

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JOYCE RUIZ RODRIGUES ALVES

**CONDIÇÕES PARA A CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÕES CONTRA A
ORDEM ECONÔMICA ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL NO BRASIL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2018

JOYCE RUIZ RODRIGUES ALVES

**CONDIÇÕES PARA A CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÕES CONTRA A
ORDEM ECONÔMICA ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE
INTELECTUAL NO BRASIL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação para apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Comercial, sob orientação do Prof. Dr. José Roberto D’Affonseca Gusmão.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

À Vera, Milton e Milinho.

AGRADECIMENTOS

Há muitos que contribuíram direta ou indiretamente para o presente trabalho.

Agradeço ao Professor José Roberto D’Affonseca Gusmão porque esse trabalho não teria sido o mesmo sem a orientação. Poucos professores têm a sua capacidade de gerar *insights* com comentários objetivos e diretos. Aos Professores Paulo Brancher e Marcus Elidius de Almeida, agradeço pelas críticas construtivas e pela orientação dadas no exame de qualificação.

Lembro que não foi fácil ser contratada para o meu primeiro estágio no setor privado devido ao fato de cursar dois cursos universitários ao mesmo tempo. No entanto, o que muitos viram como uma desvantagem, o Professor Fabio Lilla viu como uma oportunidade e me ofereceu uma vaga de estágio em seu escritório. Nele, tive o primeiro contato com o direito antitruste, área pela qual me encantei e me dedico até hoje. Anos depois, um acaso feliz foi trabalhar com o seu filho, Professor Paulo Lilla, hoje autor de uma das obras de referência sobre interface entre o direito antitruste e propriedade intelectual do Brasil, e cuja participação na banca examinadora é motivo de alegria.

Além disso, tenho certeza que a minha percepção de direito antitruste e dos desafios enfrentados pela Administração Pública certamente não seria a mesma se não fosse pela oportunidade de trabalhar “do outro lado do balcão” no Conselho Administrativo de Defesa da Econômica, na extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, no Ministério da Justiça e no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Por essa razão, registro aqui minha gratidão e admiração por todos os servidores com os quais tive o privilégio de conviver e aprender, em especial, Arthur Badin, Gilvandro Araujo, Ana Paula Martinez, Camila Safatle, Paulo Casagrande, Eric Jasper, e Dimas Ramalho.

Registro também aqui a gratidão ao aprendizado proporcionado por muitos advogados talentosos e competentes, incluindo meus sócios e minha equipe no Dias Carneiro Advogados, aos quais agradeço em nome de Henrique Dias Carneiro e André Ribeiro.

Aos amigos Camila Requena, Bibiana Freitas, Eduardo Marques, Erika Seddon, Leila Ferraresi, Maria Tereza Couto Rufino, Paulo Dallari, Thais Cassiano, agradeço pelo companheirismo e constante incentivo.

Por fim, agradeço a minha querida família. Tenho sorte de pertencer a uma família que me ensinou a nunca questionar minha capacidade, mas sim a trabalhar pelos meus objetivos. Agradeço a minha avó Rita, tia-avó Josefina (ambas *in memoriam*), tia Maria Helena, tia Maria José, Érica, Claudia e Silvinha, mulheres fortes e batalhadoras que são todas referências na minha vida. A minha mãe, Vera, constante e inabalável fonte de apoio. Ao meu pai, Milton, que me ensinou por palavras e por ações que, com muito esforço e alguma teimosia, nenhum sonho é impossível. Ao meu irmão, Milton, fonte de ânimo e de torcida constante.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem como objetivo central, mediante a análise de doutrina e de jurisprudência, responder duas questões, a saber: Como determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual do ponto de vista da política antitruste? Quais são as condições que permitem caracterizar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual em relação à política antitruste? Nossa conclusão é que as condições para a configuração de infração à ordem econômica são distintas para dois grupos: (a) infrações decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual; e (b) infrações decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual. As infrações decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual ocorrem quando o titular comete fraudes e o exercício desse direito obtido de forma indevida gera potencial efeito líquido negativo. Por sua vez, as infrações decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual abrangem duas hipóteses. A primeira refere-se à situação em que o agente econômico tenta alavancar o poder de mercado conferido por um direito de propriedade intelectual para criar uma vantagem em mercado relativo a produto não protegido pelos direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo real ou potencial. Por sua vez, a segunda refere-se à situação em que o titular de um direito de propriedade intelectual o utiliza para impedir ou retardar o lançamento de um novo produto por concorrente e isso gera um efeito líquido negativo.

Palavras-chave: direito da concorrência; antitruste; direitos de propriedade intelectual; infração à ordem econômica; abuso de poder econômico.

ABSTRACT

This master dissertation has as its purpose, by means of a review of doctrine and case law, to attempt to reply to two questions, namely: How to ascertain the lawfulness or unlawfulness of the exercise of intellectual property rights from an antitrust policy perspective? What are the conditions should be met to allow a conclusion regarding the lawfulness of the exercise of intellectual property rights in relation to antitrust policy? Our conclusion is that the conditions for the configuration an antitrust infringement are different for two groups: (a) antitrust infringements arising from the exercise of unlawful intellectual property rights; and (b) antitrust infringements arising from the abuse of intellectual property rights. Antitrust infringements arising from the exercise of unlawful intellectual property rights refer to situations in which the holder has committed frauds in the administrative proceeding in order to obtain the intellectual property right and the exercise of those rights has led to an actual or potential injury on competition. In its turn, antitrust infringements arising from the abuse of intellectual property rights encompass two main situations. The first refers to a situation in which an economic agent attempts to leverage its market power in the market in which it holds its intellectual property rights to another market concerning another product in which it is not entitled to any protection and this conduct results on an injury on competition. The second refers to a situation in which an economic agent attempts to use intellectual property rights to prevent or delay the launch of a new product by a rival and this leads to an injury on competition.

Keywords: competition law; antitrust; intellectual property rights; violation to the economic order; abuse of economic power.

SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
ECD	Estrutura-Condução-Desempenho
ECD	Estrutura-Condução-Desempenho
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LPI	Lei de Propriedade Industrial
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SG	Superintendência Geral
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF	Tribunal Regional Federal
TRIPS	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE I – EXISTE ALGUM TIPO DE ISENÇÃO ANTITRUSTE À CONDUTAS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL?	5
CAPÍTULO I OBJETIVOS DA ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS ILÍCITOS ANTITRUSTE	6
§ 1º Conceito de poder econômico	6
§ 2º Análise dos possíveis objetivos do controle de condutas dentro da política antitruste	9
A. Escolas de Harvard, Chicago e Pós- Chicago e suas contribuições para a política antitruste	10
B. Políticas antitruste como instrumento de produtividade e inovação	12
C. Conclusões parciais: objetivos da política antitruste no Brasil	14
§ 3º Arcabouço normativo brasileiro aplicável ao controle de condutas	15
A. Constituição Federal.....	15
B. Considerações sobre a Lei 12.529/11	16
C. Ilícito por objeto e ilícitos por efeitos	19
§ 4º Classificações de ilícitos antitruste	23
A. Condutas unilaterais e condutas coordenadas	23
§ 5º Metodologias de análise e padrão de prova adotados pelas autoridades antitruste para controle de condutas	23
A. Regra da razão e a regra <i>per se</i>	23
B. Metodologia para verificação do efeito potencial de determinada conduta.....	25
CAPÍTULO II FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	30
§1º Objeto de proteção dos direitos de propriedade intelectual	30
A. Comentários sobre a natureza dos bens incorpóreos e impactos para os direitos de propriedade intelectual.....	32
B. Proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual.....	33
§2º Justificativas para a proteção de direitos de propriedade intelectual	40
A. Visão privatista: propriedade intelectual como mecanismo jurídico para assegurar a recuperação dos investimentos	41

B. Visão publicista: propriedade intelectual como meio de promover a concorrência dinâmica.....	43
§3º Relevância da delimitação do escopo e duração dos direitos de propriedade intelectual	45
§4º Tratamento constitucional conferido à inovação	48
CAPÍTULO III JUSTIFICATIVAS PARA APLICAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE A CASOS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	50
§ 1º Relação entre direito de propriedade intelectual e poder de mercado e implicações para a política antitruste	50
A. A distinção entre monopólio legal e monopólio econômico.....	52
§ 2º Ausência de isenção antitruste	56
A. Disposições na Lei 12.529/11 sobre infrações envolvendo direitos de propriedade intelectual.....	57
§ 3º Implicação dos objetivos adotados pela autoridade antitruste no tratamento conferido a infrações à econômica	59
A. Perigo de restrição inconstitucional dos direitos pelo CADE.....	60
PARTE II – EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAIS.....	62
CAPÍTULO IV CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE.....	63
§ 1º Abuso de dominância	63
A. Diferentes tipos de abuso e metodologias adotadas para aferição de abuso de dominância.....	64
B. Perigo de que as autoridades incorram em erros do tipo I	66
§ 2º Distinção entre abuso de direito e abuso de dominância	69
§ 3º Hipóteses em que o exercício abusivo de um direito pode configurar uma infração à ordem econômica.....	71
A. Estudo da jurisprudência relativa a abuso de direito de petição	72
CAPITULO V CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL ELENCADAS PELA DOUTRINA	77
§ 1º Infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual	78

§ 2º	Infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.....	81
A.	Tentativas de alavancar o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para um mercado, produto, ou tempo em que não detém direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo;	81
B.	Infrações decorrentes do exercício de um direito de propriedade intelectual para impedir o lançamento de um novo produto por concorrente (hipótese de flagrante violação da função social do direito de propriedade intelectual)	87

CAPÍTULO VI ESTUDOS DE CASO RELATIVOS A INFRAÇÕES ANTITRUSTE ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL..... 89

§ 1º	Estudo de casos relativo a julgados dos Estados Unidos	89
A.	Estudo de caso de julgados dos Estados Unidos sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual.....	92
B.	Comentários sobre os julgados dos Estados Unidos sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual	97
§ 2º	Estudo de casos relativo a julgados da Comissão Europeia.....	99
A.	Estudo de caso de julgados da Comissão Europeia sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual	101
B.	Comentários sobre os julgados da Comissão Europeia sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual	106
§ 3º	Estudo de julgados do Tribunal do CADE.....	108
A.	Estudo de caso de julgados do CADE sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual.....	108
B.	Comentários sobre os julgados do CADE sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual.....	125

CAPÍTULO VII METODOLOGIA DE IDENTIFICAÇÃO DE INFRAÇÕES ANTITRUSTE ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. 127

§1	Inadequação da aplicação da metodologia típica aplicável para aferição de legalidade de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual	127
§ 2º	Inadequação da metodologia proposta pelo Conselheiro Ragazzo no caso ANFAPE	128
§ 3º	Tentativa de sistematização das metodologias adotadas pelas autoridades de defesa da concorrência	129

A. Infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.....	129
B. Infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual.....	131
CONCLUSÕES.....	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO

A interface entre a as leis de defesa da concorrência e de proteção à propriedade intelectual é um assunto que já foi amplamente debatido pela doutrina. De fato, há um forte consenso que as leis de defesa da concorrência e de propriedade intelectual são complementares, tendo em vista que ambas objetivam a produção de riquezas e, indiretamente, promoção de bem-estar do consumidor¹.

As leis de defesa da concorrência referem-se a todo o arcabouço de normas de direito antitruste que disciplina a atuação das autoridades de defesa da concorrência em três segmentos principais, a saber, (a) educativa; (b) controle preventivo de concentração de poder econômico; e (c) repressivo do abuso de poder econômico. A atuação educativa das autoridades é também denominada de promoção da advocacia da defesa da concorrência. Trata-se de uma atuação que visa difundir a cultura da livre-concorrência não só para a sociedade, como também por meio da participação das autoridades de defesa da concorrência no desenvolvimento de legislações e normas regulatórias que possam afetar o grau de concorrência nos mercados. O controle preventivo tem o objetivo de monitorar as operações e contratos realizados entre agentes econômicos que acarretam modificações nas estruturas dos mercados relevantes de bens e serviços no que se refere ao número, identidade, tamanho e outras características dos agentes econômicos atuantes nos mercados, a fim de evitar que tais alterações confirmem excessivo poder de mercado aos agentes econômicos. Isso porque referido poder econômico poderia ser utilizado posteriormente para lesar ou impedir a livre concorrência. Por fim, o controle repressivo tem o objetivo coibir os comportamentos oportunistas que, porventura, sejam adotados pelos agentes econômicos. Vale dizer: se os agentes econômicos abusarem do seu poder de mercado, essa conduta será desencorajada mediante a aplicação de sanções pelas autoridades de defesa da concorrência, o que se faz por meio do controle repressivo do poder econômico.

Por sua vez, os direitos de propriedade intelectual são, na verdade, um instrumento que visa (a) incentivar a inovação; e (b) combater a concorrência desleal e, por isso,

¹ Nesse sentido, são as lições de PEEPERKORN, Luc, *'IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance'* (2003) 26 *World Competition*, Issue 4, p. 527-8; JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. 4ª edição, Oxford, 2011, p.711; WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*, 7ª edição, Oxford: 2011, p.769.

contribuem para a manutenção da rivalidade nos mercados à medida que desincentivam a adoção de práticas oportunistas por agentes econômicos.

No entanto, em alguns casos específicos, há necessidade de intervenção específica pelas autoridades de defesa da concorrência para combater condutas lesivas à concorrência que envolvam direitos de propriedade intelectual.

Eis que neste ponto reside um desafio que atualmente é enfrentado pela doutrina, pelas autoridades de defesa da concorrência e pelos administrados/agentes econômicos: como determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual do ponto de vista da política antitruste? Quais são as condições que permitem caracterizar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual do ponto de vista da política antitruste?

São essas as questões objeto de estudo na presente dissertação. Desse modo, a presente dissertação não visa estudar de modo amplo a interface entre o direito antitruste e o de propriedade intelectual, mas tão somente os impactos dessa interação para o controle repressivo de condutas pelas autoridades de defesa da concorrência no Brasil.

Esse tema é de grande relevância tanto para doutrina como para a orientação dos órgãos da Administração Pública, uma vez que apesar de existir bastante doutrina sobre a possibilidade de intervenção do CADE em infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual, não há qualquer sistematização das condições gerais necessárias para a caracterização de infrações.

A inexistência de critérios claros sobre os limites para o exercício de direitos de propriedade intelectual para a política antitruste gera incerteza jurídica para os administrados. Sem saber o que é lícito e ilícito, os agentes econômicos podem tomar decisões equivocadas que resultem em perda de inovação e de bem-estar.

Nesse cenário, o objetivo central da presente dissertação é identificar e sistematizar, mediante a análise da doutrina e da jurisprudência, as condições necessárias para a caracterização de infrações à ordem econômica decorrentes do exercício de direitos de propriedade intelectual.

O presente trabalho está estruturado em três partes, além dessa introdução.

A primeira parte é composta por três capítulos e visa abordar todos os conceitos basilares para que possamos debater as duas questões propostas, em especial, estudaremos os

conceitos e fundamentos básicos que nos permitem identificar se há algum tipo de isenção antitruste a condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual. O Capítulo I apresentará análise dos objetivos da atuação das autoridades antitruste no combate ao abuso de poder econômico. Para isso, estudaremos o conceito de poder econômico e identificaremos os objetivos da política antitruste e o arcabouço jurídico existente no Brasil que confere embasamento para a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Além disso, abordaremos as metodologias adotadas pelas autoridades de defesa da concorrência para identificar e sancionar infrações à ordem econômica. No Capítulo II, buscaremos identificar os fundamentos e os objetivos da proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual, mediante levantamento doutrinário. O objetivo dessa análise é identificar a função social dos direitos de propriedade intelectual bem como os limites da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação aplicável no Brasil. Por fim, no Capítulo III, apresentaremos levantamento doutrinário das justificativas para a inexistência de isenção antitruste a infrações contra a ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual. Outrossim, identificaremos os alertas feitos pela doutrina nacional e internacional em relação à eventual adoção de uma política antitruste excessivamente intervencionista sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual, tendo em vista a complementariedade existente entre a política antitruste e os direitos de propriedade intelectual.

Por sua vez, a Parte II é composta por quatro capítulos e visa responder: como determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual? Em prol desse objetivo, no Capítulo IV, analisaremos quais são os critérios adotados pelo direito antitruste para configuração de abuso de direito e, estudaremos os critérios adotados pelo CADE para a distinção entre exercício e abuso do direito de petição. No Capítulo V, identificaremos os principais exemplos de condutas anticoncorrenciais envolvendo direitos de propriedade intelectual debatidos atualmente pela doutrina. No Capítulo VI, apresentaremos estudos de casos relativos a julgados e decisões administrativas envolvendo controle de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual nos Estados Unidos, na Comissão Europeia e no Brasil, com o objetivo de identificar as condições que levaram as autoridades a concluir pela configuração ou não de infração à ordem econômica. No Capítulo VII, buscaremos sistematizar as condições para determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual pelas autoridades de defesa da concorrência.

Por fim, apresentaremos nossas conclusões.

PARTE I – EXISTE ALGUM TIPO DE ISENÇÃO ANTITRUSTE À CONDUTAS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL?

Na Parte I da presente dissertação, nosso objetivo é analisar os conceitos e fundamentos básicos a fim de que seja possível identificar se há algum tipo de isenção antitruste a condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual.

No Capítulo I, analisaremos os objetivos da atuação das autoridades antitruste no combate ao abuso de poder econômico. Para isso, primeiramente, estudaremos o conceito de poder econômico. Após isso, identificaremos os objetivos da política antitruste e o arcabouço jurídico existente no Brasil que confere embasamento para a atuação das autoridades de defesa da concorrência no controle repressivo. Além disso, abordaremos as metodologias adotadas pelas autoridades de defesa da concorrência para identificar e sancionar infrações à ordem econômica.

Por sua vez, no Capítulo II, nos propomos a identificar os fundamentos e os objetivos da proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual, mediante levantamento doutrinário. O objetivo dessa análise é identificar a função social dos direitos de propriedade intelectual bem como os limites da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação aplicável no Brasil.

Por fim, no Capítulo III, apresentaremos levantamento doutrinário das justificativas para a inexistência de isenção antitruste a condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual. Outrossim, identificaremos os alertas feitos pela doutrina nacional e internacional em relação à eventual adoção de uma política antitruste intervencionista demais sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual, tendo em vista a complementariedade existente entre a política antitruste e os direitos de propriedade intelectual.

CAPÍTULO I OBJETIVOS DA ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO COMBATE AOS ILÍCITOS ANTITRUSTE

De início, cabe esclarecer que o conceito de política antitruste adotado no presente trabalho engloba tanto (a) a prática das autoridades de defesa da concorrência e tribunais que aplicam as normas constantes do ordenamento jurídico vigente; (b) a edição de normas que tenham impacto sobre os mercados; e (c) critérios governamentais que pautam a alocação dos recursos.

Não há como discutir qual metodologia deve ser adotada para caracterização de infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual sem considerar, um pouco mais detidamente, qual é o papel da política antitruste e do controle repressivo de condutas.

Desse modo, neste Capítulo, entendemos pertinente discorrer brevemente sobre: (a) o conceito de poder econômico; (b) objetivos da política antitruste; e (c) papel do controle de condutas para que esses objetivos sejam alcançados, o que passamos a fazer.

§ 1º Conceito de poder econômico

Conforme se passa a detalhar, a doutrina associa o conceito de poder econômico tanto à posse e propriedade de bens de produção como à influência que o agente econômico detém sobre o mercado em que ele atua.

Dutra define poder econômico como a soma de meios materiais e não materiais de que o agente econômico dispõe e emprega na sua atividade econômica². Segundo essa definição, todo agente econômico detém alguma medida de poder de mercado tendo em vista que todo agente econômico detém a capacidade de interferir nos preços e na quantidade de determinado bem ou serviço ofertado no mercado em que atua.

Motta acrescenta que poder de mercado refere-se à habilidade de um agente econômico de elevar preços acima do de mercado de modo lucrativo³.

² DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 322.

³ MOTTA, Massimo. *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 40.

Como formulado por Forgioni, um agente detentor de poder econômico pode agir de forma independente e com indiferença aos demais agentes econômicos. Desse modo, ele pode impor unilateralmente as regras do jogo em relação aos demais agentes econômicos⁴. Verifica-se, portanto, um elemento adicional neste conceito, qual seja, a capacidade de tomar decisões de forma independente.

Rodrigo Maito da Silveira sintetiza a discussão ao afirmar que o poder econômico refere-se à titularidade ou posse dos meios de produção, associada à capacidade de se tomar decisões de forma independente da decisão de terceiros⁵.

Portanto, resta claro que o conceito poder de mercado está vinculado à perenidade dessa influência⁶. Desse modo, o conceito de poder econômico está atrelado à capacidade de um agente econômico de elevar e sustentar o aumento de preço de determinado bem ou serviço em determinado mercado.

Explica-se: em um mercado monopolista, um ofertante (ou um grupo de ofertantes agindo como se fossem um único ofertante) pode alterar o preço do produto que oferta mudando a quantidade que ele oferta. Isso porque quando há um aumento de preço, alguns consumidores deixarão de comprar o produto ofertado enquanto que outros continuarão a comprá-lo. Desse modo, um ofertante monopolista detém a capacidade de reduzir a oferta e aumentar o preço do produto acima do custo de oferta, que seria o preço cobrado em um mercado competitivo. Em outras palavras, um monopolista é capaz de restringir a oferta e aumentar preços sem perder vendas para seus concorrentes, de modo que, ele pode obter lucros monopolistas⁷. A mesma lógica pode ser aplicada a oligopólios, no qual há um grupo reduzido de ofertantes.

Ante o exposto, é possível concluir que o principal impacto do poder econômico seria, portanto, a possibilidade de transferir rendas do consumidor ao monopolista mediante o aumento dos preços e da redução da quantidade ofertada. Não obstante isso, cabe mencionar que as perdas de eficiência decorrentes do exercício de poder de mercado são bem pequenas. Isso se dá porque mesmo o monopolista puro tem incentivos para perseguir reduções de custo

⁴ FORG FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*, 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 268-272.

⁵ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária*. Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 136.

⁶ BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001, p.104-105.

⁷ JONES; SUFRIN, op cit, p.259-260.

do seu produtivo mesmo que ele maximize seus lucros. Desse modo, o poder de mercado não afeta substancialmente o nível de eficiência produtiva.

Além disso, conforme apontado por Vinicius Marques de Carvalho, a concentração de poder econômico também implica em maior o poder de planejamento setorial nas mãos dos agentes privados. Desse modo, a concentração de poder econômico teria impactos relevantes sobre a política de preços de produtos essenciais. Logo, a concentração de poder econômico também resultaria em “*maior resistência a políticas econômicas de combate a inflação*”. Desse modo, de forma mais ampla, o poder econômico concentrado pode até mesmo limitar a capacidade do Estado de formular e implementar políticas públicas⁸.

Em síntese, poder econômico pode ser entendido como a capacidade de (a) agir independentemente de seus concorrentes, (b) determinar preços (*pricemaker*), e (c) excluir competidores⁹. Deste modo, quando um agente é detentor de poder econômico, ele detém a capacidade de tomar decisões que afetem o gerenciamento das atividades econômicas de outros, sem considerar as ações dos demais.

Por fim, Eduardo Frade Rodrigues esclarece que “*tem poder econômico aquele que tem poder de mercado*”. Outrossim, ele aponta que alguns autores distinguem poder de mercado, poder econômico e posição dominante ao afirmar que todos os agentes econômicos detém algum grau de poder de mercado mas, somente aqueles que possuem quantidade substancial de poder de mercado são os que detém posição dominante em determinado mercado¹⁰. No entanto, a doutrina e as autoridades de defesa da concorrência geralmente afirmam que aquele que detém poder de mercado, também detém posição dominante¹¹.

Desde já, cabe destacar, conforme será detalhado a seguir, que a obtenção de lucros extraordinários é necessária para permitir investimentos em propaganda, desenvolvimento de novos produtos e P&D. Nesse sentido, Motta aponta que a existência de algum grau de poder econômico auxilia a concorrência. Isso porque a possibilidade de deter algum poder de

⁸ CARVALHO, Vinicius de Marques. *Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência*. Defesa da Concorrência Estudos e Votos. São Paulo: Singular, 2015, p. 35.

