direitos de propriedade intelectual e a missão corretiva do Direito da Concorrência

Um direito de PI, como qualquer outro, pode ser objeto de abuso pelo titular, cabendo ao ordenamento jurídico assegurar que situações como essa sejam coibidas, consoante o próprio diploma cível brasileiro²⁸³. Os abusos de direito podem ocorrer de formas diversas, desde o cometimento de irregularidades perante os órgãos de registro de direitos de PI (violação de direitos), o que pode ensejar procedimentos administrativos de declaração de nulidade²⁸⁴, até por meio de *comportamento abusivo* no ambiente concorrencial (exercício de direitos em desconformidade com seus fins econômicos ou sociais).

Embora seja imprescindível reiterar a legitimidade e a importância dos direitos de PI para o desenvolvimento econômico, conforme abordado anteriormente, situações desviantes ilustram que o modelo de direitos de PI não é perfeito. A doutrina é farta em discussões sobre os prazos ideais para a concessão de direitos exclusivos e sobre a própria adequação de os bens do intelecto serem tutelados por direitos de *propriedade*²⁸⁵.

²⁸³ O Código Civil trata do abuso de direito ao prever as hipóteses configuradoras de ato ilícito, em seus arts. 186 e 187. De acordo com a norma cível, a violação de direitos por ação ou omissão, a ocorrência de dano e o nexo causal caracterizam um ato ilícito (art. 186). O art. 187 dispõe que o exercício de direitos que excede os limites impostos por fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes também configura ato ilícito. No contexto do presente trabalho, acerca de abusos de direitos de PI sob a ótica concorrencial, a finalidade econômica ou social da PI, conforme consta no próprio texto constitucional, deve ser observada pelos agentes titulares de direitos exclusivos. Do contrário, a exploração da PI que não esteja em conformidade com os fins erigidos pela CRFB/88 pode caracterizar um ilícito coibido pelo Código Civil e pela Lei nº 12.529/11.

²⁸⁴ Art. 50 da Lei nº 9.279/11. (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

²⁸⁵ MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *The Journal of Economic History*, v. 10, n. 1, p. 1-29, May 1950. Disponível em: <<http://c4sif.org/wp->

Em comum, e este é um aspecto relevante para o presente trabalho, extrai-se de tais discussões a possibilidade de a exploração de direitos de PI implicar custos severos para a sociedade em determinadas situações. Lemley²⁸⁶ categoriza quatro tipos de danos que podem ser provocados por direitos exclusivos (em que pese nem todos terem esse condão, já que a maioria nem sequer confere poder de mercado a seus titulares):

- (i) Por natureza, os direitos de PI distorcem os mercados na medida em que os distanciam do modelo de concorrência e criam ineficiências estáticas (tal aspecto foi inclusive citado por Ragazzo no voto do Caso ANFAPE²⁸⁷);
- (ii) A PI interfere na possibilidade de outros agentes criarem novos produtos e por isso pode causar ineficiências dinâmicas, principalmente nos casos em que um novo insumo depende do acesso a um bem intangível de outrem, tutelado como PI (esse viés negativo foi decisivo para o caso Magill, da UE, como visto anteriormente);
- (iii) A rentabilidade que pode ser proporcionada pela PI aumenta a possibilidade de ocorrência de condutas que visem assegurar maiores lucros (destaca-se a própria vedação ao aumento arbitrário de lucros, conforme tipificado pelo art. 36, inciso III, da Lei nº 12.529/11);
- (iv) Investimentos excessivos em P&D podem ser uma distorção no mercado²⁸⁸.

Na mesma linha de Lemley, viu-se no capítulo 2 deste trabalho que, caso o exercício de direitos de PI apresente ou possa apresentar efeitos negativos no mercado, configurar-se-iam infrações à ordem econômica, conforme o art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência. Nessa dimensão, com base no posicionamento já exarado pelo CADE, *se a propriedade intelectual*

content/uploads/2010/09/Machlup-Penrose-The-Patent-Controversy-in-the-Nineteenth-Century-1950-b.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2015.

²⁸⁶ LEMLEY, Mark. Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, v. 83, p. 31-89, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=582602>>. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 35. Para maiores detalhes sobre o tema, vide também: BURK, Dan L., LEMLEY, Mark. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. University of Chicago Press, 2009; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press, 2004; FIRST, Harry. Controlling the Intellectual Property Grab: Protect Innovation, Not Innovators. *Rugters Law Journal*, v. 38, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=976733>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

²⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 11.

²⁸⁸ O autor defende que, em regra, os agentes buscam cobrir seus custos marginais, somados por um retorno razoável pelo investimento de capital realizado, o que seria um equilíbrio geral do mercado. Contudo, em seu ponto de vista, incentivar investimentos em P&D é algo positivo apenas até certo ponto, pois, de acordo com Lemley, investimentos “excessivos” desequilibrariam o mercado. Isso porque a corrida pela inovação pode ser demasiadamente onerosa para o mercado, que pode não ter condições de propiciar os retornos financeiros almejados pelo agente. (LEMLEY, *op. cit.*).

*acarretar ou puder acarretar qualquer dos efeitos do art. 36 da Lei nº 12.529/11, o SBDC deve agir para corrigir a distorção da conduta*²⁸⁹.

O entendimento resume a importância do Direito Antitruste no controle de condutas que prejudiquem ou possam prejudicar a concorrência. A missão do CADE pela tutela concorrencial mostra-se relevante por três fatores que merecem destaque neste trabalho.

O primeiro deles é que o CADE é competente para exercer o controle da forma como um direito exclusivo é explorado no País *sob o ponto de vista concorrencial*, pois o *know-how* da agência antitruste lhe confere uma atividade corretiva singular no que diz respeito às situações em que a concorrência pode ser prejudicada pela PI. Ademais, como será discorrido adiante, o CADE pode aplicar diversas medidas para coibir danos à concorrência. Por isso, sua atuação não se confunde com as atividades atribuídas ao INPI²⁹⁰.

O INPI detém outras competências. Além de conceder registros de direitos de PI, o instituto pode determinar o licenciamento compulsório de patentes nos casos expressamente previstos em lei²⁹¹. Nesse ponto, merece destaque o reconhecimento, pelo próprio instituto, da limitação de sua competência conforme nota técnica encaminhada à SDE nos autos do Caso ANFAPE²⁹². Na ocasião, o INPI defendeu que o abuso de poder econômico advindo do exercício de direitos de PI em situações como a da ANFAPE, de implicações de natureza eminentemente concorrencial, configura questão de atribuição do CADE e da Secretaria Especial de Desenvolvimento Industrial²⁹³.

²⁸⁹ LEMLEY, Mark. Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1.031-1.089, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=582602>>. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 64.

²⁹⁰ A assertiva não implica que as funções das duas autarquias devam ser exercidas de forma completamente autônomas. Ao mesmo tempo em que se deve admitir que as competências são distintas (o CADE na defesa da concorrência e o INPI na política industrial), é importante reconhecer que as informações e o conhecimento de um dos órgãos podem ser úteis para o outro. Como exemplo já citado neste trabalho, há atos de concentração que envolvem direitos de PI e que demandam, por parte do CADE, conhecimento técnico e/ou pormenorizado acerca do registro ou do direito de PI em questão. Somente um trabalho de cooperação entre as autarquias podem propiciar uma resposta mais eficiente para os administrados. Neste contexto foi celebrado o Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e o INPI em 2010 que prevê, entre outras matérias, que as autoridades poderão prestar consultoria, realizar estudos sobre a interface entre a concorrência e o DPI, além de trocar informações. (BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Acordo de Cooperação Técnica entre o INPI, a União e o CADE*. Rio de Janeiro, 7 jun., 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Acorco%20de%20Cooperação%20CADE_SDE_INPI.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.).

²⁹¹ A medida depende de decisão administrativa ou judicial em que se tenha comprovado o abuso de direito ou o abuso de poder econômico (art. 68 do CPI). Uma outra possibilidade é o licenciamento por emergência nacional ou interesse público, que depende de ato do Poder Executivo Federal (art. 71 do CPI), como mencionado anteriormente neste trabalho

²⁹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 62.

²⁹³ Vinculada ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial, regulado pelo Decreto nº 5.353/2005 e atrelado ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, tem como finalidade subsidiar a formulação e a implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento industrial. O CADE, por outro lado, atuaria na análise de casos concretos de abusos de poder econômico.

O segundo fator importante acerca do papel do CADE no controle de condutas que envolvem PI é que o Conselho possui prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de averiguar se *qualquer* direito produz ou pode produzir os efeitos elencados no art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, configurando, pois, infração à ordem econômica. A Lei nº 12.529/11 não confere aos titulares de direito de PI imunidade antitruste²⁹⁴, de modo que uma ampla gama de direitos exclusivos – como direitos autorais, patentes, registros de desenhos industriais e marcas – pode ser objeto de análise pelo CADE se exercidos de forma anticoncorrencial. O INPI, a seu turno, pode no máximo determinar o licenciamento compulsório de patentes ou decretar a nulidade de registros de direitos de PI²⁹⁵.

O terceiro elemento do relevante papel de controle antitruste sobre o DPI consiste no fato de ser o Brasil um país em desenvolvimento. A CRFB/88 erige como objetivo fundamental o desenvolvimento econômico nacional, e a PI deve ser harmonizada com tal finalidade. Nesse diapasão, o Antitruste pode ser uma importante ferramenta para corrigir determinados desvios de direitos de PI, pois em economias menos favorecidas os danos à concorrência, como escassez de oferta, baixa qualidade de produtos e preços elevados, podem prejudicar ainda mais a sociedade, já que a população não possui amplo poder aquisitivo. Por tal razão, tem-se evidenciado, em países em desenvolvimento, um fenômeno de crescente preocupação antitruste sobre condutas unilaterais que tratam de direitos de PI²⁹⁶.

Inevitavelmente um trabalho tão relevante por parte do SBDC acompanha desafios consideráveis. A própria instauração de investigações muitas vezes se mostra tortuosa, por exemplo, ao se verificar as discussões recorrentes sobre a própria competência do CADE para a instauração de processos envolvendo PI. Exemplo disso consistiu na discussão sobre o tema, suscitada pela própria SDE, à época da instauração do processo administrativo referente ao Caso ANFAPE. Somado a isso, os mercados envolvidos em investigações antitruste que

²⁹⁴ Sobre desenhos industriais, por exemplo, destaca-se que o CPI não prevê o seu licenciamento compulsório e, sobre direitos autorais, que não são sequer registráveis perante o INPI.