⁹ ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues Alves. *Conceito jurídico de Ato de Concentração*. Disponível em: [download/733/516](https://www.stj.jus.br/portal/consulta/ver/733/516)>. Acesso em: 16 maio 2018, p.5.

¹⁰ É o caso de Motta que afirma que o conceito de posição dominante está atrelado a situação em que um agente econômico tem bastante poder de mercado (MOTTA, op. cit., p. 41).

¹¹ RODRIGUES, Eduardo Frade. *O Direito Societário e a estruturação do poder econômico*. São Paulo: Ed. Singular, 2016, p. 36 -37.

mercado é o que incentiva os agentes econômicos a adotar tecnologias mais eficientes, melhorar a qualidade de seus produtos e lançar novos produtos¹².

De qualquer forma, o ponto central é que o comportamento do agente econômico detentor de poder econômico detém o potencial de afetar as condições do mercado relevante. Em outras palavras, a adoção de um mesmo comportamento por um agente econômico detentor de posição dominante e por um não detentor de posição dominante gerarão efeitos completamente distintos nos mercados.

Em síntese: a questão central sobre o poder econômico é que ele pode ser utilizado de modo a beneficiar ou a prejudicar o bem-estar social. De um lado, em tese, o poder econômico pode ser exercido de forma prejudicial ao bem-estar social à medida que viabilize a elevação de preços dos bens e/ou serviços ofertados de modo que seja acarretada uma transferência arbitrária de renda do consumidor ao ofertante, bem como a diminuição da quantidade ofertada. De outro, um agente econômico detentor de poder econômico tem melhores condições para investir em P&D e em inovação e assim, poderia aumentar o bem-estar social.

É nesse cenário que a política antitruste visa justamente reprimir o abuso de poder econômico. Eis que se faz necessário estudarmos com que objetivo, é o que passamos a fazer.

§ 2º Análise dos possíveis objetivos do controle de condutas dentro da política antitruste

Seria um erro acreditar que sempre existiu consenso sobre quais deveriam ser os objetivos das políticas antitruste ou ainda que exista consenso hoje em dia. De fato, ao longo do tempo, houve diversas propostas sobre qual deveria ser o objetivo primordial das políticas antitruste: (a) eficiência alocativa dos mercados¹³; (b) bem-estar dos consumidores; (c) proteção das empresas de pequeno porte; (d) promoção de integração de mercados nacionais; (e) liberdade econômica; (f) desenvolvimento industrial¹⁴; (g) produtividade¹⁵, entre diversas outras.

¹² MOTTA, op. cit., p. 64.

¹³ A eficiência alocativa está relacionada à alocação eficiente dos recursos sociais.

¹⁴ A eficiência dinâmica está relacionada ao desenvolvimento e aprimoramento dos processos produtivos e lançamento de novos e melhores produtos e serviços no mercado.

Nesta dissertação, optamos por analisar somente aquelas que, em nossa opinião, influenciaram significativamente a atuação das autoridades antitruste no Brasil no controle repressivo de condutas atualmente¹⁶.

A. Escolas de Harvard, Chicago e Pós- Chicago e suas contribuições para a política antitruste

Até o início da década de 1970, a doutrina norte-americana era influenciada pela escola de organização industrial de Harvard. A Escola de Harvard defendia que a concentração de mercado sempre geraria impactos negativos substanciais sob a premissa de que “*small is beautiful*”¹⁷.

Essa Escola defendia que o poder de mercado era uma fonte de destruição de riqueza e de bem-estar decorrentes de ineficiências de caráter alocativo, também referido como peso morto¹⁸. Como Ragazzo sintetizou: “*No limite, a escola de Harvard entendia que o poder de mercado de grandes empresas seria praticamente impossível de ser contestado*”¹⁹. Desse modo, o papel da política antitruste seria essencialmente evitar a formação e a concentração do poder econômico.

Para isso, ela desenvolveu o paradigma ECD, segundo o qual, existiria uma relação causal da estrutura em relação à conduta que, por sua vez, determina o desempenho das firmas. Em particular, a principal suposição desta abordagem referia-se à possibilidade de inferir das características estruturais de um mercado (número de agentes, barreiras à entrada, estágio da tecnologia) as características comportamentais dos agentes econômicos (estratégias

¹⁵ A produtividade ou eficiência produtiva está relacionada ao fato de os agentes operarem com os custos mais eficientes (baixos) possíveis.

¹⁶ Para uma análise mais detalhada sobre política antitruste e seus objetivos, consultar: GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*, São Paulo: Singular, 2006.

¹⁷ Tradução livre para o português pela autora: “pequeno é belo”.

¹⁸ Conforme explica Eduardo Frade, níveis elevados de poder de mercado resultam em perdas de bem-estar devido à restrição da quantidade ofertada e da elevação dos preços praticados. Isso faz com que parte dos consumidores paguem preços mais elevados por determinado produto ou serviço e deixem de empregar aqueles recursos financeiros em outras atividades. Desse modo, ocorre uma transferência de renda dos consumidores para os ofertantes que detém poder de mercado. Além disso, existe um grupo de consumidores que, em função do aumento de preço, deixa de adquirir aquele bem ou serviço e passa a adquirir outro que não atende tão bem suas preferências ou a deixar de efetuar qualquer compra. Desse modo, a perda de riqueza gerada na sociedade pela restrição da quantidade ofertada e da elevação dos preços praticados é o peso – morto (Cf. FRADE, op. cit., p. 44).

¹⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: *A Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 1-19.

de precificação, investimentos em propaganda e em diferenciação de produtos, P&D) e o desempenho de determinado setor (alocação eficiente, progresso técnico, taxas de lucro)²⁰.

A Escola de Harvard influenciou significativamente a política antitruste atual: (a) relevância de controlar estruturas e não apenas condutas anticompetitivas já que a própria estrutura dos mercados relevantes geraria incentivos para que os agentes econômicos adotassem comportamentos oportunistas; e (b) construção e adoção de metodologias de análise baseadas fortemente em estrutura e em regras *per se* para condutas anticompetitivas, dispensando a comprovação de efeitos anticompetitivos para derivar ilicitude – que permanecem até hoje (conforme será discutido nesse capítulo).

A partir da década de 1970, ocorreu o movimento denominado de “revolução antitruste” pela Escola de Chicago. Esse movimento apresentou diversas críticas ao pensamento da Escola de Harvard. A Escola de Chicago concluiu que a preocupação central da política antitruste deveria ser os efeitos econômicos do poder econômico e, para isso, recorria à economia neoclássica. Outrossim, ela defendia que o objetivo da política antitruste deveria ser a promoção de eficiência econômica (eficiência alocativa e produtiva) e não a proteção aos pequenos negócios implícita no modelo anterior. A Escola de Chicago argumentou que mercados concentrados não seriam – por definição – ineficientes, tendo em vista que até um monopólio poderia gerar eficiências produtivas compensatórias de uma eventual ineficiência alocativa. A premissa básica adotada pela Escola de Chicago foi a que o objetivo da legislação antitruste deveria ser assegurar eficiência e que outras políticas poderiam endereçar problemas redistributivos ou mesmo incentivar determinadas atividades, como os pequenos negócios e estabelecimentos.

A metodologia de análise proposta pela Escola de Chicago distanciou-se daquela focada apenas na identificação da estrutura dos mercados (para atos de concentração) e da aplicação de regras *per se* (para condutas anticompetitivas). Ela valorizava a necessidade de uma análise mais pormenorizada, mediante a qual estimação da participação de mercado do agente econômico seria apenas parte da análise, e não o componente determinante das conclusões a serem adotadas pelas autoridades antitruste.

Para Ragazzo, a Escola de Chicago influenciou significativamente a política antitruste brasileira, por incentivar um empirismo maior na análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas²¹.

²⁰ GOLDBERG, op. cit, p. 85-88.

No final da década de 1980, as limitações de ambas as escolas deram origem a um movimento teórico referido como Pós-Chicago. Esse movimento criticou o empirismo fomentado pela Escola de Chicago, argumentando que ele tinha como base modelos teóricos que não refletiam a realidade fática. Desse modo, esse movimento defendeu a realização de análises ancoradas em modelos baseados no comportamento estratégico dos agentes econômicos e na utilização da teoria dos jogos.

Na prática, hoje, a política antitruste utiliza elementos de ambas as escolas, com as contribuições do movimento Pós-Chicago, de modo que a jurisprudência tem por base níveis diferentes de escrutínio a partir do caso concreto sob análise. Conforme sintetizado por Daniel Goldberg, a conclusão de que o papel da política antitruste é promover a eficiência alocativa (tal como proposto pela Escola de Chicago) tem subjacente a idéia de que a política antitruste deve maximizar a riqueza e o bem-estar. Desse modo, como o poder econômico detém o potencial de destruir riqueza, o papel da política antitruste seria mitigar as hipóteses em que ele pode ser exercido abusivamente²².

B. Políticas antitruste como instrumento de produtividade e inovação

Vinicius Marques de Carvalho explica que a livre-concorrência indiretamente favorece: (a) o consumidor; (b) os ofertantes; e (c) a nação. Para o consumidor, a livre-concorrência resultará no acesso, de diversos bens e serviços com melhor qualidade e preço do que em um mercado mais concentrado. Para os agentes econômicos, ela garantirá a liberdade para negociar e conquistar participação de mercado conforme sua eficiência. Por fim, para a nação, ela resultará no desenvolvimento econômico e tecnológico do país²³.

Nesse ponto, é importante tecer alguns comentários sobre a diferença entre a concorrência estática e a concorrência dinâmica. A concorrência estática é como uma fotografia das condições atuais de determinado mercado, ela desconsidera o que ocorreu antes e o que ocorrerá depois. Outrossim, conforme Teece, a concorrência estática geralmente refere-se a uma estrutura de mercado teórica que não reflete a realidade fática²⁴. Por sua vez, o conceito de concorrência dinâmica privilegia a alteração das condições de concorrência ao longo do tempo, incluindo na análise o aspecto intertemporal das relações econômicas. A

²¹ RAGAZZO, op. cit., p. 1-19.

²² GOLDBERG, op. cit., p. 98.

²³ CARVALHO, op. cit., p. 21.

²⁴ TEECE, op. cit., p. 210.

concorrência dinâmica inclui na análise a resposta as mudanças, sejam elas decorrentes de inovação, de novas oportunidades de mercado ou de crises. Desse modo, o modelo de concorrência dinâmica reconhece que a concorrência é um processo em constante alteração.²⁵

Neste ponto, cabe notar que, para Brancher, inovação poderia ser definida como a descoberta da informação que gera conhecimento para operar uma nova tecnologia. Outrossim, um modo de avaliar o ciclo de inovação seria por meio da classificação das atividades em: (a) invenção ou criação de novas coisas utilizando como fontes novos conhecimentos ou conhecimentos pré-existentes; (b) imitação ou difusão, que representa as melhorias introduzidas nos bens e serviços inovadores; e (c) inovação ou aplicação industrial da invenção que pode ser classificada como inovação radical ou inovação incremental.²⁶

Sempre que se fala de inovação e de seu impacto para a concorrência, a doutrina antitruste refere-se à teoria de Schumpeter. Essa teoria identificou a existência de ciclos econômicos e propôs que, em um sistema capitalista, parte dos agentes econômicos sempre investem em P&D a fim de conquistar posição dominantes e seus respectivos lucros extraordinários.

Teece identificou três importantes contribuições para a política antitruste decorrentes da teoria proposta por Schumpeter: (a) impacto da estrutura de mercado na inovação; (b) importância da rivalidade (que não necessariamente é medida por participação de mercado); e (c) importância de que a concorrência dinâmica prevaleça em relação à concorrência estática²⁷.

Teece explicou que, para a teoria schumpeteriana, uma parte dos agentes econômicos sempre buscaria a inovação. Note-se, portanto, que a rivalidade pautada por preços deixa de ser a única relevante à medida que se confere importância à rivalidade por inovação. Partindo da referida premissa, é razoável afirmar que as eficiências de caráter estático que estão associadas à interação em equilíbrio dos agentes econômicos passam a ser menos importantes do que as eficiências dinâmicas que estão associadas à criação de processos de produção e de bens e serviços. Isso resultaria em rupturas no mercado. Por essa razão, chamou-se o processo capitalista de “destruição criativa”. Isso porque se todos os agentes econômicos competirem agressivamente e o preço cobrado tender a ser próximo ou até mesmo igual ao custo marginal,

²⁵ TEECE, op. cit., p. 208-2011.

²⁶ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual. Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Ed. Singular, 2010, p. 194.

²⁷ TEECE, op. cit., p. 210.

não haverá incentivos e, tampouco, recursos financeiros para financiar as inovações. Portanto, em mercados em concorrência perfeita não haveria inovação.²⁸ Desse modo, uma análise com enfoque schumpeteriano concederia menos importância a participações de mercado e concentração e mais importância à análise de concorrência potencial e desenvolvimento de novos produtos, processos e tecnologias e à inovação (de modo mais amplo)²⁹.

Kenneth Arrow criticou a teoria da Schumpeter afirmando que a associação entre inovação e monopólio era um erro, já que a exigência de poder de mercado poderia ser substituída pela proteção legal à propriedade intelectual. Segundo a doutrina, esse debate levou à conclusão de que os incentivos à inovação são mais elevados em mercados de concentração moderada e tendem a diminuir conforme a estrutura de mercado aproxima-se de um monopólio e/ou da estrutura de concorrência perfeita³⁰.

Segundo Daniel Goldberg, os estudos empíricos confirmaram que Schumpeter estava certo ao propor a importância da análise da eficiência dinâmica e da inovação para o crescimento e a promoção de bem-estar. No entanto, Goldberg adverte que todo o arcabouço normativo das políticas antitruste foi construído da perspectiva estática³¹ e não da dinâmica.

C. Conclusões parciais: objetivos da política antitruste no Brasil

Daniel Goldberg defende que o objetivo central da política antitruste deve ser a maximização do bem-estar agregado, ponderando, em cada caso concreto, eficiências estáticas e dinâmicas, e privilegiando a solução que incrementa a riqueza e o bem-estar social. Nesta proposta, é necessário que a autoridade defesa da concorrência demonstre que sua intervenção no caso concreto é provavelmente superior (ou menos falha) do que o problema a ser corrigido. Desse modo, as autoridades de defesa da concorrência podem intervir para evitar transferências de renda arbitrárias possibilitadas pelo exercício abusivo de poder de mercado desde que essa intervenção não resulte em uma perda de bem-estar maior do que aquela que a autoridade remediar³².

Nesta dissertação, aderimos à posição de Daniel Goldberg.

²⁸ TEECE, David J. Favoring Dynamic over Static Competition Implications for Antitrust Analysis and Policy. In: *Competition Policy and Patent Law under Uncertainty. Regulating Innovation*, Cambridge, 2011, p. 203.

²⁹ *Ibid.*, p. 203.

³⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 405.

³¹ GOLDBERG, op. cit., p. 101.

³² *Ibid.*, p. 131-136.

§ 3º Arcabouço normativo brasileiro aplicável ao controle de condutas

Neste tópico, analisaremos as principais normas regulando a política antitruste em âmbito administrativo no Brasil, a saber, (a) Constituição Federal; e (b) Lei 12.529/11.

A. Constituição Federal

A Constituição Federal prevê no artigo 173, § 4º a existência de uma lei que reprimirá o abuso do poder econômico. Confira-se:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (Grifamos).

Da análise do artigo acima mencionado, constamos dois pontos importantes.

Primeiro, a Constituição Federal prevê claramente que a lei reprimirá o abuso do poder econômico e não a detenção de poder econômico.

Segundo, a Constituição Federal determinou a adoção de uma política de combate ao abuso de poder econômico que visasse “*dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. Passemos a analisar o que significa cada uma destas hipóteses.

(a) Dominação de mercados

Dominar significa prevalecer. Assim, quando um agente econômico domina um mercado relevante, sua vontade prevalece. Conforme já analisado, o agente econômico que domina, detém invariavelmente poder econômico em grau máximo, de modo que ele dispõe de condições para (a) agir independentemente de seus concorrentes, (b) comandar preços (*pricemaker*), (c) impor volume da oferta, e (d) excluir competidores³³.

Podem resultar na dominação de mercados os atos e/ou estratégias que importem aquisição ou reforço de posição dominante ou de poder de mercado.

³³ DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 324.

(b) Eliminação de concorrência

Como mencionado, a livre-concorrência indiretamente favorece (a) o consumidor; (b) os agentes econômicos; e (c) a nação³⁴.

Para Dutra, a expressão “eliminar a livre-concorrência” deve ser interpretada de forma ampla englobando qualquer atuação abusiva que possa prejudicá-la ou restringi-la. Não é necessário que haja a total eliminação da livre concorrência, mas qualquer ação abusiva que restrinja a concorrência³⁵.

(c) Aumento arbitrário dos lucros

Lucro arbitrário é aquele que não é decorrente de esforço competitivo, mas sim de uma conduta infrativa³⁶. Desse modo, o aumento arbitrário de lucro é uma clara referência hipótese em que o abuso do poder econômico resulta em transferências de renda arbitrárias dos consumidores e de outros ofertantes para um agente econômico (ou grupo de agentes econômicos agindo como um só) e, na qual, de acordo com a economia neoclássica, ter-se-ia perdas de eficiência (peso morto).

B. Considerações sobre a Lei 12.529/11

Com o intuito de conferir eficácia a esse dispositivo constitucional, a Lei 12.529/11 foi promulgada³⁷.

A Lei 12.529/11 é instrumento para concretizar os princípios que regem a ordem econômica. Desse modo, a legislação antitruste é uma modalidade de intervenção estatal para regular o comportamento dos agentes econômicos³⁸.

Vinicius Marques de Carvalho afirma que a política antitruste se refere a uma intervenção estatal “corretiva” associada à existência de “válvulas de escape”. As “válvulas de escape” referem-se a situações em que a redução do grau de concorrência em determinados mercados é admitida pela política antitruste. Tais válvulas estão associadas a conceitos econômicos como o de eficiência³⁹.

³⁴ CARVALHO, op. cit., p. 21.

³⁵ DUTRA, op. cit., p. 324.

³⁶ Ibid., p. 325.

³⁷ O Brasil tem legislação antitruste desde 1962. No entanto, a doutrina antitruste considera que o início efetivo da política antitruste no Brasil iniciou-se com a Lei 8.884/94 que foi revogada e substituída pela Lei 12.529/11.

³⁸ FORGIONI, op. cit., p. 81.

³⁹ CARVALHO, op. cit., p. 23.

Consoante seu artigo 1º, a Lei 12.529/12 tem como finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica em conformidade com os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre-concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico⁴⁰.

Outrossim, a Lei 12.529/12 estabelece que a coletividade é a titular dos direitos por ela tuteladas.

A repressão de infrações à ordem econômica tem natureza sancionadora. Conforme aponta André Gilberto, trata-se do “conjunto de regras à disposição dos órgãos antitruste para identificar, investigar e- quando necessário – punir as situações em que pessoas físicas ou jurídicas tenham cometido infrações à livre-concorrência”⁴¹

O conceito de infração à ordem econômica é previsto pelo artigo 36 da Lei 12.529/11. Vejamos:

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

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

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

⁴⁰ 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.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

⁴¹ GILBERTO, André Marques. *O Processo Antitruste Sancionador. A teoria e a prática das investigações das infrações à concorrência*. São Paulo: ed. Singular, 2ª ed., 2016, p. 25.

- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Destacamos os seguintes aspectos do texto do artigo 36 da Lei 12.529/11:

- a) podem constituir infrações à ordem econômica “atos sob quaisquer forma manifestados”;
- b) não há necessidade de culpa por parte do infrator, de modo que se trata de uma hipótese de responsabilidade objetiva;
- c) da leitura, depreende-se duas hipóteses distintas de configuração de infração: (a) atos que possam gerar os efeitos listados nos incisos; e (b) atos que tenham como objetivo gerar os efeitos listados nos incisos;
- d) nos termos do § 1, a conquista de mercado resultante de eficiências não caracteriza ilícito; e
- e) o rol de condutas prevista pelo § 3 é exemplificativo já que ele prevê “outras”.

A Lei 12.529/11 prevê, no artigo 36 §2º que a posição dominante é presumida sempre que um agente econômico ou grupo de agentes econômicos for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado. Outrossim, a Lei prevê que a posição dominante é presumida quando um agente econômico detiver participação de mercado de, ao menos, 20% (vinte por cento).

O primeiro desafio a ser enfrentado na busca da compreensão do conceito de infração à ordem econômica refere-se à estrutura do ilícito.

C. Ilícito por objeto e ilícitos por efeitos

Como mencionamos, a leitura do *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/11 induz a interpretação de que existem duas hipóteses distintas de infração à ordem econômica, a saber, (a) uma ligada aos potenciais efeitos da conduta do agente econômico referida como ilicitude por efeitos; e (a) outra ligada à intenção do agente econômico referida como ilicitude por objeto.

Desse modo, seria possível concluir que as infrações de mera conduta são passíveis de repressão pelas autoridades antitruste. Engana-se, no entanto, aquele que acredita que a existência de duas hipóteses distintas de responsabilização não é alvo de discussões pela doutrina brasileira.

Calixto Salomão Filho situa a discussão afirmando que a decisão por um ou por outro elemento é relevante e tem impactos práticos⁴².

⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 94-5.

Caso se adote uma posição de que a política antitruste deve maximizar a eficiência, concluir-se-á que é sempre necessário algum grau de potencialidade dos efeitos previstos pelo artigo 36 para que reste configurada uma infração à ordem econômica. Em outras palavras, para aqueles que entendem que a política antitruste tem como objetivo maximizar a eficiência, não há infração de mera conduta.

Por sua vez, para aqueles que acreditam a política antitruste também tem como objetivo a valorização do bem jurídico da concorrência, é razoável defender que a legislação prevê duas hipóteses de responsabilização distintas, a saber, tanto por potencialidade de efeitos, como por objeto (já que esta confere importância para a intenção do agente econômico).

Para Calixto, a Lei prevê dois critérios alternativos para a configuração de infração à ordem econômica: (a) adoção de conduta que tenha a potencialidade de gerar um dos efeitos previstos nos incisos I a IV do artigo 36; e (b) adoção de conduta que tenha como objetivo de gerar um efeito anticoncorrencial⁴³.

No mesmo sentido, Forgioni ensina que nos Estados Unidos e na Europa, a demonstração de posição dominante pelo agente econômico investigado é condição necessária para a intervenção antitruste. No entanto, no Brasil, a Lei 12.529/11 e as leis anteriores apresentam duas hipóteses distintas de responsabilização, a saber, (a) quando a conduta tem o potencial de gerar efeitos lesivos à concorrência; e (b) quando o agente econômico tem a intenção de afetar a concorrência. Desse modo, afirma: “*Entre nós, não é necessário deter posição dominante para infringir a ordem econômica*”⁴⁴.

Por sua vez, Roberto Taufick discorda dessa posição elencando três motivos. Primeiro, porque as infrações de mera conduta tradicionalmente estão associadas à penalização de caráter moral, tal como se dá com a omissão de socorros, violação de domicílio e o racismo, o que não é o objetivo do combate a infrações contra a ordem econômica. Segundo, conforme previsto pela própria Lei 12.529/11, a repressão a infrações à ordem econômica tem como objetivo tutelar a coletividade e, portanto, não teria como papel reprimir condutas que não tenham qualquer potencial de lesar a competitividade. Terceiro, como o combate a infrações contra a ordem econômica tem natureza jurídica de direito administrativo sancionador,

⁴³ Ibid., p. 94-5.

⁴⁴ FORGIONI, op. cit., p. 137.

aplicam-se, por analogia, princípios de direito penal como a inimizabilidade de crimes impossíveis⁴⁵.

Paulo Lilla também defende que a configuração de infração à ordem econômica depende da demonstração de que o agente econômico detém posição dominante no mercado relevante afetado pela conduta, sendo isso uma condição para que a conduta tenha potenciais impactos sobre a concorrência⁴⁶.

No mesmo sentido, é a posição adotada por Vicente Bagnoli que afirma que o CADE sempre aplicou o artigo 36 (e o correspondente em legislação anterior) analisando os potenciais efeitos das infrações, de modo que não há de se falar em infração por objeto⁴⁷.

O mesmo posicionamento também é adotado por Eduardo Gaban e Juliana Domingues que afirmam que se uma conduta não restringe a livre-concorrência, seja de forma efetiva seja de forma potencial, não restará caracterizada a conduta anticoncorrencial⁴⁸.