²⁹⁵ Como visto, nem todos os direitos de PI são registráveis e, mesmo os que podem ser, nem sempre são submetidos ao crivo do INPI. É o caso, por exemplo, de cultivares, que são registrados pelo Registro Nacional de Cultivares (RNC) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

²⁹⁶ Vide os casos na jurisprudência da África do Sul em que condutas exclusionárias envolvendo direitos de PI (patentes de medicamentos), como bloqueio ao acesso a *facilidades essenciais*, por parte de indústrias farmacêuticas foram coibidas pela Comissão de Concorrência. (MESIDOR, Marie Dagmar. Intellectual Property Rights in Competition Law: Compulsory License Issues in Developing Countries. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 128, 2014, p. 17-28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2369481>>. Acesso em: 6 mar. 2016.). Na China também há esforços de tornar mais cristalina a relação entre o Direito da Concorrência e o DPI, haja visto a entrada em vigor, em 2015, do Regulamento sobre a Proibição de Abuso de Direitos de Propriedade Intelectual para Eliminar ou Restringir a Concorrência. (EMCH, Adrian; HOU, Liyang. Antitrust Regulation of IPRs: China's First Proposal. *Competition Policy International*, Asia Column, Aug. 2014. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-regulation-of-iprs-chinas-first-proposal/>>. Acesso em: 6 mar. 2016.).

dialogam com o DPI são, por vezes, complexos, e os casos internacionais mencionados na seção anterior demonstram que as instruções processuais podem demandar anos até um pronunciamento final pelas autoridades de defesa da concorrência. O próprio Caso ANFAPE, no Brasil, ainda em instrução há mais de sete anos, ilustra essa dificuldade.

Mas a instauração e a condução de procedimentos no âmbito de agências antitruste não exaurem os desafios do tema. Os remédios possivelmente aplicáveis tornam-se outra dificuldade nesta seara, objeto de breve reflexão a seguir.

4.2 A questão do remédio: qual é ou quais são a(s) pena(s) suficiente(s) e mais adequada(s) para o caso concreto?

Ao julgar o Caso Trinko, como mencionado anteriormente, a Suprema Corte dos EUA afirmou que aplicar remédios antitruste sobre condutas anticoncorrenciais unilaterais é, não raramente, um desafio para as autoridades de defesa da concorrência. O remédio deve ser proporcional à conduta lesiva e suficiente para cessar ou prevenir efeitos danosos à concorrência.

Como exemplo, se uma conduta de cobrança de preços abusivos for condenada pela autoridade, a simples determinação de uma obrigação de não fazer, qual seja, *cessar a cobrança de preços abusivos*, poderia ser uma resposta insuficiente aos administrados. No caso do tema em estudo, sobre condutas unilaterais que abrangem direitos de PI, desafios similares podem surgir. Até onde o CADE pode atuar nessas situações? Qual remédio seria o mais eficaz e como adequá-lo ao caso concreto?

O art. 37 da Lei nº 12.529/11 prevê critérios objetivos para a aplicação de penalidades pecuniárias aos responsáveis pela infração da ordem econômica. Mas nem sempre a multa é o remédio mais adequado ou suficiente para reprimir e prevenir danos à concorrência, de modo que o art. 38 autoriza o CADE “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral” a impor outras espécies de penas.

O inciso IV traz a possibilidade de o CADE recomendar aos órgãos públicos competentes o licenciamento compulsório do direito de PI que seja de titularidade do(s) autor(es) da infração, se necessário for para reprimir a atividade ilícita. Um argumento já ventilado no Brasil²⁹⁷ para limitar o campo de atuação no CADE no ponto consiste na ausência

²⁹⁷ Vide o voto do então conselheiro Ragazzo no Caso ANFAPE em: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 66. Vide também estudo realizado por Diogo Lucas Martins, o qual se posiciona de forma contrária ao licenciamento compulsório de desenhos industriais em razão de

de previsão, no CPI, do licenciamento compulsório de registros de desenho industrial. A medida, pela redação do art. 2º c/c art. 68 da Lei nº 9.279/96, seria possível apenas sobre patentes de invenção e modelos de utilidade.

Mesmo o licenciamento compulsório *recomendado* pelo CADE pode encontrar dificuldades práticas para ser concretizado de forma efetiva. A aplicação da medida depende, em último turno, da atuação de outra autoridade (o INPI, se se tratar de direito registrado junto ao Instituto), que acatará ou não a recomendação da autoridade antitruste.

Outra dificuldade consiste no valor da remuneração do titular do direito de PI, pois o licenciamento compulsório é medida impositiva em que, como contraprestação à exploração dos direitos em questão, o licenciado deve remunerar o seu titular. O art. 5º do Decreto nº. 3.201/99²⁹⁸, que regula o licenciamento previsto no art. 71 do CPI, estabelece que o ato de concessão da licença compulsória deve estabelecer o prazo de vigência e os valores a serem pagos ao titular, fixados de acordo com “as circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, o preço de produtos similares e o valor econômico da autorização” (art. 5º, § 2º, do Decreto nº 3.201/99). A questão consiste em como definir o valor dos *royalties* em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (na sigla FRAND, em inglês, que significa, *fair, reasonable and non-discriminatory*). *Se e como* o CADE fixaria o valor da remuneração pode ser um novo desafio no momento da aplicação das penalidades.

A despeito da polêmica que orbita o licenciamento compulsório no Direito da Concorrência, é importante que se atente para o fato de que os incisos do art. 38 da Lei nº 12.529/11 são exemplificativos de quais penas não pecuniárias o CADE pode eventualmente aplicar no controle de condutas anticompetitivas. O inciso VII do art. 38 contém permissivo inequívoco de que a autoridade pode determinar “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

A ausência de taxatividade no próprio diploma antitruste brasileiro não deve ser confundida com autorização ao CADE para inobservância do princípio da legalidade. A agência goza de discricionariedade, mediante a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública²⁹⁹, para determinar qual pena não pecuniária é necessária para remediar

ausência de previsão legal nesse sentido em: MARTINS, Diogo Lucas. *O Caso ANFAPE: O Que Nos Diz a Experiência Internacional*. 2014. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2014.

²⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3201.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁹⁹ De acordo com o art. 37 da CRFB/88, a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

a infração anticoncorrencial, conforme os comandos da Lei nº 12.529/11, que *dispõe*, entre outros assuntos, *sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica* em um contexto específico de *política de defesa da concorrência* e dentro dos limites de competência do CADE.

Por outro lado, a Lei nº 9.279/96 contém preceitos que dispõem *sobre o licenciamento compulsório de patentes* em um contexto específico de *política industrial* e de *competência do INPI*. A diferença entre os sistemas do CPI e da Lei de Defesa da Concorrência sinaliza a autonomia que a agência antitruste brasileira possui para determinar uma penalidade que não necessariamente esteja prevista de forma expressa na lei antitruste ou em outro diploma legal.

A jurisprudência do CADE corrobora sua discricionariedade. Recente e inovadora decisão, apesar de não tratar de direitos de PI, foi proferida por unanimidade pelo Tribunal do CADE em fevereiro de 2016. Na ocasião, a autoridade aplicou medida cautelar de intervenção no curso de um processo administrativo³⁰⁰ destinado a apurar práticas de cartel em redes de postos de combustíveis no Distrito Federal. Foi a primeira vez que o Conselho determinou intervenção em empresas envolvidas em condutas anticompetitivas, em que pese a medida não encontrar guarida expressa na Lei de Defesa da Concorrência. Para sustentar a própria legalidade da intervenção, o Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos asseverou que, se o CADE tem poderes amplos de aplicar penas não pecuniárias para reprimir atos lesivos à concorrência, a teor do art. 84 da Lei Antitruste, a mesma regra seria válida para as medidas cautelares.

A partir do voto do então Conselheiro Relator Carlos Ragazzo no Caso ANFAPE, antes mesmo da conclusão da fase instrutória, o CADE sinalizou uma possível sanção na hipótese de comprovação da ilicitude da conduta das montadoras. Ragazzo foi explícito no sentido de que o licenciamento compulsório não necessariamente seria a medida necessária para eliminar os efeitos nocivos à concorrência, afastando *a priori* a polêmica acerca da (im)possibilidade de licenciamento compulsório de registros de desenho industrial.

No voto que decidiu pela instauração do processo administrativo, Ragazzo adiantou de forma inovadora que “a providência necessária para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica é, além da eventual multa cabível, determinar às montadoras a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão”³⁰¹. Na racionalidade do então

³⁰⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Recurso Voluntário nº 08700.000719/2016-31*. Conselheiro Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Brasília, 3 fev. 2016.

³⁰¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010. p. 68.

Conselheiro, a situação seria diversa se o acesso fosse pretendido por outras montadoras, e não pelos FIAPs.

O entendimento do CADE no Caso ANFAPE, ainda que não seja final, endereça importantes reflexões sobre o controle de condutas que envolvem direitos de PI. A autoridade explicitou, dessa forma, que o licenciamento compulsório mencionado tanto na Lei nº 12.529/11 quanto na Lei nº 9.279/96 não é o único remédio aplicável, pois o CADE pode determinar outras sanções de acordo com o art. 38 da Lei de Defesa da Concorrência.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho cuidou da análise de situações em que o Direito da Concorrência dialoga com o DPI. O primeiro cuida da defesa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil, zelando por um ambiente competitivo saudável em prol do consumidor. O segundo, visa estimular a atividade inventiva e criativa pelos agentes econômicos, conferindo direitos exclusivos sobre bens intangíveis. A partir da exclusividade, somente o inventor e/ou os autorizados pelo mesmo passa(m) a ser remunerado(s) pela criação, como é o caso dos direitos autorais sobre obras literárias. No que se refere às patentes de invenção, o investidor também passa a ter condições de reaver os custos de P&D e manter níveis de investimento.

Pela natureza dos direitos – um, concorrencial, que valoriza a livre iniciativa, e o outro, de PI, que permite a limitação de atuação de agentes econômicos –, identifica-se aparente contraposição. Entretanto, à luz dos princípios que regem a ordem econômica brasileira pela CRFB/88, o Direito Antitruste e o DPI devem conviver para possibilitar o desenvolvimento econômico e tecnológico do Brasil, além de potencializar o bem-estar do consumidor.

Via de consequência, a flexibilização de uma norma no caso concreto, em prol dos objetivos constitucionais, não só se torna possível, como necessária. Por isso admitem-se, a título exemplificativo, maiores concentrações no mercado caso benefícios ao consumidor possam ser propiciados, em direção contrária à regra intuitiva do antitruste de que um ambiente pulverizado seria mais saudável à sociedade.