Independentemente da discussão doutrinária, que como vimos é bem dividida, o CADE já emitiu decisões sobre a Lei 12.529/11 nas quais admitiu a existência de duas hipóteses distintas de responsabilização⁴⁹. Desse modo, o entendimento atual do CADE é que constitui uma infração contra a ordem econômica qualquer ato que tenha como objetivo ou como efeito potencial um dos efeitos listados nos incisos do artigo 36, a saber, *I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

Vicente Bagnoli refere-se aos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/11 como “os delitos-fim” e explica que a tipologia aberta da Lei é necessária para que se possa combater as infrações concorrenciais uma vez que elas se referem a relações econômicas⁵⁰. No mesmo sentido, é a explicação dada por André Gilberto que afirma que a referência a tipos abertos

⁴⁵ TAUFICK, ROBERTO DOMINGOS. *Nova Lei Antitruste Brasileira. Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 201.

⁴⁶ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Uma abordagem do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.264.

⁴⁷ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 360.

⁴⁸ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*, 4ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 167.

⁴⁹ Bagnoli referiu-se ao voto emitido pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 0812.006923/2002-18. In BAGNOLI, op. cit., p. 361.

⁵⁰ BAGNOLI, op. cit., p. 358-359.

tem como objetivo viabilizar que a interpretação da Lei seja construída conforme “*a evolução das práticas econômicas, da sociedade e do próprio direito.*”⁵¹

Os efeitos previstos pelos incisos do artigo 36 são praticamente os mesmos previstos no o artigo 173, § 4º da Constituição Federal (e analisados no tópico anterior), com a adição do inciso IV que se refere a “exercer de forma abusiva posição dominante”, o qual se passa analisar.

(a) Exercer de forma abusiva posição dominante

De início, cabe destacar que Sergio Bruna defende que poder econômico e posição dominante são fenômenos distintos. O agente econômico em posição de dominante detém quantidade substancial de poder econômico a ponto de poder exercer influência determinante sobre a concorrência, seja no que se refere ao processo de formação de preços, no volume da oferta ou da demanda, o que lhe proporciona significativa independência em relação aos demais agentes econômicos atuantes no mercado relevante⁵².

Paula Forgioni pondera que a detenção de posição dominante não constitui uma violação (aliás, como previsto pelo paragrafo 1º do próprio artigo 36), de modo que nem todo o ato praticado por empresa será considerado uma violação à ordem econômica⁵³.

No entanto, é correto concluir que determinadas condutas permitidas para agentes econômicos sem posição dominante são proibidas para agentes que detenham posição dominante. Por consequência direta, é lícito que agentes econômicos que detêm posição dominante sejam responsabilizados por infração à ordem econômica se praticarem a mesma conduta praticada por seus concorrentes que não detenham posição dominante. Portanto, é correto concluir que agentes econômicos usufruem de posição dominante detêm uma responsabilidade especial de não permitir que seu comportamento limite ou prejudique a concorrência⁵⁴.

⁵¹ GILBERTO, op. cit., p. 48.

⁵² BRUNA, op. cit., p. 115.

⁵³ FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 144.

⁵⁴ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. 4ª edição, Oxford, 2011, p.366.

§ 4º Classificações de ilícitos antitruste

A. Condutas unilaterais e condutas coordenadas

A princípio, condutas unilaterais são condutas que são decididas individualmente ou unilateralmente pelo agente econômico. Conforme aponta Hovenkamp, a maioria dos agentes econômicos atua unilateralmente a maior parte do tempo, como, por exemplo, ao estabelecerem a quantidade produzida, o preço a ser praticado, a forma de distribuição de seus produtos, e quanto investir em inovação⁵⁵.

Por sua vez, condutas coordenadas referem-se a condutas que são objeto de coordenação entre agentes econômicos distintos.

Hovenkamp explica que as autoridades de defesa da concorrência tendem a tratar condutas coordenadas com mais rigor pelo fato de que é muito difícil um agente econômico criar poder de mercado unilateralmente. No entanto, condutas coordenadas podem criar poder de mercado muito rapidamente⁵⁶.

§ 5º Metodologias de análise e padrão de prova adotados pelas autoridades antitruste para controle de condutas

A. Regra da razão e a regra *per se*

De início, é importante notar que seria um erro acreditar que há um único modelo de análise aplicável para aferir a configuração dos diversos tipos de infração contra a ordem econômica. Existem dois padrões distintos de prova para a configuração de infração à ordem econômica, a saber, (a) regra da razão; e (b) regra *per se*.

Ana Frazão refere-se a ambos como “*padrões analíticos construídos pelas autoridades de defesa da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica*”. A adoção de um “padrão analítico” e não do outro afetaria o conjunto probatório necessário para a responsabilização. Em outras palavras, o *standard* probatório mínimo

⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 108.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 109.

necessário para que uma autoridade antitruste possa responsabilizar o agente econômico investigado é distinto em cada um deles.

A regra da razão⁵⁷ exige que a autoridade antitruste proceda a uma análise detalhada da estrutura do mercado, os efeitos potenciais e concretos da conduta investigada tanto positivos como negativos bem como as razões pelas quais o agente econômico adotou a conduta investigada.

Paula Forgioni ressalta que “a regra da razão não se identifica com a abordagem caso a caso das práticas, como muitas vezes se tem dado a entender”⁵⁸. Para a autora, a abordagem caso a caso significa que cada caso será analisado individualmente, considerando suas particularidades, o contexto econômico no qual se insere e os efeitos que produz. Desse modo, a regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas seria um erro considerar que são sinônimos.

Por sua vez, a regra *per se* caracteriza-se pela exigência de um padrão probatório menos rigoroso. Desse modo, quando a autoridade antitruste adota a regra *per se*, ela está desobrigada a proceder a uma análise tão detalhada. Não é por outra razão que a adoção da regra *per se* só é admitida em casos em que há um consenso teórico econômico e jurídico (com base em decisões anteriores) que a discussão aprofundada sobre poder de mercado e os potenciais impactos do ato por parte das autoridades antitruste é dispensável. Nesses casos, bastará a comprovação da materialidade da conduta investigada e as autoridades poderão presumir os efeitos potenciais decorrentes da conduta. Desse modo, a adoção da regra *per se* é uma forma de conferir celeridade à atividade jurisdicional das autoridades antitruste.

Verifica-se, portanto, que existem diferenças relevantes em relação ao conjunto probatório necessário para condenação e, conseqüentemente, a quem compete o ônus probatório. Na regra da razão, a autoridade antitruste tem o dever não só de proceder a uma investigação da materialidade da conduta, mas também do poder econômico e do efeito da conduta investigada. Na regra *per se*, por sua vez, basta aferir a materialidade da conduta⁵⁹.

Ana Paula Martinez aponta que o Brasil utiliza um padrão probatório que mistura os outros dois, ao presumir efeitos lesivos e permitir que a parte investigada prove eventuais

⁵⁷ A regra da razão foi citada pela primeira vez pela Suprema Corte Norte- Americana no caso Standard Oil Co, of New Jersey vs. United States para justificar a restrição da incidência do Sherman Act, afastando a conclusão de que toda e qualquer conduta que restringisse o comércio devesse ser sancionada. Cf. FRAZÃO, Ana. op. cit., p. 290.

⁵⁸ FORGIONI, op. cit., p. 207.

⁵⁹ TAUFICK, op. cit., p. 203.

eficiências. Assim, no Brasil, por vezes, as autoridades partem de presunções sobre o efeito e transferem o ônus de prova de demonstrar a inexistência de poder de mercado e impacto sobre o agente econômico investigado. Em síntese, ocorre uma inversão do ônus de prova em face do agente econômico investigado⁶⁰.

Muitas autoridades de defesa da concorrência admitem a adoção da regra *per se* em investigações relativas a condutas coordenadas tendo em vista a possibilidade de presumir seus efeitos negativos. Por sua vez, nas investigações relativas a condutas unilaterais, as autoridades de defesa da concorrência geralmente adotam a regra da razão.

B. Metodologia para verificação do efeito potencial de determinada conduta

De acordo com Gaban e Domingues, a política antitruste brasileira tem aplicado sanções agentes econômicos apenas por atos que tivessem o potencial de restringir a livre - concorrência. O CADE tem aplicado um teste composto por três fases a fim de aferir a ilegalidade de uma conduta: (a) demonstração que o agente econômico praticou a conduta investigada; (b) demonstração que o agente econômico detinha posição dominante a época da conduta investigada; e (c) demonstração que a conduta investigada detinha o potencial de gerar efeitos deletérios à concorrência e que não gerava ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos em potencial⁶¹. No mesmo sentido, são as lições de Barbara Rosenberg⁶².

Isso estava, inclusive previsto, no Anexo II da Resolução 20/1999 do CADE que, previa a seguinte metodologia:

- “1.Caracterização da conduta
 - 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal
 - 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.
- 2. Análise da Posição Dominante
 - 2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s).
 - 2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s).
 - 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).

⁶⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis. Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2013, p. 56-60.

⁶¹ GABAN; DOMINGUES, op. cit., p. 169.

⁶² ROSEMBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e dos Direitos de Propriedade Intelectual. in ZANOTA, Pedro e BRANCHER (org.) *Desafios atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p. 178-9.

3 Análise da conduta específica

3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).

3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.

3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.”

Embora a Resolução 20 tenha sido revogada, ela é muito útil para entendermos a metodologia utilizada no Brasil.

Nesse ponto, é importante resgatar que, na investigação de condutas coordenadas, muitas vezes as autoridades recorrem a presunções sobre seus efeitos, adotando a regra *per se* alterada. No entanto, em relação a condutas unilaterais, as autoridades brasileiras têm valorizado a ponderação entre os efeitos positivos e negativos decorrentes desse tipo de conduta de acordo com a regra da razão⁶³.

Desse modo, quando se adota a regra da razão, faz-se necessária a análise dos efeitos – ainda que potenciais – de determinada conduta. Para isso, conforme se passa a detalhar, a autoridade antitruste deverá proceder a (a) definição do mercado relevante afetado pela conduta; (b) verificação se o agente econômico investigado detém poder de mercado; e (c) estimativa dos efeitos positivos e negativos gerados pela conduta e determinação do efeito líquido da conduta sobre a concorrência.

(a) definição do mercado relevante afetado pela conduta

A definição do mercado visa possibilitar a análise dos efeitos lesivos tanto de operações que impliquem concentração de mercado como de condutas adotadas por agentes econômicos⁶⁴. Ela visa à identificação do conjunto de agentes econômicos que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a “estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras”⁶⁵. Desse modo, ela resultará na identificação do espaço geográfico e material no qual ocorrem as relações de concorrência (ou pelo menos de uma estimativa desses espaços) para

⁶³ DRAGO, Bruno de Luca. O Cade e a Repressão Às Condutas Unilaterais. In: *5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*, 2017, disponível em http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%80NCIA_-_IBRAC.pdf

⁶⁴ POSSAS, Mario Luiz Possas. *Os conceitos de mercado relevante e poder de mercado no âmbito da Defesa da Concorrência*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf, acesso em 10 de junho de 2018, p. 2-3.

⁶⁵ Guia de Análise de Concentração Horizontal, 2016, p. 13.

que seja possível identificar os agentes econômicos cuja produção tenha um efeito imediato e relevante no comportamento dos demais.

Vicente Bagnoli ilustra esse conceito ao afirmar que o “*mercado relevante é o palco onde as relações econômicas são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada*”⁶⁶.

O mercado relevante é definido em suas dimensões material, geográfica e temporal, como se passa a detalhar.

A dimensão material do mercado incorpora todos os produtos e serviços que são considerados como bons substitutos. Analisa-se a substitubilidade tanto do ponto de vista da demanda (consumidores) como da oferta (produtores). A substituição de produtos definida no âmbito do consumo é associada à demanda, ou seja, as decisões dos consumidores e as possibilidades físicas de que uma mesma necessidade possa de algum outro modo ser atendida. Desse modo, se dois bens apresentarem a mesma utilidade, ou seja, servirem para o mesmo uso, porém apresentem grande disparidade de preço, eles não poderão ser considerados bens substitutos. Ressalvamos que se a diferença de preço corresponder à diferença de qualidade entre os mesmos, o primeiro será considerado um substituto. Por sua vez, a substitubilidade de produtos definida no âmbito da produção refere-se à oferta, ou seja, está associada às decisões tomadas pelos produtores e suas possibilidades técnicas de reconversão da produção.

Por sua vez, a dimensão geográfica do mercado refere-se à área geográfica na qual se trava a concorrência. Em outras palavras, trata-se de área em que os agentes econômicos ofertam seus produtos e serviços e na qual os consumidores buscam tais produtos ou serviços.

Por fim, como a definição do mercado relevante visa refletir ao menos, parcialmente, a realidade econômica, é inevitável que ela também tenha uma dimensão temporal. Afinal, a determinação de um mercado relevante varia no tempo e no espaço, de acordo com os hábitos dos consumidores, produtos e concorrentes. De fato, como as relações econômicas são dinâmicas e não estáticas, o mesmo se dá em relação à definição do mercado relevante.

Em síntese, o mercado relevante refere-se à identificação do conjunto de agentes econômicos (leia-se consumidores e ofertantes) que efetivamente limitam as decisões

⁶⁶ BAGNOLI, op. cit., p. 293.

relativas a preços e quantidades do agente envolvido no Ato de Concentração ou no Processo Administrativo.

(b) verificação se o agente econômico investigado detém poder de mercado;

Conforme já discutido nesse Capítulo, de forma simplificada, o poder de mercado pode ser definido como a capacidade de um agente econômico de elevar e sustentar o aumento de preço de determinado bem ou serviço. E o mercado relevante pode ser definido como o menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.

É por isso que após a definição do(s) mercado(s) relevante(s) afetados pela conduta, passa-se a analisar se o agente econômico detém poder econômico. Para isso, calcula-se a participação de mercado detido pelo agente econômico. É possível estimar a participação de mercado de cada agente no mercado relevante com base nos seguintes fatores: (a) faturamento auferido no mercado relevante; (b) volume de vendas; (c) capacidade produtiva, entre outros.

Após isso, há de se analisar se a participação de mercado confere posição dominante. De fato, embora o controle de parcela substancial do mercado relevante seja condição necessária para que um agente detenha poder econômico, ele não é suficiente para possibilitar que ele detenha posição dominante. Para isso, é necessária a observância de 3 (três) condições adicionais, a saber, (a) que a entrada de novas empresas no mercado não seja fácil (tempestiva, provável e suficiente), (b) que as importações não sejam um antídoto efetivo, e (c) que inexistam competidores efetivos.⁶⁷

Ana Frazão adverte, com razão, que a definição de mercado relevante e a estimação de participação de mercado são instrumentos de análise para as autoridades antitruste e como tal se tratam apenas de “*tentativas imperfeitas de mensuração da realidade econômica*”⁶⁸.

(c) estimação dos efeitos positivos e negativos gerados pela conduta e determinação do efeito líquido da conduta sobre a concorrência.

Por fim, a última etapa refere-se tanto à identificação tanto dos potenciais efeitos positivos como negativos da prática investigada a fim de identificar verificar se os efeitos

⁶⁷ ALVES, op. cit., p. 6.

⁶⁸ FRAZÃO, op. cit., p. 296.

negativos são suficientes para compensar os positivos, permitindo considerar lícita a conduta em questão.

CAPÍTULO II FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Conforme exposto no Capítulo I, a política antitruste visa maximização do bem-estar agregado. Além disso, concluímos que poder de mercado pode ser entendido como a capacidade de (a) agir independentemente de seus concorrentes, (b) determinar preços (*pricemaker*), e (c) excluir competidores⁶⁹. E que seu exercício abusivo pode resultar em transferências de rendas arbitrárias e em perda de riqueza. Por essa razão, a legislação brasileira prevê o combate ao exercício abusivo de poder econômico.

Outrossim, no nosso entendimento, a intervenção das autoridades antitruste deve ocorrer somente para evitar ou remediar transferências de renda arbitrárias viabilizadas pelo exercício abusivo de poder de mercado e desde que essa intervenção não resulte em uma perda de bem-estar maior do que aquela que a autoridade visa remediar.

Desse modo, antes de investigar como aferir em que condições o exercício de direitos de propriedade intelectual podem configurar infrações à ordem econômica, entendemos necessário estudar quais são os fundamentos econômicos e jurídicos dos direitos de propriedade intelectual. É o que passamos a fazer nesse capítulo.

§1º Objeto de proteção dos direitos de propriedade intelectual

De início, cabe destacar que seria um erro afirmar que os direitos de propriedade intelectual têm como objeto proteger ideias.

Primeiro, porque direitos de propriedade intelectual não têm como objeto a proteção de uma idéia, mas sim bens imateriais decorrentes da externalização da atividade intelectual ou inventiva. Ascarelli apresenta essa importante distinção entre o ato de criação e suas manifestações. O ato de criação é intransmissível e inapropriável. Após a exteriorização do ato de criação, tem-se a criação ou a invenção, a qual é passível de transmissão e de

⁶⁹ ALVES, op. cit., p. 6.

apropriação. A proteção de um direito intelectual refere-se não ao ato de inventar ou criar, mas tão somente a uma criação intelectual objetiva⁷⁰.

Segundo, porque o escopo de proteção dos direitos de propriedade intelectual é muito mais amplo.

Newton Silveira afirma que a propriedade intelectual abrange duas categorias, a saber, (i) criação intelectuais as quais pertencem a seus criadores; e (ii) sinais distintivos que se aplicam a empresas (agentes econômicos)⁷¹.

Nesse ponto, cabe resgatar, como apontado por Nuno Pires de Carvalho, que a propriedade intelectual não é apenas um “*sistema jurídico de proteção das obras do espírito humano*”, à medida que também confere proteção à reputação, as marcas, as listas de clientes entre outros bens intangíveis.

Nunes de Carvalho afirma que, em resumo, a propriedade intelectual, em todas as suas modalidades, permite que os agentes econômicos possam proteger os bens imateriais que detêm e que servem para distingui-los de seus concorrentes⁷²:

Não importa se esses ativos intangíveis consistem num conhecimento incorporado a um produto farmacêutico que pode salvar as vidas de milhões de pessoas ou simplesmente a informação sobre um certo produtor que fornece feijões de melhor sabor em sua fazenda. Qualquer desses conhecimentos pode consistir em um fator determinante para os clientes preferirem os produtos de uma empresa aos de seus concorrentes⁷³.

No entanto, não são todos os elementos distintores que são objeto de proteção pela propriedade intelectual. Como destaca Carvalho, é necessário que essa diferença resulte de determinados componentes qualificadores, a saber, a atividade inventiva, originalidade e distinguibilidade.

Para Nunes, a propriedade intelectual engloba duas áreas, a saber, (i) direitos de autor e direitos conexos; e (ii) propriedade industrial⁷⁴.

Os direitos de autor referem-se ao direito de proibição de reprodução e não o uso.

Por sua vez, a propriedade industrial refere-se ao direito de proibição de uso, mas não a cópia ou a reprodução. A propriedade industrial pode ser subdividida em três grupos, quais

⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: *Revista da ABPI*, nº 8, ano II, São Paulo, 1993, p. 10-12.

⁷¹ SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade intelectual, direito de autor, software*, p. 1439.

⁷² CARVALHO, Nuno Pires de. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16.

⁷³ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

sejam, (a) criação técnicas proprietárias, o que incluem invenções, modelos de utilidade, obtensões vegetais ou cultivares e desenhos industriais, entre outros; (b) sinais distintivos tais como marcas de comércio, nomes comerciais, slogans e insígnias; e (c) vantagens competitivas não proprietárias como a reputação, configuração distintiva (*trade dress*) e segredos de fábrica e comércio.

Para melhor compreensão do objeto da propriedade industrial, recorremos a seguinte categorização dos direitos de propriedade industrial proposta por Cerqueira da Gama que os dividiu em dois grupos. O primeiro grupo refere-se à matéria em que predomina o conceito de autor sobre as produções intelectuais do domínio industrial, o qual abrange, (i) as invenções industriais; (ii) os modelos de utilidade; e (iii) os desenhos e os modelos industriais. Por sua vez, o segundo grupo refere-se à matéria na qual o princípio a lealdade à concorrência prevalece, o qual abrange (i) as marcas de fábrica e comércio; (ii) o nome comercial; (iii) os segredos de fábrica; (iv) as recompensas industriais; e (v) a repressão da concorrência desleal em geral⁷⁵.

Em síntese, o objeto desses direitos refere-se a um bem imaterial ou incorpóreo⁷⁶ como invenções, desenhos, modelos industriais, marcas e nome comercial, entre outros. E, de modo geral, a proteção conferida pela legislação refere-se à exclusividade de uso ou exploração.

A. Comentários sobre a natureza dos bens incorpóreos e impactos para os direitos de propriedade intelectual

Neste ponto, cabe resgatar que a proteção de direitos de propriedade intelectual tem como fundamento a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos.

Como indica Richard Epstein, existem duas regras basilares aplicáveis aos direitos de propriedade de bens corpóreos, a saber, (a) o direito de excluir; e (b) o direito de dispor do bem.⁷⁷ Quando um agente econômico detém a posse de um bem corpóreo, ele detém a posse

⁷⁵ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Intelectual*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Vol. II. T. II, p. 41.

⁷⁶ Bens imateriais podem ser definidos como bens jurídicos que, apesar de não possuir uma existência material concreta, são economicamente aferíveis. Trata-se de bens que se originaram em decorrência da atividade intelectual e inventiva do homem. Bens imateriais também podem ser referidos como bens incorpóreos. (Cf. NASCIMENTO, João Paulo Capella. *A Natureza Jurídica do direito sobre os bens imateriais*, Revista da ABPI, v. 28, p.23-32, 1997).

⁷⁷ EPSTEIN, Richard A. What is so special about intangible property? The case for intelligent carryovers. In: *Competition Policy and Patent Law under Uncertainty. Regulating Innovation*, Cambridge, 2011, p. 54.

dessa coisa. Decorre disso, o fato de nenhum outro deter essa posse simultaneamente. Desse modo, o cerne do conceito de propriedade de uma coisa está vinculado a um direito do proprietário de excluir outros de utilizá-lo. Outrossim, do mesmo modo, ele tem o direito de dispor de bem ou de entregá-los a outros.

No entanto, a princípio, esse conceito de exclusividade não é atribuível a bens incorpóreos ou imateriais. Se um indivíduo partilha uma informação ou uma idéia com um terceiro sobre uma invenção ou uma criação, aquele que partilhou a informação não renunciou ao conceito de informação. Desse modo, a informação passa a ser detida por ambos. De fato, informação é um bem público. E, como todo bem não-rival, não há risco de utilização ou distribuição excessiva de uma idéia. Todos podem utilizar uma idéia sem redução de seu valor.

As criações e inovações são conquistadas com base em conhecimento, ou seja, em um conjunto de informações ou ideias. Desse modo, as inovações, as criações, as externalizações das ideias enfrentam os mesmos problemas que as informações e que são típicos de bens não-rivais.

Ocorre que, para que um agente econômico possa auferir lucros com uma nova criação ou invenção é necessário que o inventor possa vendê-la para outros por um preço. No entanto, na ausência de qualquer proteção legal, como o resultado da atividade intelectual e inventiva decorrem de ideias que são bens não-rivais, é fácil que terceiros apropriem-se delas e passem a explorá-las.

Desse modo, o objetivo da legislação de propriedade intelectual é corrigir uma falha de mercado e proteger o direito dos autores/inventores do perigo da contrafação e dos prejuízos dela decorrentes.

B. Proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual

Como mencionado, existem duas regras basilares aplicáveis aos direitos de propriedade de bens corpóreos, a saber, (a) o direito de excluir; e (b) o direito de dispor do bem. Os direitos de propriedade intelectual visam “transpor” os referidos direitos para bens incorpóreos. Assim sendo, é possível afirmar que os direitos de propriedade intelectual

asseguram ao seu titular o direito de excluir outros e de dispor do objeto de proteção nos limites permitidos pela legislação.⁷⁸

Outrossim, no que se refere à natureza dos direitos de propriedade intelectual, Cerqueira da Gama entende os direitos de propriedade industrial caracterizam-se como direitos de privados patrimoniais e fundam-se no direito material.

Gusmão ensina que os direitos de propriedade intelectual podem ser considerados como direitos de propriedade *sui generis*. Isso porque a natureza jurídica do direito de propriedade intelectual é iminentemente à de direito de propriedade. No entanto, existem especificidades impostas pelos ordenamentos jurídicos tendo em vista que visam proteger bens imateriais, que lhe permite caracterizá-lo como *sui generis*⁷⁹.