Por outro lado, é imprescindível opor-se à ideia de que a PI é absoluta, pois o exercício irrestrito de determinados direitos pode ser gravemente prejudicial ao país. Em um contexto de embate de interesses imediatamente tutelados pelo antitruste e pelo DPI, a presente dissertação centralizou a análise sobre as condutas unilaterais excludentes que envolvem direitos de PI.

O capítulo 2 dedicou-se a tecer explanações sobre a ordem econômica da CRFB/88, da qual se extrai uma ideologia mista que pretende combinar princípios mais ou menos liberais, sendo que todos devem coexistir para a persecução das finalidades e objetivos da Carta de 1988, entre eles a existência digna e o desenvolvimento. Em seguida, adentrou-se no instituto da PI para explicitar seus fundamentos, espécies, de acordo com o ordenamento brasileiro, e limites constitucionais e infraconstitucionais. O tópico seguinte foi destinado ao Direito Concorrencial e realizou considerações de seus fundamentos e escopos para, por fim, abordar sua relação com o DPI.

Como visto, quando colocados à luz dos preceitos constitucionais, ambos os ramos devem ser complementares. Essa constatação não afasta, na prática, a existência de situações de embate.

Em realidade, e os precedentes nacionais e estrangeiros selecionados neste trabalho ilustram, conflitos entre o Antitruste e a PI têm sido frequentes. A defesa da concorrência tem alcançado direitos de PI no controle de concentrações e, com relação às condutas, uma ampla gama de situações pode ocorrer: condutas concertadas, recusas de contratar/licenciar, cobrança de preço abusivo, venda casada, entre outros.

Admitida a possibilidade de o Direito da Concorrência ser aplicado sobre formas de exercício de direitos de PI, o capítulo 3 trouxe um estudo sobre as condutas unilaterais excludentes a partir de uma perspectiva comparativa entre os EUA, a UE e o Brasil.

No ordenamento norte-americano, os entendimentos jurisprudenciais demonstram certa instabilidade. Houve momentos de maior rigor do antitruste até uma supervalorização do DPI, cuja flexibilização é admitida atualmente mediante critérios mais rigorosos, como a intenção de prejudicar a concorrência ou a prática de fraude perante autoridades de registros de direitos de PI.

Todavia, na UE, constatou-se uma mudança gradativa na jurisprudência. Após admitir a possibilidade de direitos de PI serem abusados de modo a configurar ilícito concorrencial, o Tribunal passou a construir critérios sobre tais situações. De acordo com a Corte, três são os requisitos para que o Direito da Concorrência possa determinar o acesso, por concorrentes, a bens protegidos por direitos de PI: (i) indispensabilidade do produto para a concorrência e insubstituibilidade; (ii) a conduta excludente inviabiliza melhorias qualitativas ou quantitativas ou expande posição dominante para outro mercado economicamente independente e (iii) a recusa de contratar/licenciar não é justificada por motivos razoáveis.

Finalmente, no Brasil, viu-se que os casos existentes ainda não foram apreciados pelo Poder Judiciário, de sorte que foi realizado um estudo dos precedentes administrativos do CADE. Na história recente da autarquia, poucas foram as situações levadas a seu crivo que envolviam exclusão de concorrentes por direitos de PI e, na grande maioria, o CADE sequer chegou a analisar mercados e adentrar no mérito da temática. O arquivamento das investigações preliminares têm sido desfecho frequente.

Exceção importante e à qual foi dada destaque neste trabalho é o processo administrativo que envolve, de um lado, a ANFAPE, representante de fabricantes independentes de autopeças (os FIAPs), e, de outro, grandes montadoras do Brasil. Pela

primeira vez, o CADE converteu a investigação preliminar em processo administrativo, cuja decisão apresenta ponderações relevantes para o tema no Brasil.

Os argumentos que já foram utilizados pelo Tribunal do CADE no Caso ANFAPE, até a presente data, podem introduzir o tipo de análise que a agência priorizará para aferir a (i)licitude concorrencial sobre condutas excludentes que abarcam direitos de PI. O voto do então Conselheiro Ragazzo, seguido pelos demais conselheiros, ponderou se os fins visados pela PI – em suma, o incentivo à inovação e a contribuição para o desenvolvimento do País – justificariam a prática das montadoras de excluir os FIAPs do mercado. Em outros termos, o CADE informou que deve ser avaliado se, no caso concreto, o direito de PI possui *apenas* um viés anticompetitivo (e assim passível de intervenção) ou se, de fato, também é preponderante para o avanço tecnológico e para o bem-estar do consumidor (hipótese em que o Antitruste aceitaria estrições à concorrência).

Embora o posicionamento do CADE ainda esteja restrito ao Caso ANFAPE, até agora pendente de decisão final, é interessante observar as diferenças de entendimentos entre as autoridades brasileira, norte-americana e europeia no tema. Se nos EUA a tendência é tutelar direitos de PI, admitindo-se a intervenção antitruste em casos excepcionais, na Europa o Tribunal preocupou-se em enumerar critérios que fariam da conduta um ilícito concorrencial. No Brasil, a seu turno, pode se perceber que o CADE já sinalizou que a análise da autoridade passará por um juízo acerca da funcionalidade da PI em questão, isto é, se o direito em tela está em conformidade com a ideologia constitucionalmente adotada.

A partir dos breves estudos de casos suscitados, o capítulo 4 dedicou-se à reflexão sobre a importância e os desafios que a interseção entre o DPI e o Antitruste apresenta. Constatou-se que o Direito da Concorrência pode e deve agir para corrigir eventuais abusos de direitos de PI, uma vez que o CADE detém competência específica para atuar sob um viés eminentemente concorrencial, além de os proprietários de bens intangíveis não gozarem de imunidade antitruste, de acordo com a legislação vigente.

Juntamente a um papel tão relevante do Direito da Concorrência, identificaram-se também neste trabalho desafios que a Administração Pública pode vir a enfrentar. Além da própria complexidade dos casos, pelas características do mercado e pelo tempo necessário à instrução processual, as possibilidades de aplicação dos chamados “remédios” antitruste trazem novas indagações.

O licenciamento compulsório, com previsão expressa tanto no CPI quanto na Lei nº 12.529/11, é comumente apontado como sanção não pecuniária em casos como o discutido nesta dissertação. Como exposto, embora o licenciamento possa ser recomendado pelo CADE,

exige-se a conformidade de outras autoridades para torná-lo efetivo. Outra dificuldade que pode surgir neste contexto é a fixação ou a ingerência do CADE sobre os termos de remuneração pelo licenciamento.

Não obstante a possibilidade do licenciamento compulsório, a Lei de Defesa da Concorrência brasileira, em seu art. 38, confere ao CADE poderes para aplicar sanções diversas das exemplificadas no dispositivo legal. Embasado no permissivo, é possível que o CADE apenas afaste a oponibilidade de direitos de PI em dado mercado, como sugerido por Ragazzo no Caso ANFAPE.

Com base no estudo ora realizado, identifica-se que a temática da conduta excludente e unilateral que abarca direitos de PI inclui polêmicas no campo teórico, na definição de critérios para a determinação da ilicitude e na própria determinação dos remédios aplicáveis. A despeito de tais dificuldades, é inegável que a economia brasileira contemporânea requer não só um ambiente competitivo saudável, mas também incentivos para a inovação. Como conciliar ambos os escopos é uma das mais difíceis missões do Direito da Concorrência, a qual o Brasil tem começado a enfrentar há pouco tempo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Boston: Little, Brown and company, 1980.

AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim. *Restrições verticais e defesa da concorrência*. Brasília, 2015. Palestra proferida na 35ª Edição do Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 26 jan. 2015.

BARBOSA, Denis. *A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure*. 2002. Disponível em: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.denisbarbosa.addr.com%2Farquivos%2Fapostilas%2F32.doc&ei=dJGLU8jmFY6ysAStxIH4CA&usg=AFQjCNGkPQ6VcHoPdFizwFjELf6K5CLYFg&sig2=_xnZhgvjdBdlab7nyIne1Q&bvm=bv.67720277,d.cWc>. Acesso em 18 maio 2014.

BARBOSA, Denis Borges. Jurisprudência sobre PI do CADE. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 1º mar. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3215/jurisprudencia_sobre_pi_do_cade>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração 08700.004957/2013-72*. Relator: Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis. Brasília, Distrito Federal, 28 jan. 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21*. Reqtes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. ("SBT"), Radio e

Televisão Record S.A. ("Record"), e TV Ômega Ltda. ("RedeTV!"). Rel.: Cons. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt Brasília, *DOU*, 2 mar. 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cB4Ty4oXzrkF5SKWqtYsxTk968pzlUUTQaKz_FOInC6N5_cMrbrV2fnpHk1QXpZ2--sf0HM-LPdb20zIB1uaMw,>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24*. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú. Brasília, 19 abr. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24*. Relator: Abraham Benzaquem Sicsú. Brasília, 19 abril 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51*. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, Distrito Federal, 15 dez. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.001315/2007-21*. Relator: Olavo Zago Chinaglia. Brasília, 11 ago. 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.004570/2000-50*. Relator: Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Brasília, 15 jul. 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50*. Relator: César Costa Alves de Mattos. Brasília, 30 abr. 2010.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Averiguação Preliminar 08012.008659/1998-09*. Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 29 jun. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44*. Reqtes: Procon/SP. SKF do Brasil Ltda. Rel: Cons. César Costa Alves de Mattos. Brasília, Distrito Federal, *DOU*, 30 jan. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo de Averiguações Preliminares n. 23*. Relator: Conselheiro José de Mendonça Braga. Brasília, Distrito Federal, 21 fev. 1968.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo de Averiguações Preliminares n. 112*. Relator: Conselheiro Féres Nader. Brasília, Distrito Federal, 14 dez. 1981.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado, 1937.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999. Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3201.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de novembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9456.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Acordo de Cooperação Técnica entre o INPI, a União e o CADE. Rio de Janeiro, 7 jun. 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Acorco%20de%20Cooperação%20CADE_SDE_INPI.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1166498/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 23.452/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 12 de maio de 2000.