Atualmente, no que tange o direito de propriedade intelectual, o ordenamento jurídico brasileiro é composto principalmente pelas seguintes leis: (a) Lei 9.279/1996 (LPI); (b) Lei 9.456/1997 (Lei dos Cultivares); (c) Lei 9.609/1998 (Lei do *Software*); e (d) Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais). Passemos a analisá-las brevemente.

(a) LPI

A LPI prevê diferentes tipos de direitos de propriedade industriais, quais sejam: (a) patentes de invenção e de modelo de utilidade; (b) registros de desenhos industriais; (c) registro de marcas⁸⁰.

As patentes conferem exclusividade temporária aos seus titulares para a exploração de suas invenções. Para Silveira, a invenção poderia ser definida como uma concepção de solução original que pode se referir ao modo de “*colocar o problema, os meios empregados ou ainda, no resultado ou efeito técnico obtido pelo inventor*”. Outrossim, para o autor, a

⁷⁸ EPSTEIN, op. cit., p. 54-73.

⁷⁹ José Roberto d’Affonseca Gusmão classificou as teorias sobre a natureza jurídica do direito sobre bens imateriais composta por três grupos principais, a saber, (a) teorias que determinam a natureza jurídica do direito a partir de seu objeto; (b) teorias que determinam a natureza jurídica do direito a partir de sua função; e (c) teorias que determinam a teoria jurídica do direito a partir de seu conteúdo. Passamos a analisar cada um desse grupos. Para o autor, os direitos de propriedade intelectual podem ser classificados como direitos de propriedade *sui generis* por quatro questões principais: (i) devido ao principio da territorialidade, a proteção conferida por diferentes ordenamentos jurídicos a determinado bem imaterial é relativa pois decorre das normas jurídicas decorrentes de cada ordenamento jurídico; (ii) a abstenção ao exercício do direito pode resultar em sua caducidade; e (iii) não há de se falar em posse real, mas somente em posse jurídica (decorrente de uma ficção jurídica), de modo que não é cabível a adoção de ações possessórias para proteção; e (vi) existência de leis e normas especiais nos ordenamentos para tratar da proteção aos bens imateriais. (Cf. GUSMÃO, Jose Roberto d’Affonseca, Natureza jurídica do direito de propriedade intelectual. São Paulo, 39 f. Digitadas 1990. (parte não publicada do livro “Acquisition du droit sur la marque au Brésil, L’, Paris: LITEC, 1990, p. 269)

⁸⁰ Vide art. 2º da LPI.

originalidade da invenção deve estar atrelada à sua utilidade. As criações que envolvem desenvolvimento técnico são tuteláveis pela LPI⁸¹.

De acordo com a Lei somente são passíveis de proteção de patentes as criações que atendas três requisitos cumulativamente: (a) novidade, (b) atividade inventiva; e (c) aplicação industrial⁸².

Outrossim, cabe ressaltar que descobertas não são passíveis de proteção por meio de patentes⁸³, mas tão somente criações. A distinção entre descoberta e criação reside no fato de que a descoberta refere-se à identificação de algo que já existe, ainda que não tenha sido devidamente identificado pela sociedade. Por sua vez, a invenção refere-se a algo que é criado e que não existia antes.

Como regra, a patente de invenção vigorará pelo prazo de até 20 (vinte) anos contados do depósito⁸⁴.

A patente de modelo de utilidade visa proteger objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição a qual decorreu de invenção e que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação⁸⁵.

Como regra, a patente de modelo de utilidade vigorará pelo prazo de até 15 (quinze) anos contados do depósito⁸⁶.

⁸¹ SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual*, 5ª edição, São Paulo: Ed. Manole, 2014, p. 226.

⁸² “Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

⁸³ O art. 10 prevê uma lista daquilo que não pode ser objeto de proteção patentária, a qual inclui: (i) descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; (ii) concepções puramente abstratas; (iii) esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; (iv) as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética (v) programas de computador em si; (vi) apresentação de informações; (vii) apresentação de informações; regras de jogo; (viii) técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e (ix) o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza.

⁸⁴ “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

⁸⁵ “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”.

⁸⁶ “Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar

A patente confere a seu detentor o “direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos” (a) o produto objeto da patente ou (b) o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado⁸⁷. Além disso, o titular do direito de patente detém o direito de ser indenizado pela exploração indevida do objeto protegido pela patente.

Por sua vez, desenhos industriais referem-se a criações de forma e como tal visam à promoção da inovação ornamental, seja plástica ou gráfica, independentemente de considerações técnicas ou funcionais⁸⁸. Para que seja considerado uma criação, o desenho industrial não pode estar compreendido pelo estado da técnica e deve resultar em uma configuração visual distintiva.

Em regra, o registro vigorará por prazo máximo de 25 (vinte e cinco) anos, sendo o prazo inicial de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada⁸⁹.

Por fim, os sinais identificadores abrangem (a) marcas; (b) nome empresarial.

Marcas podem ser definidas como nome ou sinal hábil para identificar um produto ou serviço que possibilite sua identificação pelo consumidor. Desse modo, a natureza da marca está atrelada à sua finalidade. Desse modo, a marca deve permitir a identificação do produto. Por essa razão, o nome do produto ou outras características genéricas não podem ser registrados como marca. Por sua vez, os nomes empresariais referem-se a razão social das sociedades empresariais.

O sinal distintivo pode consistir em um desenho ou palavra antes inexistente que permita a identificação de um produto ou serviço específico pelo consumidor; ou (b) um sinal que se relacione a uma realidade diversa e que não resulta em uma identificação inadequada do produto.

Conforme ensina Newton Silveira, existem duas categorias distintas de sinais identificadores com faculdades distintas, aqueles que são objeto de registro e os que não são objeto de registro. Aqueles que são objeto de registro passam a conferir ao seu titular o direito

impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

⁸⁷ Vide art. 42 da LPI.

⁸⁸ “Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.”

⁸⁹ Art. 108 da LPI.

de excluir, *erga omnes*, todos aqueles que concorrem em determinado mercado a fim de evitar qualquer confusão de clientela⁹⁰.

A LPI prevê que o registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos⁹².

(b) Lei de Proteção de Cultivares

A Lei de Proteção de Cultivares tem o objetivo de fortalecer e padronizar os direitos de propriedade intelectual relativos a cultivares.

Cultivar é definida como “*a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal*”, que seja claramente distinguível de outras conhecidas por uma margem mínima de características descritas, pela denominação própria, homogeneidade, capacidade de se manter estável em gerações sucessivas, além de ser passível de utilização⁹³.

De acordo com a referida Lei, são passíveis de proteção “*uma nova cultivar*” e uma “*cultivar essencialmente derivada*”. A nova cultivar é aquela que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de 12 (doze) meses, em relação à data do pedido de proteção, e em outros países, com o consentimento do dono, há mais de 6 (seis) anos, para espécies de árvores e videiras, e há mais de 4 (quatro) anos, para as demais espécies. As cultivares passíveis de proteção são as novas e as essencialmente derivadas de qualquer gênero ou espécie.

Conforme ensina Newton Silveira, o direito exclusivo não é conferido à cultivar, mas sim à semente já que a Lei refere-se a “*material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira*”.

O titular do direito de propriedade intelectual detém o direito exclusivo para “*produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou comercialização, do material de propagação da cultivar*”⁹⁴.

Como regra geral, a duração da proteção de uma cultivar vigora pelo prazo de até 15 (quinze) anos a partir da data de sua concessão. Em relação a videiras, árvores frutíferas,

⁹⁰ “Artigo 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

⁹¹ SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual, 5ª edição, São Paulo: Ed. Manole, 2014.

⁹² Vide artigo 133 da LPI.

⁹³ Vide artigo 3º, inciso IV da Lei.

⁹⁴ Vide artigos 9º e 10º da Lei. O artigo 10º prevê algumas hipóteses que não violam o direito do titular da proteção da cultivar.

árvores florestais e árvores ornamentais, a legislação prevê que a proteção durará pelo prazo de até 18 (dezoito) anos⁹⁵.

(c) Lei do Software

Em conformidade com o disposto pelo artigo 1º da Lei do *Software*, os programas de computador são definidos como:

expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos baseados em técnica digital ou análoga para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Desse modo, verifica-se que o conceito previsto em Lei abrange um conjunto de instruções para comandar máquinas, em uma série de dados e serviços complementares.

A Lei do *Software* assegura direitos autorais e seus conexos vigentes no Brasil, como garantia de exclusividade de autor autorizar ou proibir aluguel comercial, não sendo seu direito autoral exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa. O direito de exploração econômica e derivados do *software* é do próprio criador titular ou da pessoa autorizada.

Como exceção, a Lei do *Software* prevê que não constitui ofensa aos direitos do titular do programa de computador, como reprodução de um só exemplar, legitimamente adquirido, para salvaguarda e armazenamento eletrônico, que pode ser o original; e caso, também, a citação parcial do programa de computador para fins didáticos, desde que seja identificado o software e seu titular respectivo; ou por causa de ocorrência de semelhança de software preexistente por causa das características funcionais de sua aplicação, observância ou preceitos normativos e técnicos, ou por causa de sua limitação de forma alternativa para a sua expressão⁹⁶.

O direito autoral vigorará por prazo de até 50 (cinquenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro de ano subsequente ao da publicação ou da criação⁹⁷.

(d) Lei de Direitos Autorais

Em linhas gerais, a Lei de Direitos Autorais protege o direito de autor. De acordo com o direito de autor, criador de uma obra intelectual –seja ela, literária, artística ou científica –

⁹⁵Vide artigo 11 da Lei de Proteção de Cultivares.

⁹⁶ Vide artigo 6º da Lei do *Software*.

⁹⁷ Vide § 2º do artigo 2º da Lei do *Software*.

deve ser recompensado pelo uso dessa obra intelectual. Isso significa que o autor deverá receber uma retribuição financeira pela divulgação e pela exploração de suas obras.

Paulo Lilla afirma que os direitos autorais protegem “*criações do espírito humano, expressar por qualquer meio ou fixadas materialmente*”⁹⁸. Nesse ponto, cabe notar que o artigo 8º da Lei prevê expressamente que ideias não são passíveis de proteção por direitos de propriedade intelectual. Desse modo, ele ressalta que a referida proteção aplica-se tão somente a obras intelectuais. Além disso, os direitos conexos referem-se à proteção dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas, videogramas e das empresas de radiodifusão⁹⁹.

O autor detém o “*direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica*”¹⁰⁰. Conforme indica Newton Silveira, trata-se de clara incorporação ao conceito de direito de propriedade oriundo do direito romano. Outrossim, o artigo 29 da Lei elenca os usos da obra protegido que dependem de autorização da obra.

Os direitos de propriedade patrimoniais tem duração de até 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, exceto se o autor não tiver sucessores, caso em que a obra entrará em domínio público. Por sua vez, nas hipóteses relativas a obra anônima ou pseudônima, esse prazo de 70 (setenta) anos será contado de 1º de janeiro do ano subsequente à divulgação da obra¹⁰¹.

(e) Síntese parcial

Em síntese, é possível afirmar, de forma geral, que os direitos de propriedade intelectual concedem exclusividade sobre a produção, utilização ou venda de criações, obras e demais objetos protegidos por esses direitos.

Desse modo, em sentido amplo, é possível afirmar que os direitos de propriedade intelectual conferem a exclusividade de exploração de uma invenção ou criação ao seu titular por um determinado período de tempo. Logo, eles resultam em restrição temporária da concorrência com relação ao produto protegido pelo direito de propriedade intelectual¹⁰².

⁹⁸ LILLA, Paulo. A Proteção da Propriedade Intelectual e seus Limites: Uma abordagem de *Law and Economics*, In: *Propriedade Intelectual*, Belo Horizonte, ed. Arraes, 2011, p. 163.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 163.

¹⁰⁰ Vide artigo 28 da Lei.

¹⁰¹ Vide artigo 41 da Lei.

¹⁰² RIBEIRO, Elisa Silva A.; ROLIM, Maria João C. P. A propriedade intelectual e a defesa da concorrência: Novo parâmetro ou indefinição de interpretação. Análise do julgamento da Microsoft na questão interoperabilidade In: *Propriedade Intelectual*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 5.

§2º Justificativas para a proteção de direitos de propriedade intelectual

O fundamento basilar dos direitos de propriedade intelectual é que eles constituem um instrumento para a prevenção e repressão da concorrência desleal. Desse modo, passamos a estudar o conceito de concorrência desleal.

De início, a própria expressão concorrência desleal nos remete a uma noção de disputa entre agentes econômicas e de falta de lealdade ou de honestidade. Nuno de Carvalho, por isso, afirma que a “*propriedade intelectual, portanto, é essencialmente matéria de honestidade*”¹⁰³.

Pontes de Miranda ressalta que a concorrência desleal se dá entre concorrentes¹⁰⁴. Ele explica que a concorrência desleal não necessariamente ocorre por meio de abuso de direito ou da liberdade econômica. Por essa razão, é equivocado emprestar elementos de abuso de direito ou de liberdade econômica para definir atos de concorrência desleal. Os fundamentos da repressão da concorrência desleal são: (a) proteção do agente econômico honesto; (b) punição do agente econômico desleal; e (c) prevenção de que o consumidor seja enganado ou usurpado de seu direito de escolha. Desse modo, os fundamentos da repressão à concorrência desleal estão eminentemente vinculados à moralidade e à ética ao mesmo tempo em que buscam reparação em âmbito civil por prejuízos sofridos pelo agente econômico prejudicado pelo ato desleal¹⁰⁵.

Cerqueira da Gama critica a inexistência de um conceito doutrinário claro de concorrência desleal. O autor afirma que muitos doutrinadores vinculam o conceito a má-fé ou a falta de lealdade. Desse modo, defende que seria possível afirmar que atos de concorrência desleal são atos desleais ou, praticados com má-fé, que têm o propósito de atrair ou desviar, de modo direto ou indireto, a clientela de um ou mais concorrentes. Ante a falta de um conceito mais claro, Cerqueira propõe a seguinte classificação para atos de concorrência desleal: (a) atos com o potencial de causar confusão entre estabelecimentos comerciais e industriais ou entre produtos; (b) atos com o potencial de prejudicar a reputação ou os

¹⁰³ CARVALHO, op. cit., p. 17.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, Vol. XVII, p. 269.

¹⁰⁵ Ibid., p. 285.

negócios alheios; (c) aliciamento e suborno de empregados; (d) divulgação ou exploração de segredos de fábrica ou de negócio; e (e) violação de contratos¹⁰⁶.

Por sua vez, Alberto Luiz Camelier Silva propõe a seguinte definição:

(...) concorrência desleal é todo e qualquer ato praticado por um industrial, comerciante ou prestador de serviço contra um concorrente direto ou indireto, ou mesmo um não concorrente, independentemente de dolo ou culpa, utilizando-se de meios ilícitos com vistas a manter ou incrementar sua clientela, podendo ou não desviar, em proveito próprio ou de terceiro, direta ou indiretamente, clientela de outrem. Esses atos são contrários as práticas e usos honestos perpetrados na indústria, comércio e serviços¹⁰⁷.

De fato, toda a matéria de relativa à propriedade imaterial ou intelectual está fundamentada no princípio geral da repressão à concorrência desleal. Em outras palavras, a legislação visa evitar a usurpação indevida de bens imateriais por terceiros.

Salomão Filha ensina que existem duas visões que justificam a proteção de direitos de propriedade intelectual:

“Vistos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição “concorrência”. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial (idéia ou invenção).”¹⁰⁸

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se a analisar essas duas visões que justificam a proteção de direitos de propriedade intelectual, a saber, (a) visão privatista; e (b) visão publicista.

A. Visão privatista: propriedade intelectual como mecanismo jurídico para assegurar a recuperação dos investimentos

Nas palavras de Cerqueira da Gama, “*os diversos institutos da propriedade industrial (...) poderia ser definida como o conjunto dos institutos jurídicos que tem por fim prevenir e reprimir a concorrência desleal no comércio e na indústria*”¹⁰⁹. De fato, trata-se de essencialmente uma proteção da atividade de trabalho, em especial o trabalho intelectual e

¹⁰⁶ CERQUEIRA, op. cit., p. 281.

¹⁰⁷ SILVA, Alberto Luis Camelier. *Concorrência desleal – atos de confusão*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 63-64

¹⁰⁸ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 143, grifos nossos.

¹⁰⁹ GAMA, op. cit., p. 40.

técnico, e conseqüentemente, da proteção dos resultados econômicos provenientes do trabalho.

No cenário descrito, o papel dos direitos de propriedade intelectual é assegurar que autor ou inventor possa reaver seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Para possibilitar isso, os direitos de propriedade intelectual conferem um direito limitado de impedir outros agentes econômicos apenas de copiarem ou exercerem indevidamente um direito devidamente obtido e registrado nos termos da legislação. Em outras palavras, os direitos de propriedade intelectual conferem ao titular o direito de impedir que terceiros adotem determinados comportamentos ou atitudes em relação à determinada criação ou invenção.

Desse modo, ao conferir exclusividade temporária para a exploração de direitos de propriedade intelectual, o Estado cria incentivos para que agentes privados invistam no desenvolvimento de produtos e serviços inovadores, e sejam remunerados pelos seus esforços. Isso porque terceiros serão impedidos de explorar comercialmente esses direitos sem autorização, evitando-se, assim, comportamentos oportunistas daqueles que desejam apropriar-se indevidamente do esforço alheio.

Em síntese, do ponto de vista das relações privadas, essa proteção visa (a) assegurar que autor ou inventor possa reaver seus investimentos em P&D; e (b) coibir comportamentos oportunistas de terceiros que tentem se valer indevidamente dos esforços do autor ou criador (carona ou *free-riding*).

A mesma lógica aplica-se as demais categorias de direitos de propriedade intelectual não-relacionadas à criação ou autoria, tais como a formulação de uma marca, de um *trade dress* ou de qualquer elemento que diferencie um agente econômico de outro deve ser objeto de proteção para evitar que um terceiro tente desviar a clientela de seu concorrente indevidamente ou mediante fraude

Salomão Filho explica, inclusive, que a proteção contra o *free-riding* é típica dos direitos de propriedade:

“A proteção à invenção industrial serve, por outro lado, ao estímulo criativo. Impedindo o *free riding* – ou seja, o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa dos resultados dela advindos -, estimula a pesquisa e o desenvolvimento individual. Na repressão ao *free riding* encontra, portanto, um fundamento eminentemente concorrencial.”¹¹⁰

¹¹⁰ SALOMÃO FILHO, op. cit., 2003, p. 131, grifos nossos.

“Do ponto de vista teórico, o conceito de atividade inventiva nada mais faz do que privilegiar o esforço e estimular a concorrência. É necessário o investimento tecnológico, o esforço, a aplicação de recursos, para a obtenção da patente. O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente um verdadeiro estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do *free rider*. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do direito industrial.”¹¹¹

Como salientado por Motta, poder de mercado ou a expectativa de obter (algum) poder de mercado tem um papel relevante na manutenção dos incentivos para que os agentes econômicos façam investimentos em inovação, lançamento de novos produtos e melhoria da qualidade. É por essa razão que Motta afirma que nenhuma política pública deve visar eliminar poder de mercado¹¹².

B. Visão publicista: propriedade intelectual como meio de promover a concorrência dinâmica

Conforme explicado no Capítulo I do presente trabalho, muitos entendem que os direitos de propriedade intelectual contribuem para incentivar o processo de destruição criativa e os investimentos em P&D.

Isso porque a proteção aos direitos de propriedade intelectual permitirá a criação de novos bens e serviços, os quais gerarão mais riquezas em um ciclo dinâmico de evolução dos mercados. Conforme pondera Motta, quando os agentes econômicos não podem se apropriar de seus esforços relativos à pesquisa e desenvolvimento, elas investirão menos do que o necessário para o desenvolvimento econômico. Por sua vez, quando existe a proteção legal, os agentes econômicos investirão mais em P&D.¹¹³

Mas não é só isso. A propriedade intelectual não promove apenas a invenção, mas também a reputação, a qualidade, a criação e o investimento pelos agentes econômicos. Em outras palavras, o papel da propriedade intelectual é o de organização da alocação dos recursos para a criação e a preservação de ativos intangíveis diferenciadores dos agentes econômicos¹¹⁴.

Nuno ressalta que a própria natureza dos direitos de propriedade intelectual é pró-competitiva. Isso porque ao promover a diferenciação e a rivalidade entre concorrentes, ela

¹¹¹ Ibid., p. 135, grifos nossos.

¹¹² MOTTA, op. cit., p. 58.

¹¹³ MOTTA, op. cit., p. 63–64.

¹¹⁴ CARVALHO, op. cit., p. 36.

privilegia o direito de escolha dos consumidores. Em síntese, é correto afirmar que a propriedade intelectual é uma ferramenta para a criação e manutenção da rivalidade entre concorrentes.

Como bem sintetizado por Nuno, a propriedade intelectual e a concorrência interagem em dois níveis distintos. Primeiro, a propriedade intelectual necessita do direito da concorrência para operar de forma eficaz já que ela exerce sua função de diferenciar concorrentes em um ambiente competitivo. Segundo, a propriedade intelectual configura um mecanismo jurídico ou instrumento que promova e assegure a proteção de ativos diferenciadores¹¹⁵.

No mesmo sentido, Posner explica que a competição para que um agente obtenha poder de mercado ou, até mesmo, um monopólio é uma forma importante de concorrência. Se houver proteção da concorrência caso um agente econômico seja bem-sucedido ao desenvolver uma criação original, os agentes econômicos concorrerão mais para conseguir desenvolver uma criação original. Em síntese, a perspectiva de obter um monopólio induziria o agente econômico a um elevado grau de inovação¹¹⁶.

Por fim, é importante notar que a obtenção de alguns direitos de propriedade intelectual – mais especificamente aqueles relacionados à propriedade industrial, como patentes e modelos industriais – está condicionada à divulgação do conhecimento e tecnologia que levou ao produto ou tecnologia protegido pelo direito de propriedade industrial. Desse modo, após o término do período de exclusividade, todos agentes rivais poderão fazer uso daquele conhecimento e tecnologia e explorá-los economicamente e tecnicamente, utilizando-os como base, inclusive, para o desenvolvimento de novos produtos¹¹⁷.

Desse modo, quando se admite que (a) a propriedade intelectual é um instrumento que visa prevenir e coibir a concorrência desleal; e (b) a repressão à concorrência desleal é necessária não só para preservar da rivalidade nos mercados como para incentivar a inovação, é possível concluir que a propriedade intelectual contribui para a manutenção de grau de rivalidade entre os agentes econômicos nos mercados nos quais operam e para o progresso econômico e tecnológico.

¹¹⁵ Ibid, p. 16.

¹¹⁶ POSNER, Richard A., *Antitrust Law*, The University Press of Chicago, 2001, p. 248-249.

¹¹⁷ MOTTA, op. cit., p. 64.

Conforme bem sintetizado por Teece, “a inovação impulsiona a concorrência tanto quanto a concorrência impulsiona a inovação”¹¹⁸. É uma relação que se retroalimenta.

§3º Relevância da delimitação do escopo e duração dos direitos de propriedade intelectual

Conforme já mencionado, Motta explica que os agentes econômicos somente investirão em pesquisa em desenvolvimento em um grau ótimo se a possibilidade de se apropriarem de suas criações seja garantida (o que é realizado por meio dos direitos de propriedade intelectual). No entanto, uma vez que os agentes econômicos são bem-sucedidos em seus esforços em P&D, o Estado e a sociedade, de modo geral, ficarão tentados para cancelar a exclusividade concedida para que todos possam se beneficiar daquela criação. Caso cedam a tentação, isso afetará negativamente os incentivos para que os agentes econômicos continuem a investir em pesquisa e desenvolvimento¹¹⁹.

Resta claro, portanto, que a sociedade como um todo deixa de usufruir dos benefícios advindos de uma criação protegida por período limitado de tempo durante o qual o detentor do direito de propriedade intelectual usufrui de exclusividade. Isso visa garantir que os agentes econômicos continuem investindo em P&D de modo que haja novas criações no futuro. Desse modo, verifica-se que a sociedade incorre em custo de oportunidade intertemporal, escolhe-se que a sociedade abstenha-se de usufruir plenamente de uma criação durante determinado período de tempo para que se garanta que o desenvolvimento de novas criações que serão lançadas no futuro.

É devido a tais restrições, entre outros fatores, que Gusmão afirma que direitos de propriedade intelectual podem ser considerados como direitos de propriedade *sui generis*.

Tais limitações aos direitos de propriedade intelectual são necessárias para assegurar que eles cumpram seu papel de incentivar a concorrência dinâmica e de proteger agentes econômicos de práticas de concorrência desleal.

Conforme explica Hovenkamp se a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos direitos de propriedade intelectual for escassa, os agentes econômicos não terão incentivos

¹¹⁸ Tradução livre pela autora do trecho: “(...) *Innovation drives competition as much as competition drives innovation*” (TEECE, op. cit., p. 226).

¹¹⁹ MOTTA, op. cit., p. 65.

para inovar ou investir em reputação já que outros poderiam copiar seu trabalho facilmente. No entanto, se a proteção conferida for excessiva, o resultado será a redução da concorrência e, até mesmo, a diminuição da inovação. Em outras palavras, caso os direitos de exclusividade sobre a propriedade industrial excedam sua utilidade social e eles podem se transformar em perda de bem-estar¹²⁰.

No mesmo sentido, Mark Lemley defende que uma delimitação adequada de direitos de propriedade intelectual pelo ordenamento jurídico permitirá o equilíbrio para construção dos incentivos adequados para a inovação¹²¹. Em outras palavras, é importante que o sistema de propriedade industrial seja bem desenhado e apresente limitações ao direito de propriedade industrial para que esse sistema constitua instrumento eficiente de estímulo à criação de novas ideias, inovações e tecnologias, denominadas genericamente pelos economistas como “*informação*”¹²².

Em conformidade com isso, o ordenamento jurídico brasileiro prevê requisitos e limites legais aos direitos de propriedade intelectual. Isso porque a proteção prevista em lei confere ao titular do direito de propriedade intelectual uma exclusividade que nasce em razão de e limitada à função social prevista na Constituição Federal¹²³.

Atualmente, no que tange o direito de propriedade intelectual, o ordenamento jurídico é composto primariamente pela seguinte legislação: (a) Acordo TRIPS, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 1.355/1994, (b) LPI; (c) Lei de Proteção aos Cultivares; (d) Lei do *Software*; e (e) Lei de Direitos Autorais.

O Acordo TRIPS prevê que os Estados Membros do Acordo devem adotar medidas para que os respectivos ordenamentos jurídicos regulamentem o escopo, a duração e as limitações aos direitos de propriedade intelectual de acordo com patamares mínimos de proteção em conformidade com o objetivo do TRIPS:

ARTIGO 7

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e

¹²⁰ HOVENKAMP, op. cit., p. 249.

¹²¹ Lemley, Mark A., A New Balance between IP and Antitrust (April 1, 2007). Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, Vol. 13, p. 237, 2007; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 340. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=980045>. Acesso em 20 de julho de 2018.

¹²² Cf. BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹²³ Artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal.

usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Em conformidade com isso, todas as referidas leis apresentam limitações inerentes ao escopo e a duração dos direitos nela conferidos, aliás como já parcialmente analisado anteriormente neste Capítulo. De fato, a legislação aplicável prevê diversas limitações aos direitos de propriedade intelectual desde sua origem, quais sejam, limites de ordem temporal, mercadológica e material

Por exemplo, a LPI prevê diferentes tipos de direitos de propriedade industriais, quais sejam:

- a) patentes: promoção da inovação tecnológica, ou simplesmente, da geração de novas técnicas;
- b) desenhos industriais: promoção da inovação ornamental, seja plástica ou gráfica, independentemente de considerações técnicas ou funcionais; e
- c) marcas: promoção da inovação de signos vinculados a determinados produtos ou serviços.

Cada categoria de direito de propriedade industrial visa à proteção de um bem jurídico imaterial específico. Isso possibilita que cada categoria seria regulada em conformidade com as especificidades do uso funcional de cada propriedade sobre bem imaterial.

Por exemplo, enquanto a patente de invenção vigora pelo prazo improrrogável de 20 (vinte) anos, contados da data de depósito, o registro da marca é válido por 10 (dez) anos, podendo ser prorrogável ilimitadamente por períodos iguais e o de desenhos industriais, é estabelecido o limite temporal de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada, somando um total de 25 (vinte e cinco) anos de proteção

Isso porque ao conferir exclusividade aos autores e inventores, o direito de propriedade intelectual impede que esses terceiros se beneficiem das ideias e invenções protegidas. No entanto, para garantir que o direito de propriedade intelectual não acabará desencorajando a inovação e resultando em perda de riqueza, eles são limitados em escopo e duração. Assim, a delimitação de direitos de propriedade intelectual pelo ordenamento jurídico visa assegurar o equilíbrio para construção dos incentivos adequados para a inovação.

Neste ponto, cabe ressaltar que a doutrina é clara: não é papel das autoridades de defesa da concorrência delimitar qual é a duração da proteção conferida pela legislação de propriedade intelectual, mas sim aos órgãos legislativos competentes¹²⁴.

§4º Tratamento constitucional conferido à inovação

O incentivo e a proteção aos direitos de propriedade intelectual estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

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;

Referida proteção está em linha com o disposto pelo artigo 218 da Constituição Federal prevê que “*o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*”.

Ferraz Junior afirma que não é possível concluir disso que a propriedade intelectual do inventor deva ser considerada como um dos direitos fundamentais da pessoa humana. No entanto, ressalta que o direito à propriedade é um direito fundamental da pessoa humana. Desse modo, Ferraz Junior entende que como um direito de propriedade, a propriedade da invenção configura um direito fundamental da pessoa humana. Como tal, deve ser assegurado pela lei, em observância ao disposto pelo artigo 5º, XXIX¹²⁵.

Desse modo, em conformidade com os fundamentos dos direitos de propriedade intelectual considerados nesse capítulo, a Constituição Federal prevê a proteção aos direitos

¹²⁴ Nesse sentido, ver HOVENKAMP, op. cit., p. 255.

¹²⁵ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 10-12.

de propriedade intelectual a fim de promover o “*interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”.

Nesse ponto, cabe destacar que o artigo 5º, XXII da Constituição determina que “*a propriedade privada atenderá seus fins sociais*”, o que também é reforçado pelo artigo 170, III que dispõe que a ordem econômica observará o princípio da “*função social da propriedade*”. Desse modo, o exercício de direito de propriedade industrial – como qualquer outro direito de propriedade – é limitado ao cumprimento dos seus fins sociais¹²⁶.

¹²⁶ Conforme Nunes Jr., existem cinco formas principais de positivação dos direitos sociais, quais sejam, (i) normas programáticas que se limitam a apontar diretrizes ou finalidades a serem atendidas pelo Poder Público; (ii) normas atributivas de direitos públicos subjetivos; (iii) normas consagradoras de garantias constitucionais; (iv) cláusulas limitativas de poder econômico e (v) normas projectivas. A forma de positivação implica em limitações e desafios na judicialização relativa a tais normas. As normas que fundamentam princípios conformadores do direito positivo tendo em vista que conferem forte significado social a institutos jurídicos. As disposições do artigo 5º, XXII e artigo 170 III da Constituição Federal são um exemplo de normas projectivas. (Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim.)

CAPÍTULO III JUSTIFICATIVAS PARA APLICAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE A CASOS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Conforme ensina Lemley, o objetivo tanto da política antitruste como da proteção de direitos de propriedade intelectual é a maximização da eficiência alocativa (produzir o que os consumidores desejam) e eficiência produtiva (produção de bens utilizando o mínimo de recursos necessários) ¹²⁷.

Isso porque ao conferir exclusividade aos autores e inventores, os direitos de propriedade intelectual buscam prevenir e reprimir a prática de concorrência desleal por terceiros que tentem se apropriar indevidamente de criações, invenções ou de sinais distintivos.

No entanto, há de se questionar: será que todo o direito de propriedade intelectual confere poder econômico ao seu detentor? E, caso os limites dos direitos de propriedade intelectual sejam bem desenhados na legislação, há isenção antitruste?

Neste Capítulo, trataremos dessas questões e analisaremos as justificativas para intervenção das autoridades antitruste em casos de violação à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual.

§ 1º Relação entre direito de propriedade intelectual e poder de mercado e implicações para a política antitruste

Um erro comum seria presumir que todo direito de propriedade intelectual confere necessariamente poder de mercado ao seu detentor já que ele confere um direito de exclusividade limitado e temporário.

Conforme discutido no Capítulo I, poder econômico refere-se à capacidade do agente econômico de influenciar (de forma individual ou coordenada) as condições em determinado mercado relevante e tomar decisões de modo independente.

¹²⁷ Cf. BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Por sua vez, como visto no Capítulo II, todo direito de propriedade intelectual refere-se ao direito de impedir outros agentes econômicos de se apropriarem, copiarem ou exercerem indevidamente um direito em relação à obra ou criação protegida nos termos da legislação. Em outras palavras, os direitos de propriedade intelectual conferem ao titular o direito de impedir que terceiros adotem determinados comportamentos ou atitudes em relação a determinado produto.

Logo, seria possível concluir que, como regra, direitos de propriedade intelectual conferem poder de mercado. Conforme ensina Rosenberg, esse foi um entendimento que prevaleceu entre 1890 e 1920¹²⁸. No entanto, adotá-lo seria uma armadilha.

Isso porque, conforme ensina Maristela Basso, direitos de propriedade intelectual jamais conferem o poder de excluir concorrentes de um mercado, mas apenas limitam os comportamentos que podem ser adotados pelos concorrentes. No entanto, “*concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos de propriedade intelectual*”¹²⁹.

Desse modo, caso existam outros bens ou serviços substitutos disponíveis ao consumidor além daquele que é objeto da proteção, o direito de propriedade intelectual não concederá poder econômico.

Como salientado por Paulo Lilla, os primeiros passos na análise antitruste são a definição dos mercados relevantes afetados pelo direito de propriedade intelectual, bem como o poder de mercado detido pelo detentor do direito de propriedade intelectual¹³⁰. E, de fato, feita essa análise, verificar-se-á que são poucos os casos em que um direito de propriedade intelectual confere poder de mercado ao seu titular¹³¹.

De fato, é isso o que Whish e Bailey explicam em relação a patentes. Os autores afirmam uma patente não necessariamente conferirá um monopólio no sentido econômico ao seu detentor. Isso porque podem existir outros produtos que competem com aquele protegido pela patente. No entanto, na opinião dos referidos autores, uma patente sempre confere certo

¹²⁸ Op. cit., p. 180.

¹²⁹ BASSO, Maristela. Análise dos Direitos de Propriedade Intelectual sob a Perspectiva do Direito Antitruste: especial referência as marcas. In: *Revista do IBRAC – Instituto da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, 2019, volume 16/2019, p. 78.

¹³⁰ LILLA, op. cit., p. 69.

¹³¹ Ibid., 2014, p. 69.

grau de imunidade em relação ao impacto potencial dos comportamentos que podem ser adotados pelos agentes econômicos rivais¹³².

Nery afirma que o direito de propriedade industrial de determinada tecnologia conferirá poder de mercado ao seu detentor somente se essa tecnologia não possa ser substituída por outra tecnologia ou processo produtivo¹³³.

Em síntese, embora seja correto afirmar que todo direito de propriedade intelectual confere algum grau de poder sobre o preço, não é correto afirmar que ele confere poder econômico. Verifica-se, portanto, que embora possa haver situações em que um agente econômico detentor de direitos de propriedade intelectual obtenha posição de mercado, não se pode presumir que é essa a regra geral. Aliás, como apontado por Teece, é a rara exceção¹³⁴.

A. A distinção entre monopólio legal e monopólio econômico

É muito comum a doutrina e a jurisprudência fazerem referências a direitos como propriedade intelectual como sendo “monopólios”, usando a expressão entre aspas. Do mesmo modo, parte da doutrina e da jurisprudência (como será detalhado no Capítulo V) tem adotado uma distinção entre monopólio legal e monopólio econômico com o objetivo de esclarecer que nem todo direito de propriedade intelectual confere ao seu titular poder econômico e, muito menos, posição dominante¹³⁵.

A noção de monopólio é eminentemente econômica. Ela está atrelada a existência de um único agente econômico exercendo determinadas atividades econômicas. Assim, em sentido amplo, é possível afirmar que o monopólio poderia ser entendido como uma estrutura de mercado em que existe um único agente econômico atuando do lado da oferta. Em outras palavras, trata-se de situação em que há um único ofertante de todos os bens ou serviços ofertados em determinado mercado relevante sem enfrentar a rivalidade de outros concorrentes. Nesta situação, este único fornecedor/ofertante controla a quantidade e o preço dos bens ofertados no mercado relevante.

¹³² WHISH, Richard & BAILEY, David. *Competition Law*, 7ª edição, Oxford University Press, 2011, p. 769.

¹³³ NERY JR., Nelson. Licença de patente e Prática Anticoncorrencial. In: *Soluções Práticas de Direito*, volume 3/2014, p. 317–357.

¹³⁴ TEECE, op. cit., p. 226.

¹³⁵ Nesse sentido, podemos mencionar: FORGIONI, op. cit., p. 326. NERY JR., Nelson. op. cit., p. 317–357.

Figueiredo aponta que é possível classificar monopólios em três grupos distintos, a saber, (i) monopólio econômico natural; (ii) monopólio econômico convencional; e (iii) monopólio legal¹³⁶.

O monopólio natural refere-se à situação em que é mais eficiente a existência de um único ofertado em determinado mercado.

Por sua vez, o monopólio de mercado é uma situação que decorre da conquista de mercado de um agente econômico (podendo esta ser lícita ou ilícita).

Por fim, o monopólio legal pode ser definido como a instituição, por meio do ordenamento jurídico, da exclusividade de exploração de atividade econômica estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros. Desse modo, quando a legislação confere a exclusividade de exploração sobre determinada atividade, ela conferiria um “monopólio legal”. Figueiredo aponta como exemplo clássico a Lei 6.538/78 que instituiu o monopólio das atividades de serviços postais em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT¹³⁷.

(a) Direito de propriedade intelectual como “monopólio”

Denis Borges Barbosa é um dos principais doutrinadores de propriedade intelectual que se referem a direitos de propriedade intelectual como “monopólios”. No entanto, o autor explica que, na realidade, direitos de propriedade intelectual não configuram monopólios econômicos.

É de notar-se que, não obstante a expressão “propriedade” ter passado a designar tais direitos nos tratados pertinentes e em todas as legislações nacionais, boa parte da doutrina econômica a eles se refira como “monopólios”.

Tal se dá, provavelmente, porque o titular da patente, ou da marca, tem uma espécie de monopólio do uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, que difere do monopólio stricto sensu pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade de mercado (do uso da tecnologia, etc.) e não - como no monopólio autêntico - uma exclusividade de mercado. Exclusividade a que muito freqüentemente se dá o nome de propriedade, embora preferamos usar as expressões descritivas “monopólio instrumental” ou “direitos de exclusiva”¹³⁸.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Luciano Vizeu. *A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal*, p. 10-12. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/905010>. Acesso em: 15.out.2018.

¹³⁷ FIGUEIREDO, Luciano. Op. Cit., p. 16.

¹³⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Lumen Iures, 2ª ed, p. 23.

Barbara Rosenberg afirma que os direitos de propriedade de intelectual “*assemelham-se a monopólios temporários, no sentido de que os detentores desses direitos estarem autorizados, por força de disposições legais, a impedir que terceiros ofertem seu produto*”. No entanto, conforme explicado pela autora, a exclusividade concedida pelos direitos de propriedade intelectual não necessariamente gera um monopólio¹³⁹.

Em 2005, Denis Borges Barbosa emitiu nota discutindo se direitos de propriedade intelectual teriam a natureza de propriedade ou de monopólio. Barbosa afirma que Rui Barbosa definiu direitos de propriedade intelectual como sendo monopólios. Outrossim, para o autor, a utilização da expressão é reflexo do tratamento conferido ao tema pela Inglaterra e pelos Estados Unidos que frequentemente se referem a direitos de propriedade intelectual como sendo monopólios. No entanto, a referida noção não se estenderia a países que não teriam o mesmo histórico legal como Colombia ou México¹⁴⁰.

Não se tratava de um monopólio em sentido econômico, mas sim “*um monopólio, num certo sentido*”. Isso porque “*a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado*”¹⁴¹.

Para ele, a adoção da expressão “monopólio” ao invés de “propriedade” tem uma carga ideológica e reforça a função social do direito de propriedade intelectual. No entanto, conforme admitiu Denis Borges Barbosa, a adoção da referência poderia gerar ou reforçar um preconceito já que, durante o século passado, acreditou-se que monopólios deveriam ser combatidos pelo direito antitruste¹⁴². Nesse ponto, o autor destacou que o significado da expressão “monopólio” teria um significado mais amplo e, por isso, não necessariamente coincidiria como o significado da expressão “monopólio” utilizada no direito antitruste. Confira-se:

Em suma, a expressão “monopólio”, utilizada em conexão com os direitos exclusivos sobre criações intelectuais, implica numa fé na prevalência do interesse público sobre o interesse privado dos investidores¹³⁹. Essa convicção se acha expressa no raciocínio do caso Sears Roebuck, da Suprema Corte dos Estados Unidos, exposto no texto acima da nota 23.

¹³⁹ ROSEMBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e dos Direitos de Propriedade Intelectual. in ZANOTA, Pedro e BRANCHER (org.) Desafios atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2008, p. 174.

¹⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em Propriedade Intelectual*, 2005, p. 7-8. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/monopolio.doc>. Acesso em 15 de out de 2018.

¹⁴¹ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 10.

¹⁴² Como consideramos no capítulo I, § 2º desta dissertação, a Escola de Chicago resultou na admissão do fato de monopólios e oligopólios podem gerar eficiências, de modo que não caberia à política antitruste combatê-los.

No entanto, o extensivo uso da expressão não significava necessariamente identificar esses “monopólios” com a noção de mesmo nome, do Direito Antitruste. O principal intérprete do Estatuto dos Monopólios, Lorde Coke, escrevendo em 1644¹⁴⁰, definiu o que era monopólio para os efeitos daquela lei: (Grifos nossos)¹⁴³

Em suma, resta forçoso reconhecer que seria um erro afirmar que todo direito de propriedade intelectual configura um monopólio econômico. Neste ponto, cabe destacar as observações feitas por Barbara Rosenberg de que o “*mau emprego do termo monopólio*” no contexto da aplicação da legislação de proteção resultou em “*mal entendidos*”¹⁴⁴.

(b) Direito de propriedade intelectual como “monopólio legal”

Embora entendamos que referência a direitos de propriedade intelectual como um monopólio legal e não um econômico seja muito didática para explicar que o titular de direitos de propriedade intelectual não detém necessariamente poder de mercado, ela pode induzir o leitor a um erro por duas razões principais.

Primeiro, é importante lembrar que os direitos de propriedade intelectual concedem a exclusividade de exploração e uso de determinado produto ou tecnologia nos termos da legislação aplicável e não de determinada atividade. Desse modo, como regra geral, os direitos de propriedade intelectual não conferem ao seu detentor a exploração exclusiva de determinada atividade econômica, mas tão somente à exploração de determinado produto que é objeto proteção.

Segundo, muitas vezes, os produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual pertencem a um mercado relevante em que existem diversos outros produtos que são bons substitutos e que são ofertados por outros agentes econômicos totalmente independentes.

Ante o exposto, embora se entenda que a diferenciação entre monopólio legal e econômico visa ilustrar claramente que os detentores de direitos de propriedade intelectual não possuem poder de mercado, ela pode acabar reforçando uma conclusão inexata sobre os impactos trazidos pelos direitos de propriedade intelectual.

¹⁴³ BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 8-9.

¹⁴⁴ ROSEMBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e dos Direitos de Propriedade Intelectual. in ZANOTA, Pedro e BRANCHER (org.) Desafios atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2008, p. 174.

§ 2º Ausência de isenção antitruste

É um consenso na doutrina nacional e internacional que não há qualquer isenção para infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual.

A doutrina e a jurisprudência estão fartas em admitir a aplicação da legislação antitruste em hipóteses de abuso pelos detentores de direitos protegidos pela propriedade industrial, tais como a prática de venda casada com o objetivo de ampliar o escopo da patente, restrições verticais – recusa de venda, discriminação de preços e até mesmo a realização de contratos discriminatórios de transferência de tecnologia que possam afetar a concorrência em mercados relacionados¹⁴⁵.

Parte da doutrina justifica essa conclusão com base no tratamento constitucional conferido a ambas as matérias. Isso porque a Constituição Federal define direitos de propriedade intelectual como direitos fundamentais em seu artigo 5º, XXVII e XXIX, mas também prevê que essa proteção deve ser interpretada juntamente com outros princípios constitucionais, tais como a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), a livre iniciativa (artigos 170, caput) e a livre concorrência (art. 170, IV)¹⁴⁶.

Nesse ponto, cabe destacar que o Acordo TRIPS, que como já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 1.355/1994, prevê que podem ser necessárias medidas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares que limitem de maneira injustificável o comércio.

Além disso, a LPI contém uma clara menção à possibilidade de aplicações de sanções ao abuso de poder econômico envolvendo direitos de propriedade intelectual ao prever a possibilidade de licença compulsória¹⁴⁷.

Outros autores afirmam que a propriedade industrial é tratada pelo antitruste como qualquer outra forma de propriedade¹⁴⁸.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Elisa Silva A.; ROLIM, Maria João C. P. A propriedade intelectual e a defesa da concorrência: Novo parâmetro ou indefinição de interpretação. Análise do julgamento da Microsoft na questão interoperabilidade In: *Propriedade Intelectual*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 3

¹⁴⁶ Nesse sentido, podemos citar as seguintes obras: ASTORGA, Andrea, JUNQUEIRA, Carla, MATTOS, UBIRATAN. A Interface entre o Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual: o Direcionamento do CADE com o advento da Lei n. 12.529/11. In: *5 Anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*, 2007, p. 371; AUGUSTIN, Bruno, TURRA, Leonardo Canabrava, STURION, Lara Tie. *Sham Litigation* por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual: a Jurisprudência do CADE. In: *5 Anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*, 2007, p. 213; SILVEIRA, op. cit., p. 117.; e RIBAS, Guilherme Favaro. *Venda Casada Anticoncorrencial e Propriedade Intelectual*, p. 37.

¹⁴⁷ Vide artigo 68 e seguintes da LPI.

¹⁴⁸ NERY JR., op. cit., p. 317–357.

Por fim, outros recorrem ao conceito de abuso oriundo do direito civil para afirmar que a abusividade sempre pode ser sancionada. Ana Frazão entende que não há de se falar em isenção ao Direito Antitruste e que condutas amparadas em direitos de propriedade intelectual legítimos podem ser caracterizadas como infração à ordem econômica quando “*ficar demonstrado que a prática extrapolou os limites que justificam a proteção à criação intelectual*”¹⁴⁹.

De fato, basta uma leitura atenta das disposições da Lei 12.529/11 para que se conclua que não há de se falar em isenção antitruste decorrente de direitos de propriedade intelectual.

A. Disposições na Lei 12.529/11 sobre infrações envolvendo direitos de propriedade intelectual

Como mencionado, adotando uma postura pragmática, basta a leitura da Lei 12.529/11 para que um agente econômico pudesse se certificar da inexistência de isenção legal para infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual.

A leitura do rol exemplificativo de infrações contra a ordem econômica constante do artigo 36, §3º da Lei 12.529/11 revela a existência de condutas relacionadas à exploração de direitos de propriedade intelectual. São elas: (a) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (constante do inciso V); (b) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (constante do inciso VIII); (c) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (constante do inciso XIV); e (d) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (constante do inciso XIX).

Outrossim, verifica-se que 2 (dois) incisos fazem referência expressa aos direitos de propriedade intelectual. São eles: (a) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (constante do inciso XIV); e (b) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca

¹⁴⁹ FRAZÃO, op. cit., p. 409.

(constante do inciso XIX). Passamos a analisar tais hipóteses fazem menção expressa a direitos de propriedade intelectual.

(a) XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia

Robert Taufick afirma que se trata de uma infração que prescinde que o detentor do direito detenha poder de mercado. Ele entende que a infração restará caracterizada caso a conduta acarrete dano à concorrência, seja por prejudicar concorrentes ou consumidores que tenham poder de influenciar a concorrência. Ele exemplifica como condutas passíveis de enquadramento pelo inciso XIV: (a) práticas de contestação de direito não explorado ou sub explorado a fim de elevar os custos do terceiro; e (b) concentração de direitos de propriedade intelectual sem qualquer objetivo de exercê-lo¹⁵⁰.