BRITO JÚNIOR, Jorge Luiz de. *Interface entre a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência no Brasil*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-17032015-134535/publico/JLBDISSERTACAO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BURK, Dan L., LEMLEY, Mark. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. In: DHALL, Vinod (Ed.). *Competition Law Today: concepts, issues, and the law in practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007. n. 07-14. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID978787_code745030.pdf?abstractid=978787&mirid=1>. Acesso em: 30 ago. 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 18, p. 58-74, jul./dez. 2010.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. *An Overview of CADE`s Recent Jurisprudence Regarding Intellectual Property*. World Intellectual Property Organization, dez. 2014. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/wipo_cedin.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Dignidade do ser humano - liberdade e justiça. Trabalho apresentado na III Conferência Internacional de Direitos Humanos, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, realizado entre 16 e 18 de agosto de 2006, em Teresina, Piauí. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/news/mundo/19-08-2006/12408-dirhum-0/>>. Acesso em 21 set. 2013.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 21.2.1973 - Processo 6/72*. Europemballage and Continental Can v Commission. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 14.2.1978 - Processo 27/76. United Brands Company e United Brands Continentaal BV versus Comissão das Comunidades Europeias*. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddf626408dbc4e40508285801dc74ae28d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPaNf0?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=470216>>. Acesso em: 9 nov. 2015, p. 91.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 24/67*, fev. 1967. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61967CJ0024&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 53/87*, out. 1988. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61987CJ0053>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case 238/87*, out. 1988. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:24c33700-2092-4e4b-abc6-ed97a2b159ce.0002.03/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 11 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-418/01*, abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418&from=PT>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Case C-7/97*, nov. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddc4698d45f91d46fd83a99998216112c7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRc3n0?text=&docid=43749&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108435>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P. Magill Case*, abr. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991CJ0241&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

COMUNIDADE EUROPEIA. Court Of First Instance. *Case T-504/93*, June 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993TJ0504&from=EN>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COTTER, Thomas. Essential Facilities Doctrine. In: HYLTON, Keith N. (Ed.). *Antitrust. Law and Economics*. Cheltenham (UK); Northampton (USA): Edward Elgar Publishing, 2010. (Encyclopedia of Law and Economics, v. 4). Chap. 7. p. 157-182. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1126708_code702020.pdf?abstractid=1125368&mirid=1>. Acesso em: 12 out. 2015.

DERCLAYE, Estelle. The IMS Health Decision: a triple victory. *World Competition*, v. 27, n. 3, p. 397-405, 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=estelle_derclaye>. Acesso em: 16 nov. 2015.

EMCH, Adrian; HOU, Liyang. Antitrust Regulation of IPRs: China's First Proposal. *Competition Policy International*, Asia Column, Aug. 2014. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-regulation-of-iprs-chinas-first-proposal/>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. 2nd. Circ. *SCM Corp. v. Xerox Corp* 645 F.2d 1195 (2nd. Cir. 1981). Disponível em: <<http://openjurist.org/645/f2d/1195/scm-corporation-v-xerox-corporation>>. Acesso em: 8 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/203/1322/474824/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the First Circuit. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation* 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/36/1147/563484/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. *In re: DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation, No. 06-5525* (2d Cir. 2009). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-5525/06-5525-cv_opn-2011-03-27.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Court of First Instance. *Case T-201/04*, Sept. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=111136>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice. *Antitrust and Intellectual Property*, Jan. 2003. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-and-intellectual-property>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department Of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. April 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court for the District of Kansas. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation* 989 F. Supp. 1131 (1997). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/989/1131/1528609/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/186/70/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Henry v. A.B. Dick & Co.*, 224 U.S. 1 (1912). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/1/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* 547 U.S. 28 (2006). Disponível em: <

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/547/28/opinion.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *International Salt Co., Inc. v. United States* 332 U.S. 392 (1947). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/392/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Jungersen v. Ostby & Barton Co.* 335 U.S. 560 (1949). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/335/560/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.* 320 U.S. 680 (1944). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/320/680/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.* 243 U.S. 502 (1917). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. ____ (2003). Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014.

FARINA, Laércio; GUIMARÃES, Denis Alves. Direito da concorrência e defesa do consumidor: uma reflexão à luz da propriedade industrial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, ano 21, v. 25, p. 83-98, jan./jun. 2014.

FIRST, Harry. Controlling the Intellectual Property Grab: Protect Innovation, Not Innovators. *Rugters Law Journal*, v. 38, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=976733>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

FONSECA, Antonio. Innovation, competition and intellectual property. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 26, p. 63-103, ago./dez. 1997.

FORAY, Dominique. *L'économie de la connaissance*. Paris: La Découverte, 2000.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREE SOFTWARE FOUNDATION EUROPE. *European Commision vs Microsoft: chronology of the case*. Disponível em: <<https://fsfe.org/activities/ms-vs-eu/timeline.en.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GENEVAZ, Simon. Against Immunity For Unilateral Refusals To Deal In Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP And Other Property Rights. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, p. 741-784, Mar. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=btlj>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GLEKLEN, Jonathan. Antitrust Liability for Unilateral Refusals to License Intellectual Property: Xerox and its Critics. Intellectual Property News. *Intellectual Property Committee of ABA's Section of Antitrust Law*, 2001. Disponível em: <<https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/Xerox%20-%20IP%20Refusal%20to%20License%20Case%20Examination.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21102010-081507/publico/Tese_final.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GULLY, Jennifer. Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 13, n. 1, p. 339-353, Jan. 1998. Disponível em:

<<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=btlj>>. Acesso em: 25 out. 2014.

HARDIN, Garret. The tragedy of commons. *Science Magazine*, v. 162, p. 1243-1248, 1968.

HEINEMANN, Andreas. Antitruste Internacional e Propriedade Intelectual. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 437-461.