Leonor Cordovil afirma que o inciso XIV refere-se aos casos de *sham litigation*¹⁵¹ envolvendo direitos de propriedade intelectual em que há propositura de ações judiciais e administrativas com o objetivo evitar que o concorrente explore direitos de propriedade intelectual¹⁵².

(b) XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca

Primeiramente, cabe notar que a inclusão dessas condutas no rol de infrações à ordem econômica é uma novidade trazida pela Lei 12.529/11.

Leonor Cordovil afirma que ele refere-se às acusações de que agentes econômicos estariam postulando a proteção intelectualmente fraudulenta, e ainda ajuizando ações judiciais e administrativas para impedir que outros utilizem sua propriedade de forma fraudulenta¹⁵³.

Paula Forgioni afirma que o abuso de direitos de propriedade intelectual pode ser sancionado com base no artigo 36 da Lei 12.529/11 caso “(a) prejudique a concorrência; (b) implique em aumento arbitrário de lucros; ou (c) configure abuso de posição dominante”. A

¹⁵⁰ TAUFICK, ROBERTO DOMINGOS. op. cit., , p. 327.

¹⁵¹ A infração de *sham litigation* é uma forma de predação não baseada em preço que pode ser definida como o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes. Em outras palavras, a prática de *sham litigation* se refere a litígios iniciados com o intuito de atacar empresas rivais a fim de obter ganhos competitivos que independem do resultado da ação ou do processo administrativo. Destarte é possível, afirmar que um agente econômico pratique *sham litigation* a fim de (a) elevar os custos das empresas rivais já instaladas no mercado ou (b) impedir ou retardar a entrada de um novo rival mediante a elevação dos custos de entrada.

¹⁵² CORDOVIL, op. cit., p. 114.

¹⁵³ Ibid., p. 117.

autora faz uma clara menção aos efeitos da Lei¹⁵⁴. Desse modo, não obstante as leis específicas concedam isenções antitruste para a existência dos direitos de propriedade intelectual por ela regulados, elas não concedem isenção para eventuais abusos concorrenciais perpetrados mediante o exercício indevido de tais direitos¹⁵⁵

Eis que aqui surge um grande desafio para as autoridades antitruste, qual seja, determinar os limites entre o exercício legal de um direito de propriedade intelectual e o seu abuso.

§ 3º Implicação dos objetivos adotados pela autoridade antitruste no tratamento conferido a infrações à econômica

Na prática, as autoridades de defesa da concorrência têm o dever de manter os mercados inovativos e competitivos mediante a manutenção de efetiva rivalidade nos mercados. Isso implica que as autoridades de defesa da concorrência devem manter o acesso aos mercados relevantes e evitar o fechamento ou monopolização dos mercados. No entanto, caso as autoridades intervenham de maneira excessiva no exercício legítimo de direitos de propriedade intelectual, elas podem acabar coibindo um instrumento que tem o papel de reprimir a concorrência desleal e manter incentivos para o aumento da rivalidade e da concorrência dinâmica nos mercados.

Paulo Lilla afirma que a abordagem adotada pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo pode ser distinta com base no papel que as inovações têm em sua economia. Para o autor, em países exportadores de inovação como os Estados Unidos e Europa, faz sentido que a política antitruste seja menos intervencionista e privilegie a proteção dos direitos de propriedade intelectual já que a inovação é fonte de geração de riqueza para aquela economia. Por sua vez, países importadores de inovação e tecnologia poderiam adotar política antitruste mais intervencionista já que o desenvolvimento econômico daquele país está, em realidade, pouco atrelado ao progresso tecnológico¹⁵⁶. No mesmo sentido, são as ponderações feitas por Brancher¹⁵⁷.

¹⁵⁴ FORGIONI, op. cit., p. 339.

¹⁵⁵ Ibid., p. 339.

¹⁵⁶ LILLA, op. cit., p. 306-318.

¹⁵⁷ BRANCHER, op. cit., p. 239.

A. Perigo de restrição inconstitucional dos direitos pelo CADE

Os direitos de propriedade intelectual têm como objetivo primordial fomentar a inovação, conferindo proteção contra concorrência desleal. Desse modo, esses incentivos gerados pela proteção dos direitos de propriedade intelectual resultaram em mais inovação e, no longo prazo, mais concorrência (e, portanto, aumento do bem-estar). Por sua vez, o direito antitruste também tem como o objetivo a promoção do bem estar e, indiretamente, da inovação por meio da prevenção e repressão ao poder econômico.

Como bem apontado por Maristela Basso¹⁵⁸, não se pode presumir que as normas de direito de propriedade intelectual sejam simplesmente afastadas ou limitadas em prol das regras concorrenciais. Existem diversas hipóteses em que os direitos de propriedade intelectual conferem proteção aos seus titulares contra práticas oportunistas adotadas pelos seus concorrentes. A política antitruste não conferiria tal proteção já que não se digna a tutelar lides privadas entre concorrentes, mas tão somente questões ou condutas que possam gerar efeitos sobre o grau de concorrência de um mercado relevante.

De fato, a fragilização, limitação ou a ausência de direitos de propriedade intelectual configuraria em significativo desincentivo por três razões principais. Primeiro, os direitos de propriedade intelectual oferecem incentivos para a manutenção de atividades criadoras e inovadoras por parte dos agentes econômicos tendo em vista que limitam e evitam os efeitos do carona. Segundo, os direitos de propriedade intelectual implicam na disseminação da inovação. Sem a proteção dos direitos de propriedade intelectual, os criadores e autores seriam incentivados a manter suas invenções em segredo a fim de evitar que terceiros se apropriem indevidamente delas. Terceiro, a ausência de direitos de propriedade intelectual refletiria em maior restrição aos efeitos benéficos decorrentes de contratos de licenciamento e transferência de tecnologias. Em suma, a ausência de proteção não só limitaria novas criações e invenções como limitaria a comercialização e a utilização das criações e invenções já existentes.

Por sua vez, os direitos de propriedade intelectual tampouco têm como objeto garantir o funcionamento dos mercados, mediante a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico.

¹⁵⁸ BASSO, Maristela. Análise dos Direitos de Propriedade Intelectual sob a Perspectiva do Direito Antitruste: especial referência as marcas. In: *Revista do IBRAC – Instituto da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, 2019, volume 16/2019, p. 75-100.

Fernando Schuartz explicou que inovações resultam em progresso técnico e na geração de eficiências dinâmicas. Essas, por sua vez, resultam em crescimento econômico. Além disso, as características do ordenamento jurídico, em especial a aplicabilidade dos direitos de propriedade intelectual e o grau de intervenção das autoridades de defesa da concorrência sobre tais direitos estariam diretamente associados ao grau de “apropriabilidade” dos benefícios associados à inovação pelo agente econômico inovador¹⁵⁹.

Desse modo, a visão adequada é que se promova um equilíbrio entre as duas políticas. Ambas as políticas tem funções específicas e complementares.

¹⁵⁹ SCHUARTZ, Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 996.

PARTE II – EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAIS

Na Parte I da presente dissertação, nosso estudo levou a clara conclusão de que é legítima a intervenção das autoridades de defesa da concorrência no âmbito do controle de condutas de eventuais condutas praticadas por agentes econômicos envolvendo direitos de propriedade intelectual que possam resultar em prejuízos – ainda que potenciais – a concorrência.

Não obstante isso, restou claro a importância de cautela por parte das autoridades, uma vez que sua intervenção excessiva poderia gerar graves prejuízos a concorrência dinâmica nos mercados, tendo em vista que os direitos de propriedade intelectual são instrumentos relevantes para a repressão à concorrência desleal e para a manutenção de rivalidade nos mercados.

Na Parte II, nos propomos a tentar responder: como determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual?

Em prol desse objetivo, no Capítulo IV, analisaremos quais são os critérios adotados pelo direito antitruste para configuração de abuso de direito e, estudaremos os critérios adotados pelo CADE para a distinção entre exercício e abuso do direito de petição.

No Capítulo V, apresentaremos considerações sobre as principais condutas atualmente discutidas pela doutrina.

No Capítulo VI, apresentaremos estudos de casos relativos a julgados envolvendo controle de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual nos Estados Unidos, na Comissão Europeia e no Brasil, buscando identificar as condições que levaram as autoridades a concluir pela configuração de infração à ordem econômica.

No Capítulo VII, buscaremos sistematizar as condições para determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual pelas autoridades de defesa da concorrência.

CAPÍTULO IV CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE

Neste ponto, cabe questionar: existe diferença entre a análise de casos de abuso de poder econômico e casos de abusos de poder econômico decorrentes do exercício de direitos regulados infraconstitucionalmente? Será que a análise dos efeitos líquidos mediante a aplicação da regra da razão é suficiente para diferenciar os casos de exercício e de abuso de direitos para fins configuração de ilícito antitruste? É o efeito líquido negativo suficiente para caracterizar o exercício de determinado direito como abusivo?

É o que passamos a analisar nesse capítulo.

§ 1º Abuso de dominância

Conforme já discutido no Capítulo I, é correto concluir que determinadas condutas permitidas para agentes econômicos sem posição dominante são proibidas para agentes que detenham posição dominante à medida que tais condutas podem configurar condutas unilaterais. De fato, a análise da jurisprudência do CADE revela vários exemplos dessa situação.

A princípio, toda a empresa pode adquirir mais insumo e destruí-lo se não utilizá-lo.

De modo similar, a princípio, todo agente econômico pode lançar um programa de fidelidade para incentivar que terceiros adquiram seus produtos.

Outrossim, a princípio, todo agente econômico pode se recusar a fornecer insumo se o cliente não concordar com o preço cobrado.

No entanto, se agentes econômicos que detêm posição dominante fizerem isso, eles poderão ser punidos por infração à ordem econômica caso essa conduta tenha um potencial lesivo à concorrência. De fato, foi o que ocorreu com a White Martins¹⁶⁰, Companhia de

¹⁶⁰ CADE. Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, decidido pelo Tribunal do CADE em 26 de junho de 2002. Representante: Messer Griechem do Brasil Ltda. Representada: S.A. White Martins.

Bebidas das Américas (AMBEV)¹⁶¹ e Intercement (anteriormente denominada de Camargo Correa Cimentos)¹⁶².

Nesses casos, as autoridades entenderam que as referidas empresas abusaram de sua liberdade econômica, concedida pelo ordenamento jurídico.

Sergio Bruna apresentou uma definição de abuso de poder econômico ligada à função social da empresa. Para o autor, do ponto de vista da aplicação da política antitruste, a função social da propriedade é vinculada a função social da empresa, que deve contribuir para o desenvolvimento econômico.

A atividade é abusiva porque contrária a sua função social, mas a contrariedade verifica-se especificamente no campo das liberdades de iniciativa e de concorrência. (...) Sobre o prisma concorrencial, o desvio de poder econômico dessa sua *função* contrária o desenvolvimento, pois impede a correta alocação de recursos econômicos na atividade produtiva, contrariando ainda a justiça social, na medida em que subverte os critérios de distribuição de renda¹⁶³.

A vasta maioria dos casos relativos a infrações envolvendo direitos de propriedade intelectual são casos de abuso de dominância, razão pela qual passamos a analisar os diferentes tipos de abuso de dominância e as metodologias adotadas para aferição de abuso.

A. Diferentes tipos de abuso e metodologias adotadas para aferição de abuso de dominância

É possível classificar condutas abusivas em dois grupos principais, a saber, (a) abuso exploratório; e (b) abuso exclusionário.

Um abuso exploratório refere-se uma conduta mediante a qual o detentor de posição dominante abusa de sua posição para explorar seus clientes.

Por sua vez, um abuso exclusionário refere-se à conduta que tem como objetivo excluir concorrentes e/ou impedir a entrada de novos concorrentes. Existem autores que afirmam que há um terceiro tipo de abuso, qual seja, abuso de represália. O abuso de represália é destinado a um determinado agente econômico e tem como objetivo discipliná-lo

¹⁶¹ CADE. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 decidido pelo Tribunal do CADE em 22 de julho de 2009 pela condenação. Representante: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

¹⁶² CADE. Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22 decidido pelo Tribunal do CADE em 24 de junho de 2015. Representante: Empresa de Cimento Liz S.A.. Representada: Camargo Correa Cimentos S.A..

¹⁶³ BRUNA, op. cit., p. 104-105.

ou puni-lo¹⁶⁴. No entanto, no nosso entendimento, abusos de represália constituem uma subcategoria de abusos exclusionários, tendo em vista que, via de regra, eles resultam na exclusão de concorrentes do mercado.

Nos casos relativos a supostos abusos exclusionários, em diversas decisões, as autoridades tem como objetivo distinguir condutas anticompetitivas e condutas substancialmente competitivas (adoção de comportamentos competitivos ou adoção de “*condutas de mérito competitivo*”). Isso porque os agentes econômicos que detêm posição dominante não podem ser impedidos de adotar comportamentos concorrencialmente agressivos para conquistar participação de mercado. Desse modo, a exclusão de concorrentes por um agente econômico que detém posição dominante não é sancionado (e, tampouco, deveria ser) desde que sua conduta seja pautada na concorrência.

Jones e Sufrin indicam que a distinção entre condutas abusivas exploratórias e exclusionárias tem se tornado cada vez menos clara na Comissão Europeia, tendo em vista o ênfase conferido pelas autoridades em suas decisões ao bem-estar do consumidor¹⁶⁵.

Além disso, também é possível classificar as condutas abusivas em dois grupos: (a) condutas relacionadas à precificação; e (b) condutas não relacionadas à precificação¹⁶⁶.

No primeiro grupo referente a condutas abusivas relacionadas à precificação, incluem-se a imposição de preços excessivos; (b) cobrança de preços predatórios; (c) discriminação de preços; e (d) aperto de margem.

No segundo grupo referente a condutas abusivas não relacionadas à precificação, incluem-se as seguintes condutas: (a) acordos de exclusividade; (b) venda casada; (c) recusa de fornecer ou contratar; e outras condutas de menor importância.

Além disso, Jones e Sufrin explicam os cinco testes diferentes já utilizados pela Comissão Europeia em casos de abuso e que são defendidos pelos economistas:

- a) **Teste de comparação com um concorrente tão eficiente como o agente econômico dominante:** pressupõe-se hipoteticamente que existe um concorrente tão eficiente quanto à empresa dominante no mercado. Esse concorrente teria uma estrutura de custos igual à empresa dominante. Caso a

¹⁶⁴ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. 4ª edição, Oxford, 2011, p. 364.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 365.

¹⁶⁶ WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*, 7ª edição, Oxford, 2011, p. 796-797.

conduta adotada pela empresa com posição dominante tivesse o potencial de excluir essa empresa hipoteticamente igualmente eficiente, essa conduta deve ser considerada abusiva. Isso porque a conduta adotada pela empresa dominante não só seria capaz de excluir concorrentes menos eficientes como também concorrentes igualmente eficientes a empresa dominante.

- b) **Teste de sacrifício de lucros:** examina-se se o agente econômico detentor de posição dominante suportou uma perda de lucros em situações em que somente seria racional fazê-lo se o agente econômico estivesse tentando excluir concorrentes. O exemplo mais tradicional é a adoção da prática de preços predatórios, no qual o agente econômico adota a estratégia de praticar preços abaixo dos custos para excluir concorrentes do mercado.
- c) **Teste de racionalidade da conduta:** O teste relacionado à falta de racionalidade econômica é similar ao teste relativo ao sacrifício de lucros, mas é mais abrangente. Ele parte do pressuposto que todo agente econômico é racional e toma decisões após considerar os custos e efeitos prováveis de suas condutas. Desse modo, na ausência de justificativa para as condutas adotadas por um agente econômico, é possível concluir que sua conduta seria abusiva e teria como objetivo excluir concorrentes ou limitar a concorrência nos mercados que domina. Esse teste é frequentemente utilizado pelas autoridades.
- d) **Teste de aferição de efeitos no bem-estar do consumidor:** averigua os efeitos positivos e negativos da conduta adotada pelo agente econômico dominante no bem-estar do consumidor a fim de determinar o efeito líquido da conduta. Na prática, trata-se de teste de difícil aplicação.
- e) **Teste de aferição de eficiência específica da conduta:** examina-se o detentor de posição dominante aprimorou a sua própria eficiência devido à conduta sob investigação ou se a conduta investigada prejudicou a eficiência de um competidor. Toda a conduta que aprimore a eficiência do agente econômico detentor de posição dominante sem piorar a eficiência de um competidor é admitida como lícita. E, toda a conduta que prejudique a eficiência de um concorrente é considerada como abusiva.

B. Perigo de que as autoridades incorram em erros do tipo I

A adoção de uma metodologia adequada para distinguir exercício regular de abusivo é de suma importância.

Afinal, caso as autoridades de defesa da concorrência façam uma análise incorreta, isso provavelmente resultará em dois cenários: (a) *over-enforcement* - decisões que aplicam sanções a agentes econômicos que adotaram condutas pro-competitivas como se tivessem violado a política antitruste (erro do tipo I – tipo falso positivo); e (b) *under-enforcement* - decisões que não responsabilizam os agentes econômicos por infrações que cometeram (erro do tipo II – tipo falso negativo)¹⁶⁷. Desse modo, os objetivos da política antitruste não serão plenamente alcançados.

Neste ponto, cabe resgatar o alerta feito por Schuartz:

“(…) Se o direito de defesa da concorrência deve ser usado não para subverter, mas para promover a competição, então é necessário que os agentes não sejam dissuadidos de competir agressivamente uns contra os outros, seja por não terem como prever, com um mínimo de certeza, como as autoridades julgarão as suas condutas e estratégias, seja ainda por termos de que as suas condutas venham a ser *equivocadamente* consideradas ilícitas pelas autoridades”¹⁶⁸.

Aliás, nesse ponto, cabe notar que, conforme apontou Schuartz, a “*calibragem entre os riscos Tipo I e Tipo II*” ocorreu por meio de uma “*definição negativa das condições necessárias para a caracterização do ilícito*”. O autor explica que as autoridades procuram aferir se é possível ou não aferir, por meio de argumentos econômicos, que a conduta adotada pelo agente econômico investigada pode ser explicada com base em um propósito lícito e independente da produção de efeitos anticompetitivos. Desse modo, as autoridades investigam se a conduta adotada pelo agente econômico pode ser considerada como uma conduta racional que busca algum tipo de ganho eficiência ou estratégia comercial (não relacionada ao ilícito investigado). Desse modo, no caso de investigação de uma conduta de exercício abusivo de direito, a autoridade buscaria identificar se a conduta adotada é “*economicamente irracional para o agente que a adota, salvo em razão de seu efeito negativo para a concorrência*”¹⁶⁹.

Jones e Sufrin entendem que nos casos de investigação de abuso de dominância os erros do tipo I são mais prováveis. Elas sintetizam bem os perigos que as autoridades de defesa da concorrência devem lidar em casos de abuso de posição dominante:

¹⁶⁷ JONES; SUFRIN, op. cit., p. 261.

¹⁶⁸ SCHUARTZ, op. cit., p. 996, grifos no original.

¹⁶⁹ Ibid, p. 886-887.

Proteger concorrentes, por si só, pode resultar em prejuízo para os consumidores por penalizar uma conduta pró-competitiva eficiente. Mesmo proteger os concorrentes com o objetivo de proteger a concorrência tem sido feito, muitas vezes, sem uma análise suficiente do impacto real sobre os consumidores. Argumenta-se que existe o perigo de muitos erros “falsos positivos”, ou seja, excesso de penalização, o que resfria a concorrência e prejudica os consumidores¹⁷⁰.

Além disso, as autoras também alertam que a falta de critérios claros para configuração de abuso e a ampliação do conceito de abuso pode levar a uma situação em que, na prática, a detenção de posição dominante seja considerada ilegal.

Tal situação é claramente não almejada pelo legislador já que a Lei 12.529/11 prevê no artigo 36, §1º que a conquista de mercado não é punível.

No mesmo sentido, Schuartz apontou que as investigações mais sensíveis a erros do Tipo I são aquelas relacionadas a condutas unilaterais envolvendo inovação por três razões principais, a saber, (a) é necessária a compatibilização da política antitruste com a de defesa da propriedade intelectual de modo que se admita a busca de lucros extraordinários por meio da geração de inovações é quase sempre lícita; (b) as autoridades de defesa da concorrência devem considerar não só os custos diretos associados a sua decisão, mas também os relacionados aos efeitos de sinalização da decisão para os agentes econômicos que investem em inovação; e (c) a probabilidade de decisões condenatórias equivocadas “não é pequena” tendo em vista não só a quantidade de casos como a complexidade da decisão¹⁷¹.

Neste ponto, Schuartz ressaltou que, nos casos relacionados a condutas unilaterais, não basta a análise de potencial de geração de eventual efeito líquido negativo, mas também é necessária a análise sobre a racionalidade do comportamento do agente econômico. Ocorre que essa análise sobre a racionalidade da conduta é feita *a posteriori*, o que, por vezes, resulta na inexistência de elementos probatórios aptos a demonstrar a racionalidade da conduta no momento em que o agente econômico decidiu adotá-la¹⁷².

¹⁷⁰ Tradução livre do original em inglês: “1. Article 102 is a powerful regulatory tool. However, its application has suffered a lot from a lack of proper theoretical framework and from confused policy goals. Protecting competitors for their own sake can lead to consumer detriment by penalizing efficient pro-competitive conduct. Even protecting competitors in order to protect competition has often been done without sufficient analysis of the real impact on consumers. It is argued that there is a danger of too many “false positives” errors, i.e., over-enforcement which chills competition and harms consumers.” Ibid., p. 281.

¹⁷¹ SCHUARTZ, op. cit, p. 998-1000.

¹⁷² Ibid, p. 1000-1001.

§ 2º Distinção entre abuso de direito e abuso de dominância

Marcus Elidus Michelli de Almeida aponta que parte da doutrina brasileira entende que o abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro seria um “ato ilícito *“suis generis”*”. Para Almeida, o ordenamento jurídico brasileiro enfrenta o abuso de direito tanto conforme disposto pelo artigo 187 do Código Civil¹⁷³, o qual prevê que é ilícito o ato praticado pelo titular que excede manifestamente os limites do seu direito, como conforme o artigo 188¹⁷⁴, segundo o qual há ato abusivo o exercício irregular de um direito¹⁷⁵.

Almeida entende que o abuso de direito é caracterizado por um comportamento aparentemente lícito de alguém que, ao exercer o direito, “*pode vir a causar dano a outrem e razão de contraria, de forma manifesta, o espírito do instituto*”¹⁷⁶.

Denis Barbosa elenca três hipóteses de abuso de direitos de propriedade intelectual, a saber, (a) abuso por excesso de poder jurídico; (ii) abuso por desvio tecnológico; e (iii) abuso de poder econômico¹⁷⁷.

O abuso por excesso de poder jurídico caracteriza-se pelo exercício de um direito fora dos limites do poder jurídico. Barbosa exemplifica o conceito de abuso descrevendo hipótese em determinada patente confere exclusividade para determinado número de atos, e o titular da patente tenta impor a terceiros restrições as quais não faz jus. Em resumo, tem-se uma hipótese em que titular que desempenha uma atividade que envolve uma patente, mas fora do escopo da concessão, o que configura abuso de patente. O autor lista alguns exemplos clássicos de abuso de patentes como: (i) prática de licenças ou vendas casadas; (ii) a imposição de *royalties* além ou depois da expiração da patente; (iii) cobrança de *royalties* discriminatórios ou excessivos; (iv) recusa de licença; (v) açambarcamento de patentes; entre outros¹⁷⁸.

¹⁷³ Ele dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Grifos nossos.

¹⁷⁴ Art. 188. *Não constituem atos ilícitos:*

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. (Grifamos)

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso de Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 89.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 207.

¹⁷⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual e poder econômico*, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/15.doc>, 2002, acesso em 20 out de 2018, p. 5-7.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 5-7.

Por sua vez, segundo o autor, outra hipótese de abuso refere-se ao abuso por desvio teológico. O objetivo dos direitos de propriedade intelectual é a promoção da inovação e do desenvolvimento tecnológico do país. Desse modo, para Barbosa, a restrição resultante da patente se sujeita a parâmetros de uso que não excedam o estritamente necessário para sua finalidade imediata, qual seja, o estímulo eficaz, porém moderado e razoável ao inventor¹⁷⁹.

Por fim, Barbosa enumera também o abuso de poder econômico envolvendo direitos de propriedade intelectual. Barbosa aponta que dentro da regra geral de que a propriedade deve cumprir sua função social, a plena manutenção do direito de exclusividade conferidos pelos direitos de propriedade intelectual pressupõe que o titular não abuse de sua posição jurídica em desfavor da concorrência¹⁸⁰.

Conforme ensina Ana Frazão, uma forma de analisar a configuração do abuso da posição dominante também derivaria do artigo 187 do Código Civil¹⁸¹. Desse modo, a configuração de abuso dependeria da demonstração que o exercício do direito: (a) excedeu os limites impostos por seu fim econômico ou social; (b) pela boa-fé; ou (c) pelos bons costumes. No entanto, não é suficiente demonstrar que houve abuso de direito para que reste configurada uma infração à ordem econômica. Como vimos, para que um abuso de direito também configure uma infração à ordem econômica é necessário também que se demonstre que o abuso tinha como objetivo afetar negativamente a livre-concorrência ou o potencial de fazê-lo¹⁸².

No mesmo sentido, Paulo Brancher destaca que os requisitos para configuração de abuso de direito e abuso de poder econômico são distintos. O abuso de direito configura-se pela comprovação da prática de ato por detentor de direito que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos costumes. Por sua vez, para a configuração de infração antitruste, é necessário que se demonstre que (i) o agente infrator detém poder de mercado; e (ii) que o ato tenha ao menos o potencial de gerar efeitos negativos não compensados por eficiências¹⁸³.

¹⁷⁹ Ibid., p. 5-7.

¹⁸⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual e poder econômico*, disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/15.doc>, 2002, acesso em 20 out de 2018, p. 5-7.

¹⁸¹ Ele dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Grifos nossos.

¹⁸² FRAZÃO, op. cit., p. 270.

¹⁸³ BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual. Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Ed. Singular, 2010, p. 180.

Desse modo, mesmo que um agente que detenha direitos de propriedade intelectual tente aumentar ilicitamente o escopo da proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual ou cometa outra forma de abuso, tal prática não configurará necessariamente uma infração à ordem econômica. Isso porque, conforme detalhado no Capítulo II, seria um erro presumir que o detentor de direito de propriedade intelectual detém poder econômico. Desse modo, é correto afirmar que o exercício abusivo de direito de propriedade intelectual somente poderá configurar infração à ordem econômica se tiver o potencial de afetar direta ou indiretamente o mercado.

Vê-se, portanto, que se um agente econômico (a) exercer abusivamente um direito (ou seja, em desconformidade com a sua função); e (b) detiver poder econômico, restará caracterizada uma infração à ordem econômica. No entanto, a implementação de tal raciocínio em casos práticos não é tão simples quanto essa sistematização pode aparecer, conforme a doutrina consolidada:

“Atualmente, um dos mais tormentosos aspectos do antitruste reside na sua interface com a propriedade intelectual, ou seja, em que medida os direitos sobre bens imateriais devem sujeitar-se às regras que visam à proteção de um mercado saudável e competitivo”¹⁸⁴.

“A dificuldade se revela em determinar o que configura exercício legítimo da proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual do seu uso abusivo, que pode ser entendido como um desvio das finalidades sociais e econômicas da proteção concedida”¹⁸⁵.

“Pela sua natureza restritiva e excludente, não se pode descartar que os agentes de mercado utilizem de forma abusiva os direitos de propriedade intelectual de modo a prejudicar a concorrência. Nesse aspecto, é um desafio determinar até que ponto o exercício desses direitos é legítimo e a partir de que momento ele passa a ser um ilícito concorrencial.”¹⁸⁶

§ 3º Hipóteses em que o exercício abusivo de um direito pode configurar uma infração à ordem econômica

¹⁸⁴ FORGIONI, op. cit., p. 324.

¹⁸⁵ ASTORGA, Andrea, JUNQUEIRA, Carla, MATTOS, UBIRATAN. A Interface entre o Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual: o Direcionamento do CADE com o advento da Lei n. 12.529/11. In: 5 Anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro, 2007, p. 371.

¹⁸⁶ LILLA, op. cit., p.264.

Buscamos identificar outras hipóteses em que o CADE discutiu os limites do exercício de um direito previsto em Lei para verificar se (a) o CADE preocupou-se em distinguir o exercício regular do abusivo; e (b) qual a metodologia de análise utilizada pelo CADE.

Identificamos que o estudo do tratamento conferido pelo CADE a casos de abuso de direito de petição poderiam contribuir para a presente discussão. Isso porque o direito de petição, assim como o direito de proteção à inovação goza de proteção constitucional e, por que, o CADE enfrentou em alguns casos o desafio de estabelecer quando o exercício abusivo de um direito poderia configurar uma infração à ordem econômica.

Não há dúvida de que, também entre nós, o direito de petição goza de proteção constitucional: o art. 5º, XXXIC, a, da Constituição assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Certo é também que, em doutrina, caracteriza-se o direito de petição como “prerrogativa democrática” e como “instrumento político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral”, desvinculando-se seu exercício “da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário”. Não é menos certo, contudo, que o direito de petição, como qualquer direito, não se exerce em abstrato, cabendo repetir a pergunta: em quais circunstâncias seu exercício abusivo pode configurar infração à ordem econômica?¹⁸⁷

A. Estudo da jurisprudência relativa a abuso de direito de petição

A Constituição Federal, conforme previsto no art. 5º, XXXIC, a, assegura a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Outrossim, o artigo 5º, XXXV também dispõe que a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Por sua vez, as autoridades de defesa da concorrência tem o dever de dar concreção ao disposto pelo artigo 173, § 4º da Constituição Federal que prevê o combate ao abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Resta caracterizada, portanto, uma situação de conflito. No caso Seva/Siemens, o então Presidente do CADE Arthur Badin fez clara menção a esse conflito de princípios:

Quando o direito de ação estiver em conflito com outros direitos, o aplicador deve sopesá-los a fim de maximizar a incidência de todos eles. É preciso

¹⁸⁷ CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Conselheiro Ricardo Cueva. Voto emitido pelo Conselheiro Ricardo Cueva, fls. 322.

compatibilizar o direito de ação e o da livre concorrência (CF, art. 170, inc. IV). Quando uma empresa se vê obrigada, de forma infundada, a investir seus recursos para se defender judicialmente ou administrativamente, quem sai perdendo são os consumidores e, ao final, a sociedade como um todo, que se vê privada de melhores produtos e preços pela ausência de competição no mercado¹⁸⁸.

Em artigo recente, afirmamos que mediante levantamento feito na base de dados do CADE¹⁸⁹, identificamos que o Tribunal do CADE emitiu decisões terminativas¹⁹⁰ em doze casos nos quais se discutiu se houve caracterização de infração à ordem econômica decorrente de abuso de direito de petição¹⁹¹.

Tabela 1 - Casos selecionados em que o CADE discutiu abuso de direito de petição

<u>Casos</u>	<u>Data de Julgamento (dd/mm/aaaa)</u>	<u>Configuração de infração</u>
Baterias Moura ¹⁹²	04/09/2007	Não.
Perfis de alumínio ¹⁹³	30/04/2010	Não.
Seva/Siemens ¹⁹⁴	18/06/2010	Não ¹⁹⁵
Box 3/Shop Tour ¹⁹⁶	15/12/2010	Sim.
Empresa Valadarense de Transportes Coletivos ¹⁹⁷	27/07/2011	Não.
ABIOPTICA ¹⁹⁸	30/04/2014	Não.
Amitech/Saint Gobain ¹⁹⁹	18/07/2014	Não.
Sulpetro ²⁰⁰	1º/10/2014	Não.

¹⁸⁸ CADE, Voto emitido pelo Presidente Arthur Badin, fls. 4027.

¹⁸⁹ Foi realizada pesquisa com as palavras chaves: “sham litigation” e “abuso de direito de petição” no SEI!

¹⁹⁰ Consideramos como decisões terminativas: (i) decisão de arquivamento de averiguação preliminar; (ii) decisão de arquivamento de processo administrativo; (iii) decisão de aplicar penalidade por violação à ordem econômica; e (iv) homologação de termo de compromisso de cessação. Não consideramos as decisões do Tribunal de instaurar processos administrativos como decisões terminativas. Desse modo, o presente levantamento não considera casos em trâmite no conselho, tais como UBER (Processo Administrativo 08700.006964/2015-71).

¹⁹¹ ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Caracterização de abuso de direito de petição como conduta anticoncorrencial: análise das decisões recentes do Tribunal do CADE. In, *Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas*, Ed. Prismas, 2018, p. 244-254.

¹⁹² CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72.

¹⁹³ CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50.

¹⁹⁴ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51.

¹⁹⁵ As representadas foram sancionadas não por *sham litigation*, mas sim pela prática outra conduta ilícita, qual seja, convite a cartelização.

¹⁹⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40.

¹⁹⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08012.005610/2000-81.

¹⁹⁸ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11.

¹⁹⁹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15.

Bann/Dystar ²⁰¹	07/10/2014	Não.
Pro-Genéricos/Eli Lilly ²⁰²	03/07/2015	Sim.
Nova Atenas/Ediouro ²⁰³	27/07/2016	Celebração de termo de compromisso de cessação ²⁰⁴
Pró-Genéricos/Lundbeck ²⁰⁵	03/10/2018	Não.

Fonte: Reprodução do artigo, com a inclusão do caso Pro-Genéricos/Lundbeck²⁰⁶.

Após a análise dos julgados, identificamos, pelo menos, dois critérios discutidos pelo Tribunal de CADE para caracterização da conduta de abuso do direito de petição: (a) critérios inspirados na jurisprudência dos Estados Unidos; e (b) descumprimento de obrigações de conteúdo ou de dever de diligência: omissão de informações relevantes ou apresentação fraudulenta de informações.

(a) adoção de critérios inspirados na jurisprudência dos Estados Unidos

A jurisprudência norte-americana contempla a utilização dos seguintes testes para aferir se há abuso de petição com efeitos concorrenciais: (a) teste PRE²⁰⁷; e (b) teste POSCO²⁰⁸.

Em apertada síntese, o teste PRE é composto de duas etapas: (i) verificação da propositura de ações desprovidas de fundamento jurídico razoável (descabimento da ação judicial); e (ii) verificação da intenção da autora de agir estrategicamente e afetar os negócios de um concorrente.

O teste POSCO faz uma crítica ao teste PRE afirmando que ele não poderia ser aplicado a casos envolvendo ações judiciais múltiplas não eram bem sucedidas. Isso porque se uma ação judicial fosse bem sucedida, não seria possível condenar a empresa investigada alegando que todas as ações movidas eram destituídas de base legal. Desse modo, o teste

²⁰⁰ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010075/2005-94

²⁰¹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08.

²⁰² CADE, Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91.

²⁰³ CADE, Processo Administrativo nº 08012.005335/2002-67

²⁰⁴ CADE, Voto emitido pelo Conselheiro Paulo Burnier,

²⁰⁵ CADE, Processo Administrativo nº 08012.006377/2010-25.

²⁰⁶ ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Caracterização de abuso de direito de petição como conduta anticoncorrencial: análise das decisões recentes do Tribunal do CADE. In, *Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas*, Ed. Prismas, 2018, p. 249.

²⁰⁷ O teste PRE remete a decisão emitida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Professional Real Estate Investor Inc. et al. V. Columbia Pictures Industries Inc., et al.*, 508 U.S. 49 (1993), p. 65.

²⁰⁸ O teste POSCO remete a decisão emitida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *USS-POSCO Industries v. Contra Costa Building & Construction Trade Council* 508 U.S. 49 (1993), p. 65

POSCO flexibiliza o primeiro critério, de modo que ainda que algumas dessas ações sejam bem-sucedidas, caracteriza-se *sham litigation*, quando houver provas da adoção de uma estratégia de ingressar com ações judiciais sem preocupação com a sua razoabilidade e com o propósito de prejudicar seu concorrente.

Identificamos menções ao teste PRE como fundamento para decisão do Tribunal do CADE nos casos Baterias Moura, Seva/Siemens, Box 3/Shop Tour, Amitech/Saint Gobain e Pró-Genéricos/Lundbeck. Além disso, no caso Bann/Dystar, embora não haja menção expressa aos critérios do teste PRE, o voto da ex- Conselheira Ana Frazão menciona os critérios propostos pelo ex - Conselheiro Cueva no caso Baterias Moura²⁰⁹. No caso Pró-Genéricos/Lundbeck, há menção expressa ao teste POSCO.

No entanto, há de se destacar que o Conselheiro Gilvandro defendeu tanto no caso Sulpetro²¹⁰ como no caso Pro-Genéricos/Eli Lilly²¹¹ que o CADE é incompetente para analisar a plausibilidade de sucesso de uma ação judicial.

(b) descumprimento de obrigações de conteúdo ou de dever de diligência: omissão de informações relevantes ou apresentação fraudulenta de informações.

No caso Pro-Genéricos/Eli Lilly, a Eli Lilly alegou que a caracterização de infração à ordem econômica decorrente de abuso de direito de petição dependeria do atendimento das condições elencados no teste PRE ou no teste POSCO. No entanto, tal argumento não foi acolhido pelo Tribunal do CADE que entendeu que restará caracterizado a prática caso haja falsidade (seja pela apresentação de informações falsas como pela omissão de informações relevantes). Desse modo, a decisão do Tribunal que teve como base o voto-vista emitido pelo Conselheiro Gilvandro Araujo, decidiu que a configuração de *sham litigation* ocorrerá se: (i) empresa dominante apresentar manifestação que contenha falsidade; e (ii) referida manifestação tenha a potencialidade de gerar efeitos lesivos à concorrência de acordo com a regra da razão.

De todo modo, a análise das decisões relativas a abuso de direito de petição deixam claro que o CADE não adota somente aquela metodologia composta pelas etapas de aferição de (a) materialidade da prática a investigada; (b) posição de dominante pelo agente econômico investigado; e (c) efeito líquido potencial da prática sobre a concorrência. Essa é a segunda fase da análise.

²⁰⁹ CADE, Voto emitido pela Conselheira Ana Frazão, fls. 6765.

²¹⁰ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010075/2005-94, fls 1182.

²¹¹ CADE, Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91.

Existe, antes, a necessidade de realizar uma primeira etapa que visa distinguir se houve apenas exercício regular de direito de petição pelo agente econômico que detém posição dominante ou se houve abuso.

A mesma análise foi realizada pela Conselheira Pró-genéricos/Lundbeck pela Pollyana Villanova.

Em síntese, do exposto, em relação aos casos em que o CADE apurou supostos abusos de direito de petição concluímos que:

- a) Em nenhum caso, o CADE aferiu a ilicitude da prática somente mediante a análise dos efeitos líquidos do exercício da prática investigada sobre a concorrência.
- b) Primeiro, o CADE recorreu a critérios para aferir se era possível afirmar que o exercício do direito era abusivo. Para isso, ele recorreu aos testes PRE e POSCO ou a identificação de prática de falsidade pela empresa que poderia ser verificada objetivamente.
- c) Após isso, caso concluísse que houve abusividade no exercício do direito de petição, o CADE passou a analisar, mediante a regra da razão, os efeitos líquidos do exercício da prática investigada sobre a concorrência.

Resta claro, portanto, que a mera análise dos efeitos do exercício de direito de petição não foram considerados suficientes para caracterizar infração à ordem econômica.

Passamos a analisar se esta análise é realizada em relação aos direitos de propriedade intelectual.

CAPITULO V CONDUCTAS ANTICONCORRENCIAIS ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL ELENCADAS PELA DOUTRINA

O objetivo deste capítulo é identificar as principais hipóteses de infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual atualmente debatidas pela doutrina.

Desde já, cabe ressaltar que esse Capítulo não se propõe a identificar todas as infrações concorrenciais possíveis envolvendo direitos de propriedade intelectual, mas apenas as principais discutidas pela doutrina analisada. Isso porque, conforme discutido no Capítulo IV, as legislações de defesa da concorrência geralmente preveem uma tipologia aberta para que se possa combater as infrações concorrenciais uma vez que elas se referem a relações econômicas de modo que elas se alteram conforme a alteração das práticas comerciais, econômicas e tecnológicas.

De início, para facilitar a compreensão e análise de um amplo universo de condutas possíveis, utilizaremos a classificação adotada pelo CADE, em outubro de 2016, em uma mesa redonda sobre a interface entre os objetivos da política de defesa da concorrência e da propriedade intelectual:

CADE geralmente reconhece que o exercício de direitos de propriedade intelectual são compatíveis com a lei de defesa da concorrência, exceto quando há fraude ou abuso no procedimento de registro desses direitos, se uma empresa busca a execução de falsos direitos de propriedade intelectual com intenções anticompetitivas, ou se houver abuso no próprio exercício de direitos de propriedade intelectual, como foi discutido nos últimos casos apresentados nesse artigo. A segunda situação ocorre quando o direito de propriedade intelectual se desvia do objetivo socioeconômico que justificou sua existência, de acordo com o entendimento de que os direitos de propriedade intelectual não são absolutos. De acordo com a regra da razão, os efeitos negativos da imposição de direitos de propriedade intelectual contra outras empresas não devem superar os efeitos positivos superados pela mesma conduta, uma vez que a eficiência dinâmica dos direitos de propriedade intelectual pode superar as ineficiências estáticas²¹².

²¹² Tradução livre do inglês para o português pela autora. No original: “CADE generally recognizes the use of intellectual property rights as compatible with the competition law, unless there is fraud or abuse in the register procedure of those rights, if a company seeks enforcement of fake intellectual property rights with anticompetitive intentions, or if there is an abuse in the very exercise of legitimate IP rights, as it was discussed in the last cases presented in this paper. The second situation occurs when the exercise of the IP right deviates from the social-economic objective that justified its existence, in accordance with the understanding that legitimate property rights are not absolute. According to the rule of reason, the negative effects of the imposition of IP rights against other companies should not overcome the positive effects generated by the same conduct, as the dynamic efficiencies from intellectual property rights can overcome the resulting static inefficiencies”. CADE, *Examining the interface between the objectives of competition policy and intellectual property*, 2016,

Torna-se claro que o CADE classificou ilícitos antitruste envolvendo direitos de propriedade intelectual em dois grupos, quais sejam: (a) infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual; e (b) infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

§ 1º Infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual

Este grupo engloba as hipóteses em que (i) um agente econômico obtém um direito de propriedade intelectual em inobservância a legislação aplicável; e (ii) quando um agente econômico induz terceiros a erro como tentativa de obter poder de mercado em decorrência do direito de propriedade intelectual que detém.

Primeiramente, passamos a descrever hipóteses em que um agente econômico obtém um direito de propriedade intelectual quando não deveria obtê-lo, ou seja, quando seu pedido não observa os requisitos dispostos na Lei aplicável. Ele pode obter e manter tal direito de propriedade intelectual tanto por meio de fraudes e abusos no procedimento de registro como em ações judiciais.

O relatório da OCDE intitulado “*Competition, Patents and Innovation*”²¹³ explica que a imposição de uma patente em relação a terceiros, quando ela foi obtida por meio da apresentação de informações enganosas, configura violação antitruste quando viabilizar a conquista indevida de poder de mercado. Confira-se:

At least in some jurisdictions, deceptive conduct can constitute a competition law violation even when patents are involved. In the US, for example, the Supreme Court concluded long ago that deceptive conduct involving patents could be the basis of a monopolization claim. 50 The Court held that obtaining a patent through knowing and willful misrepresentations to the patent office could support a section 2 monopolization claim when the patent was subsequently used to exclude competition. Since then, US antitrust cases that relied solely or primarily on deceptive, patent-related conduct (besides fraud on the patent office) have occurred sporadically.

Ana Frazão também lista a obtenção de patentes irregulares mediante a prática de fraudes na obtenção do registro como uma infração à ordem econômica. Para a autora, as autoridades antitruste detêm competência para intervir na concessão do registro para verificar

disponível em http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp2016c02_ccBrazil_en.pdf. Acesso em 1º de agosto de 2018, p. 11

²¹³ OCDE, *Competition, Patents and Innovation*, 2009, p. 33.

se houve violação a algum dever de informação e de diligência pelo agente econômico ou se o próprio pedido teria como objetivo excluir concorrentes.²¹⁴

No mesmo sentido, Hovenkamp ensina que configura violação à ordem econômica a imposição de um direito de propriedade intelectual para excluir um concorrente, quando (i) o titular do direito não deveria detê-lo; e (ii) as condições do mercado lhe conferem poder de mercado:

Many claims of unlawful monopolization have been based on the theory that the defendant in the antitrust suit had previously filed an IP infringement suit was improper, meaning that the patent owner knew or should have known that its patent had been obtained by fraud or was unenforceable for other reasons (...) The Supreme Court recognized such claims in Walker Process, where the antitrust defendant allegedly had obtained a patent by fraud and then filed an infringement suit in order to keep a rival out of this market.

[...] it has no right to assert exclusionary powers that it does not have, to assert rights broader than the right that it actually has, or to assert claims against those who are not trespassing on its rights. Recognizing 'Walker Process' claims does not create any conflict with IP rights, because the entire basis of the claim is that the IP "right" being asserted does not exist or is unenforceable.

When a firm asserts such right improperly and should have known better, it is very likely guilty of the tort of malicious prosecution. And when the structural conditions for monopoly are present, it may also violated antitrust laws.²¹⁵

Gavin, Baker *et all* esclarecem que se a obtenção da patente deu-se em desconformidade com os requisitos da legislação de propriedade industrial e, portanto, é ilegal, o exercício do direito de exclusividade decorrente da patente também pode ser ilegal, caso a patente seja utilizada para excluir potencial concorrentes do mercado.

[...] Where a patent in the first instance has been lawfully acquired, a patent holder should be allowed to exercise his patent's exclusionary power even after achieving commercial success; [...] Where, however, the acquisition itself is unlawful, the subsequent exercise of the ordinary lawful exclusionary power inherent in the patent would be a continuing wrong, a continuing unlawful exclusion of potential competitors.²¹⁶

Nesse ponto, cabe mencionar que a obtenção de tais direitos pode ser obtida tanto por meio de fraudes e informações enganosas como pela proposição de ações judiciais nas quais o agente econômico tenta induzir as autoridades a erro (*sham litigation*).

²¹⁴ FRAZÃO, op. cit., p p. 412.

²¹⁵ HOVENKAMP, op. cit., p. 267 - 268.

²¹⁶ GAVIL, Andrew. KOVACIC, William. BAKER, Jonathan. *Antitrust law in perspective cases, concepts and problems in competition policy*. Thomson West, 2002, p. 1117.

É comum a existência de proposição de ações judiciais e procedimentos administrativos por agentes econômicos para discutir a legalidade de direitos de propriedade intelectual no mundo todo. Decorre disso o fato de muitas dessas disputas serem resolvidas por meio da celebração de acordos entre agentes econômicos. Desse modo, tais disputas podem dar lugar a acordos de divisão de mercados entre agentes econômicos, o que certamente pode ter um efeito potencialmente lesivo à concorrência estática e dinâmica se reduzir o grau de rivalidade nos mercados relevantes.

É possível mencionar também como uma conduta passível de enquadramento nesse grupo a aquisição de patentes para não explorá-las especialmente se a aquisição estava sujeita à aprovação das autoridades de defesa da concorrência. Desse modo, a apresentação de informações enganosas a fim de viabilizar uma aquisição de patentes, também pode configurar uma infração à ordem econômica desde que a exploração do direito de propriedade adquirido tivesse o potencial de aumentar a rivalidade nos mercados relevantes afetados por ela.

Outra hipótese de infração a ordem econômica é a prática referida como *patent ambush*. É comum organizações desenvolverem padrões de tecnologia aplicáveis a determinadas indústrias. Para isso, no processo de identificação de padrões alternativos e avaliação dos referidos padrões, as organizações geralmente solicitam informações para os agentes econômicos sobre as tecnologias e os direitos de propriedade intelectual por eles detidos. Uma vez que o padrão de tecnologia foi determinado, os agentes econômicos podem exigir o pagamento de *royalties* dos licenciados que precisem da tecnologia. Desse modo, em determinados casos, os agentes econômicos omitem informações relevantes sobre direitos de propriedade intelectual ou pedidos de direitos de propriedade intelectual por eles depositados, a fim de induzir tais organizações a escolher padrões que envolvam a tecnologia por eles detidas. Verifica-se, portanto, que se trata de hipótese em que o agente econômico adota um comportamento oportunista ao “armar uma armadilha” para enganar a organização com o objetivo de que esta associação escolha um padrão mais favorável²¹⁷.