HERSCOVICI, Alain. *Direitos de Propriedade intelectual, novas formas concorrenciais e externalidades de redes*. Uma análise a partir da contribuição de Williamson. Universidade Federal do Espírito Santo, Programa de Pós-Graduação em Economia. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2309.pdf>> Acesso em 23 set. 2013.

HOIRISCH, Cláudia. *Licença Compulsória para Medicamentos como Política Pública: O Caso do Anti-Retroviral Efavirenz*. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado Executivo em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6559/C1%C3%A1udia%20Hoirisch.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 8, jan., 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

HOVENKAMP, Herbert. Intellectual Property and Competition. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 15-08, Dec. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2569129>>. Acesso em: 12 out. 2015.

HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview. *The University of Iowa College of Law*, n. 5-31, dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=869417>>. Acesso em: 8 out. 2015.

HOVENKAMP, Herbert et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2013.

HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The great copyright robbery*. Rights allocation in a digital environment. Conference, NYU School of Law, mar. 2000, p. 1. Disponível em: <<http://www.ivir.nl/publications/hughenholz/thegreatcopyrightrobbery.pdf>>. Acesso em 23 set. 2013.

KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 70, n. 3, p. 599-642, 2003. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2014.

LIM, Daryl. Patente Misuse and Antitrust Law. Empirical, Doctrinal and Policy Perspectives. *The John Marshall Law School*, USA, jul. 2013.

MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *The Journal of Economic History*, v. 10, n. 1, p. 1-29, May 1950. Disponível em: <<http://c4sif.org/wp-content/uploads/2010/09/Machlup-Penrose-The-Patent-Controversy-in-the-Nineteenth-Century-1950-b.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

MEDEMA, Steven. *Chicago Law and Economics*. Denver, June 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

LAMPING, Matthias. Refusal to License as an Abuse of Market Dominance - From Commercial Solvents to Microsoft. In: HILTY, R.M.; LIU, K.C. *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2015. p. 121-145. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-54704-1_7>. Acesso em: 15 nov. 2015.

LANDES, William; POSNER, Richard. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

LAO, Marina. Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance. In: PITOFISKY, Robert (Ed.). *How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis On U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1024221>>. Acesso em: 20 set. 2015.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito, desenvolvimento e a propriedade intelectual*. São Paulo: Editorama, 2010.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. *Sherman Antitrust Law*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

LEMLEY, Mark. A New Balance between IP and Antitrust. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 237, Apr. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045>. Acesso em: 7 out. 2014.

LEMLEY, Mark. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. *University Chicago Law Review*, v. 71, p. 1-66, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=494424>>. Acesso em: 18 maio 2014.

LEMLEY, Mark. Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, v. 83, p. 1.031-1.089, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=582602>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Paris: The Berkeley Electronic Press, 2004.

LEXIS WORKS. *Clayton Act*. Disponível em:
<<http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

LINFO. Antitrust Definition. *The Linux Information Project*. Disponível em:
<<http://www.linfo.org/antitrust.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

MARTINS, Diogo Lucas. *O Caso ANFAPE: O Que Nos Diz a Experiência Internacional*. 2014. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2014.

MESIDOR, Marie Dagmar. *Intellectual Property Rights in Competition Law: Compulsory License Issues in Developing Countries*. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 128, 2014, p. 17-28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2369481>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

MORGAN, Thomas. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. American Casebook Series. 2. ed. Minnesota: West Group, 2001.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Decisão Inédita do CADE multa empresas e pessoas físicas em 3,1 bilhões de reais*. Belo Horizonte, 2 jun. 2014. Disponível em:
<http://melocampos.com.br/artigo/decisao-inedita-do-cade-multa-empresas-e-pessoas-fisicas-em-31-bilhoes-de-reais/>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coords.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual*. Assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967 e modificada em 2 de outubro de 1979. Disponível em:
<http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/10/Convenção%20da%20OMPI.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, jul. 1993. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

OUTTERSON, Kevin. Fair followers: Expandindo o Acesso a Medicamentos Genéricos para a População de Baixa e Média Rendas. In: RODRIGUES JR., Edson; POLIDO, Fabrício (Orgs.). *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Cap. 2. p. 134-152.

PAGE, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. Issues in Competition Law and Policy, v. 1, n. 1, *ABA Section of Antitrust Law*, 2008. Disponível em:
<<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

PATENTES 3G: CADE diz que Ericsson não adotou práticas anticompetitivas. *Convergência Digital*, 9 jun. 2015. Disponível em:

<<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infolid=39804&sid=17#.VtPGGIRe9B4>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIBAS, Guilherme Favoro Corvo. *Direito Antitruste e propriedade intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2011.

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. In: ZANOTTA, Pedro. BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189.

SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? *AntitrustConnect Blog*, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. *Revista Justiça e Educação*, Brasília, v. 10, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act*. New York: Oxford University Press, 1991. p. 32-38.

SULLIVAN, Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act*. The First One Hundred Years. New York: Oxford University Press, 1991.

SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? *GCP The Online Magazine for Global Competition Policy*, n. 2, Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY. Competition Law Center. *Federal Trade Commission Act*. Disponível em: <<http://gwclc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. *Case COMP/C-3/37.792 Microsoft*, Mar. 2004. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75010>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Communication from the Commission: *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements*, mar. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.089.01.0003.01.ENG>. Acesso em: 15 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Traité sur le Fonctionnement de L'Union Européenne*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.