Vê-se, portanto, que a doutrina claramente defende que a imposição de um direito de propriedade intelectual obtido mediante a apresentação de informações enganosas ou de fraude para excluir concorrentes pode configurar uma infração à ordem econômica. Nesse ponto, cabe fazermos uma distinção. Enquanto a maior parte da doutrina defende que também

²¹⁷ SUNWINDER, Mann; GOMEZ, Luis. Licensing. In: *EU Competition Law*, ed. Informa Professional Academy, 2011, p. 65-66.

é necessário o potencial de que a imposição do direito gere efeitos lesivos à concorrência do mercado, alguns autores brasileiros defendem que basta a intenção de excluir um concorrente para restar configurada uma infração à ordem econômica. Tais posições decorrem claramente da estrutura dualista da legislação antitruste.

Torna-se, imperioso reconhecer que existe um entendimento doutrinário no sentido de que a imposição de um direito de propriedade intelectual para excluir concorrentes pode constituir um ilícito antitruste.

§ 2º Infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

Tratam-se das hipóteses em que os titulares de direito de propriedade intelectual legítimos exercem abusivamente seus direitos de propriedade intelectual e isso caracteriza uma infração à ordem econômica. Isso pode ocorrer em, pelo menos, duas hipóteses distintas, quais sejam: (a) quando o titular de um direito de propriedade intelectual tenta alavancar o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para um mercado ou produto em que não detém direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo; e (b) quando o titular de um direito de propriedade intelectual o utiliza para impedir o lançamento de um novo produto, as quais passamos a detalhar.

A. Tentativas de alavancar o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para um mercado, produto, ou tempo em que não detém direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo;

Conforme já discutido no presente trabalho, é inegável que direitos de propriedade intelectual, muitas vezes, não conferem qualquer poder de mercado ao seu titular. No entanto, é correto afirmar que existem hipóteses em que os direitos de propriedade intelectual conferem poder de mercado. Esse poder de mercado é considerado lícito e justificado pela escolha do legislador de conferir exclusividade ao detentor do direito de propriedade intelectual por um período limitado de tempo. Não obstante esse fato, em determinadas situações o detentor de direito de propriedade intelectual utiliza o poder de mercado propiciado pelo referido direito para obter vantagem competitiva que excede a proteção

conferida pelo direito de propriedade intelectual em questão. Sempre que tal conduta gere um efeito líquido negativo sobre o bem estar, estará sujeita à intervenção das autoridades de defesa da concorrência.

Maristela Basso afirma que o abuso de direitos de propriedade intelectual está associado a comportamento que visa sistematicamente estender os direitos de exclusividade decorrentes de suas patentes, marcas, obras autorais para além do escopo da proteção conferida²¹⁸.

É importante ressaltar que se enquadram nessa categoria a vasta maioria dos possíveis ilícitos antitruste envolvendo direitos de propriedade intelectual, conforme se passa a detalhar:

a) Condutas relacionadas a acordos de licenciamento e transferência de tecnologia

Como já discutido, o direito de excluir concorrentes é parte intrínseca do direito de propriedade intelectual. Por essa razão, é muito comum que agentes econômicos negociem o licenciamento de direitos de propriedade intelectual com seus titulares. Isso levou a doutrina e as autoridades de defesa da concorrência a debaterem profundamente a admissibilidade do ponto de vista antitruste o limite do direito dos titulares de propriedade intelectual condicionarem referido licenciamento a diversas condições.

Nessa discussão, destacaram-se debates sobre cláusulas regulando: (i) preços, (ii) exclusividade e restrições territoriais; (iii) obrigações de exclusividade e não concorrência; (iv) licenças casadas e pacotes de licenças; (v) *royalties*; (vi) *grantbacks*; e (viii) cláusulas de não impugnação, as quais se passa a descrever.

As preocupações horizontais são tipicamente associadas a quatro efeitos lesivos potenciais associados à redução de rivalidade entre agentes econômicos concorrentes, a saber, (i) aumento do risco de coordenação de preços; (ii) aumento do risco de restrições na quantidade ofertada; (iii) obtenção ou manutenção de poder de mercado; e (iv) retardamento ou restrição no desenvolvimento e lançamento de novos produtos e tecnologias²¹⁹

Por sua vez, as restrições verticais são tipicamente classificadas em 2 (duas) categorias principais, a saber, (i) restrições intramarca e (ii) restrições inter-marcas. As restrições intramarca afetam agentes econômicos que ofertam produtos da mesma marca. Tais restrições são associadas a preocupações competitivas relativas à restrição da produção e cobrança de

²¹⁸ BASSO, op. cit., p 75-100.

²¹⁹ LILLA, op. cit., p. 159

preços mais elevados. Por sua vez, as restrições inter-marcas limitam a competição entre marcas distintas. As preocupações competitivas associadas se referem à venda-casada de produtos e à exclusividade, sendo os efeitos ocasionados o aumento de preço e a perda de escolha do consumidor²²⁰.

Alguns acordos de licenciamento preveem cláusulas regulando os preços que os licenciados deverão cobrar na venda de produtos que contenham o direito de propriedade intelectual ou tecnologia licenciada. Podem se tratar de cláusulas de imposição de preço mínimo, máximo ou valor estabelecido pelo licenciador. Trata-se de prática em que o detentor da tecnologia e do direito de propriedade intelectual determina não só o valor pela licença, mas condiciona os preços a serem cobrados pelos revendedores. Note-se que, em princípio, o direito de propriedade industrial só confere ao seu titular escolhas sobre (i) licenciar ou não, e (ii) o valor da licença, mas não o de determinar o valor dos serviços que serão prestados pelo licenciado/ revendedor²²¹. A imposição de preços de revenda em contratos entre não concorrentes pode ser aceita em contratos entre agentes econômicos não-rivais se a restrição da concorrência intramarca for compensada pela concorrência inter-marcas e não gerar incentivos para a colusão. Por sua vez, a imposição de cláusulas regulando preços em acordos entre agentes econômicos rivais poderia restringir substancialmente a concorrência inter-marcas e tende a ser tratada como um ilícito *per se*²²².

Outrossim, acordos de licenciamento preveem cláusulas de exclusividade por meio da qual se restringe o direito do licenciamento de conferir licenças a terceiros. Desse modo, ao conferir uma licença exclusividade o licenciante renuncia a possibilidade de conceder licenças a outros. A exclusividade concedida pode se referir a um território específico (temporal), a determinado grupo de clientes; ou a campo de aplicação técnica. No que se refere a contratos que geram exclusividade envolvendo agentes econômicos que tem uma relação vertical, segundo Pondé *et al*, as principais preocupações das autoridades de defesa da concorrência podem ser resumidas no que se refere ao (i) aumento das barreiras à entrada; e (ii) bloqueio do mercado (*foreclosure*). O aumento artificial de barreiras à entrada ocorre quando, em decorrência de uma integração vertical, um ofertante possa limitar a capacidade de seus compradores/ vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus. Se esta possibilidade se concretizasse, o novo entrante seria obrigado a ser verticalmente integrado,

²²⁰ Baker *et al*, 2002, p. 45-49.

²²¹ SUNWINDER; GOMEZ, op. cit, p. 65-66.

²²² Ibid, p. 42-43.

produzindo e revendendo seus próprios produtos e serviços, fato que poderia gerar um aumento significativo de seus custos. O bloqueio de mercado se refere também à obtenção da capacidade de limitar a capacidade de seus compradores/vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não sejam os seus, no entanto, aplica-se, às empresas já instaladas²²³. Por sua vez, quando a exclusividade envolve agentes econômicos rivais diretos ou potenciais, ela pode resultar em facilitação de colusão.

Como apontam Sunwinder e Gomez, uma das práticas mais comuns em acordos de licenciamento são as restrições relativas ao território e a clientela na qual o licenciador e o licenciado podem ofertar produtos. Tais restrições podem ser divididas em três grupos distintos: (i) proteção territorial para o licenciador ou reserva de grupo de clientes para o licenciador em relação ao licenciado; (ii) proteção territorial para o licenciado ou reserva de grupo de clientes para o licenciado em relação ao licenciador; e (iii) proteção territorial para o licenciado ou reserva de grupo de clientes para o licenciado em relação a outros licenciados. A concessão de tal “reserva de mercado” (seja territorial ou relativa a grupo de clientes) para um licenciado tem o papel de possibilitar que ele recupere o investimento realizado. No contexto de acordos entre não concorrentes, o impacto desse tipo de restrição é primariamente na concorrência intra-marca, desse modo, se houver concorrência inter-marcas nos mercados relevantes afetados, tais restrições geralmente não ocasionam preocupações concorrenciais relevantes. Por sua vez, no contexto de acordos entre agentes econômicos concorrentes, a previsão de cláusulas de divisão de mercado ou de alocação de clientes geram preocupações concorrenciais relevantes se elas forem recíprocas já que elas podem ter o mesmo efeito prático de acordos de divisão de mercado (cartéis)²²⁴.

Outra previsão contratual presente em acordos de licenciamento de tecnologia debatida pela doutrina é a imposição de cláusulas de não concorrência que impeçam o licenciado de explorar tecnologias concorrentes de terceiros. Tais cláusulas geralmente não suscitam problemas concorrenciais. No entanto, se tal restrição incluir uma limitação do direito de as partes de explorarem sua própria tecnologia ou de investirem em P&D, ela poderá suscitar preocupações concorrenciais. Se esta obrigação envolver agentes econômicos não rivais, ela poderá ser admitida se for indispensável para prevenir a divulgação de know-

²²³ PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M. L. *Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência*, disponível no website http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_politicas_de_defesa_da_concorrancia.pdf, acesso em 15. Out.2018.

²²⁴ SUNWINDER; GOMEZ, op. cit, p. 34-37.

how para terceiros e se o licenciado não tiver histórico de desenvolvimento de tecnologia ou de investimentos em P&D já que, nesta hipótese, ela não impediria o desenvolvimento tecnológico. Por sua vez, se esta obrigação envolver agentes econômicos rivais, ela pode resultar em redução da rivalidade entre eles e, por isso, poderá suscitar preocupações concorrenciais relevantes. Desse modo, ela pode ser inclusive vista como um ilícito *per se*²²⁵.

Licenças casadas referem-se ao acordo mediante o qual o licenciante condiciona o licenciamento de um direito de propriedade intelectual à aquisição de um serviço ou produto licenciado. Nas situações em que, condiciona-se a obtenção de uma licença à obtenção de outra, tem-se uma hipótese de pacote de licenças²²⁶.

Grantbacks referem-se à obrigação por meio da qual o titular de direito de propriedade intelectual obriga o licenciado a se comprometer a licenciar de volta ao titular do direito de propriedade intelectual os incrementos de qualidade da tecnologia do bem que podem vir a ser desenvolvidos pelo licenciado. Note-se que o detentor de um direito de propriedade intelectual específico o utiliza para obter o direito de explorar uma inovação sobre a qual não teria direito na ausência de contrato. Conforme aponta Brancher, o escopo das cláusulas de *grantback* pode ou não ser remunerado mediante o pagamento de *royalties* ou mediante compensação pelo próprio licenciamento inicialmente obtido. Segundo Brancher, as principais eficiências associadas a *grantbacks* são (i) viabilização de que o licenciador controle e usufrua dos benefícios decorrentes do aprimoramento de sua tecnologia; (ii) disseminação da informação protegida pois confere proteção ao licenciador; e (iii) redução dos pagamentos a título de *royalties* a serem realizados pelo licenciado (já que ele receberá pelo *grantback*). Por sua vez, tal mecanismo também pode ser utilizado com o objetivo de aumentar o poder de mercado em relação ao licenciado e reduzir os incentivos para que ele invista em pesquisa e desenvolvimento²²⁷.

Por fim, cláusulas de não impugnação referem-se à renúncia pelo licenciado de questionar a validade de direitos de propriedade intelectual que sejam objeto de acordos de licenciamento. Se tais acordos envolverem agentes econômicos rivais, ela pode suscitar preocupações concorrenciais relacionadas à redução de rivalidade.

Os *pools* de patente são arranjos comerciais mediante os quais titulares de patentes permitem a exploração conjunta de seus direitos de propriedade intelectual, formando um

²²⁵ SUNWINDER; GOMEZ, op. cit., p. 45.

²²⁶ Ibid., p. 45.

²²⁷ BRANCHER, op. cit., p. 143-145.

pacote de licença a ser ofertado a terceiros. Trata-se de um arranjo comercial comum em casos em que diversas tecnologias protegidas complementares são detidas por grupos econômicos distintos. Tal arranjo é comum no contexto da cooperação entre agentes econômicos para uniformização de padronização e podem gerar diversas eficiências como (i) viabilizar o progresso tecnológico mediante a integração de tecnologias distintas; (ii) redução dos custos associados ao risco de conflitos judiciais; (iii) promoção de externalidades de rede ao aumentar o número de usuários; (iv) alocação entre os inovadores dos riscos inerentes à pesquisa & desenvolvimento (ao impedir que apenas um agente econômico seja premiado e os outros incorram em prejuízo); e (v) redução dos custos de transação. Por outro lado, caso envolvam agentes econômicos rivais, há o risco de suscitarem diversas preocupações concorrenciais como (i) facilitação de colusão (fixação conjunta de preços ou divisão de mercados); (ii) eliminação de empresas rivais; e (iii) redução dos incentivos para investimento em inovação²²⁸.

Trata-se de hipótese em que dois ou mais agentes detentores de direitos de propriedade intelectual distintos licenciam seus direitos de propriedade intelectual um para o outro ou para terceiros. Note-se, portanto, que o direito de propriedade intelectual sobre um produto ou tecnologia é utilizado como “moeda de troca” para se obter exclusividade parcial sobre a exploração de outro produto ou tecnologia protegida. Quando tais acordos envolvem agentes econômicos rivais eles podem suscitar preocupações concorrenciais relacionadas à redução da rivalidade.

b) Outras condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual

Hovemkamp menciona outras duas hipóteses distintas em que comportamentos adotados por detentores de direitos de propriedade intelectual podem constituir uma infração à ordem econômica: (i) quando uma patente chama um acordo colusivo, (ii) quando o titular da patente tenta implementar uma estratégia exclusionária que não é autorizada na previsão legal do direito de propriedade intelectual, e (iii) quando um agente econômico ajuíza uma ação para ampliar o escopo da patente.

Questions about scope are more complex. Practices that reach beyond the scope of protection given by an IP right can violate the antitrust laws. Such issues arise, for example, when a patent license calls for price-fixing or some kind of exclusion that the relevant IP provision does not authorize, or when a dominant firm files an infringement suit based on a claim that is broader than its patent actually creates. Practices such as these can be

²²⁸ BRANCHER, op. cit, p. 138- 143.

*both anticompetitive and antitrust violations. But they are so only when the IP right holder exceeds the scope of its IP right, and making that determination depends on the relevant IP provision, not on antitrust. Notably, there is no antitrust law that defines the scope of patent claims, or the breadth of copyright “fair use”, or whether a competing product infringes a trademark”.*²²⁹

Portanto, de modo geral, a preocupação concorrencial envolvendo os direitos de propriedade intelectual decorre de tentativas dos titulares de direitos de propriedade intelectual de expandir o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para além do escopo protegido pela lei.

Em nossa opinião, esta constatação é de extrema relevância. Ora, se o direito de propriedade intelectual tem como objeto a proteção temporal limitada de um produto específico (aquele que é objeto de uma propriedade intelectual), as tentativas de ampliação do escopo daquele direito para abranger outros produtos ou para período superior de tempo poderiam configurar infração à ordem econômica²³⁰.

Desse modo, o fato de um agente econômico deter um direito de propriedade intelectual não lhe confere isenção legal para formar acordos colusivos, praticar venda casada e as demais condutas vedadas pela legislação antitruste.

A doutrina indica a prática de venda-casada como uma conduta utilizada por detentores de direitos de propriedade intelectual como mecanismo para alavancar o poder econômico conferido por um direito de propriedade intelectual. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que o agente econômico alavanca o poder econômico que detém em um mercado em decorrência da exclusividade de exploração de um produto protegido por direitos de propriedade intelectual para aumentar as suas vendas em relação a outro produto que não é objeto de proteção em outro mercado relevante²³¹.

B. Infrações decorrentes do exercício de um direito de propriedade intelectual para impedir o lançamento de um novo produto por concorrente (hipótese de flagrante violação da função social do direito de propriedade intelectual)

Se o direito de propriedade intelectual confere ao seu titular o poder de excluir temporariamente concorrentes de exploração do produto ou tecnologia objeto da proteção,

²²⁹ HOVENKAMP, op. cit., p 255-256, grifos nossos.

²³⁰ Para fins de clareza, esclarecemos que não se trata de referência direta ou indireta a alegação de violação de patente por equivalência, tendo em vista que essa situação específica não foi objeto de estudo nesse trabalho.

²³¹ BRANCHER, op. cit, p. 160.

seria razoável concluir que ele poderia se recusar a licenciar a exploração do produto ou tecnologia protegida por terceiros. No entanto, a doutrina (e as autoridades de defesa da concorrência como se verá no capítulo a seguir) debatem bastante em que situações a recusa poderia configurar uma infração à ordem econômica.

Trata-se da hipótese em que o detentor de direito de propriedade usa seu direito para obstar o lançamento de um novo produto. Nela o direito de propriedade intelectual é utilizado contra a sua função social principal, qual seja, estimular a inovação e a concorrência dinâmica.

Sampaio Ferraz classifica como abuso de dominância situações em que agentes econômicos “*tentam cercear atos criados pelo uso e gozo abusivo da criação objetivamente considerada*”²³².

²³² FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 11.

CAPÍTULO VI ESTUDOS DE CASO RELATIVOS A INFRAÇÕES ANTITRUSTE ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Nos capítulos anteriores, identificamos como situar a discussão sobre a configuração de infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual.

Desse modo, nesse Capítulo, estudaremos alguns julgados e decisões administrativas relativos a infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual que foram objeto de análise pelas autoridades dos Estados Unidos, da Comissão Europeia e do Brasil²³³.

De início, cabe mencionar que não nos propomos a fazer uma análise exaustiva de todos os casos julgados pelas autoridades, mas tão somente a apresentar considerações sobre os casos mencionados pela doutrina analisada como julgados importantes para analisar a posição das autoridades e sua alteração ao decorrer do tempo.

Conforme se verá, no passado, as autoridades de defesa da concorrência tendiam a ser mais intervencionistas, considerando que os direitos de propriedade intelectual configuraram uma restrição à concorrência. No entanto, após o amadurecimento do entendimento sobre o papel dos direitos de propriedade intelectual como um mecanismo que promove a concorrência dinâmica, as autoridades de defesa da concorrência passaram a ser menos intervencionistas.

Após o estudo dos casos selecionados, tentaremos identificar padrões de análise adotados pelas autoridades.

§ 1º Estudo de casos relativo a julgados dos Estados Unidos

Conforme consideramos no Capítulo I, seria um erro pensar que os objetivos da política antitruste sempre foram os mesmos ou, ainda, que eles são os mesmos em todos os países. Outrossim, no Capítulo I, consideramos que a política antitruste foi influenciada pelas Escolas de Harvard, Chicago e outras.

²³³ Em prol da clareza, esclarecemos que este trabalho não se propõe fazer uma análise exaustiva de todos os julgados emitidos pelas autoridades, mas tão somente a identificar casos que nos forneçam subsídios para discutir os critérios adotados pelas autoridades para aferir se houve ou não a caracterização de infração à ordem econômica.

Tais influências tiveram impacto relevante nas decisões relativas a casos envolvendo infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual²³⁴. Desse modo, durante o domínio da Escola de Harvard, as autoridades tendiam a ser bastante intervencionistas já que não se considerava que monopólios e oligopólios e integrações verticais pudessem gerar eficiências.

De fato, em um discurso feito em 1970, o Departamento de Justiça apresentou uma lista de nove proibições envolvendo direitos de propriedade intelectual (*nine no-nos*). Eles eram: (1) venda de produtos patenteados condicionado a produtos não patenteados (venda-casada); (2) dever de envio de informações pelo detentor da licença da patente para o licenciador da patente; (3) restrições impostas após a venda sobre a revenda a ser realizada por adquirentes de produtos patenteados; (4) acordos que obrigavam o adquirente de produtos patenteados a não adquirir outros produtos não protegidos pela patente de rivais do detentor da patente (*tie-out*); (5) licenciamento exclusivo, mediante o qual o licenciador garante que não concederá outras licenças sem a concordância do licenciado; (6) licenciamento obrigatório de uma cesta de produtos; (7) pagamento obrigatório de *royalties* em valor não razoavelmente relacionados a vendas de produtos patenteados; (8) restrições de vendas de produtos não patenteados fabricados mediante um processo patenteadado; e (9) imposição de preço de revenda em conexão com o licenciamento de produtos patenteados²³⁵.

No entanto, com o desenvolvimento de teorias que enfocavam a existência de eficiências decorrentes da concentração e da cooperação entre agentes econômicos, esse entendimento foi revisto.

Desse modo, em 1995, os Estados Unidos emitiram diretrizes que reconheciam a natureza pró-competitiva dos direitos de propriedade intelectual. Essas diretrizes já consideravam que os detentores de direitos de propriedade intelectual detêm o direito de excluir outros da produção, utilização ou venda do produto ou processo protegido pelo direito de propriedade intelectual. Essas diretrizes adotaram três premissas básicas: (a) a propriedade intelectual seria tratada como qualquer outra forma de propriedade; (b) não seria presumido que direitos de propriedade intelectual conferem poder econômico/posição dominante ao seu

²³⁴ Nesse sentido, vide HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 250 e ss.

²³⁵ Baker et al. também consideram que essa lista de vedações era altamente influenciada pelo pensamento teórico existente na época que tratava restrições verticais como ilícitos *per se* por não considerar as eficiências que poderiam decorrer de tais condutas (op.cit., p. 1122)

detentor; e (c) práticas relacionados a licenciamento de propriedade intelectual geralmente são pró-competitivas.

Essa mesma linha continuou a ser adotada no Guia emitido em 2017. Ele também prevê como princípio geral que as agências de defesa da concorrência aplicarão a mesma metodologia de análise aplicável a qualquer outro tipo de direito. Ele esclarece que as características específicas dos direitos de propriedade intelectual devem ser levadas em consideração pelas agências. No entanto, elas não exigem a adoção de princípios diferentes em sua análise²³⁶.

Referido Guia alerta sobre riscos advindos das seguintes quatro práticas: (a) imposição de preço de revenda; (b) prática de venda-casada; (c) contratação com exclusividade; e (d) *grantbacks*²³⁷.

De acordo com Bradish²³⁸, nos Estados Unidos, a análise para configuração de infrações envolvendo abuso de direitos de propriedade intelectual é a mesma análise daquela realizada para qualquer outro direito. Desse modo, a investigação antitruste verificará:

- a) Qual é o mercado relevante afetado pela conduta investigada?
- b) há a possibilidade de exercício de posição dominante no mercado relevante afetado?
- c) Quais são os potenciais efeitos anti-competitivos?
- d) Quais são as eficiências ou outras justificativas para a limitação?
- e) Os efeitos anticompetitivos geram efeitos superiores ao benefícios pro-competitivos?

A experiência dos Estados Unidos é que em recusas para licenciar somente configurarão infrações à ordem econômica em situações bem limitadas. Além disso, as autoridades de defesa da concorrência nos Estados Unidos geralmente não utilizam intervenção antitruste para regular *royalties*.

²³⁶ https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf

²³⁷ Trata-se de uma cláusula que estabelece que o direito de o licenciador ser retrolicenciado em relação a quaisquer aprimoramentos desenvolvidos pelo licenciado (Cf. BRANCHER, op. cit., p. 143).

²³⁸ BRADISH, Kathellen. *Examining the interface between the objectives of competition policy and intellectual property*. Disponível em: http://unctad.org/meetings/en/Presentation/cicplp2016c11_ccKathleenBradish_en.pdf

A. Estudo de caso de julgados dos Estados Unidos sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

Gavin, Kovac e Baker elencam as seguintes condutas ligadas a direitos de propriedade intelectual: (a) exercício de direitos obtidos ilegalmente; (b) supressão de inovação por empresas rivais mediante aquisições; (c) manipulação de padronização e certificações de produtos; (d) supressão de inovação por rivais por uma empresa dominante; (e) venda-casada; (f) recusa de licenciar e vender; e (g) tentativas de impedir ou retardar a entrada mediante acordos com empresas rivais²³⁹. Nós passamos a analisar os casos destacados pelos autores.

(a) Exercício de direitos obtidos ilegalmente

No caso Walker Process Equipment, Inc. versus Food Machinery & Chemical Corporation²⁴⁰, a decisão deixou claro que os direitos de propriedade intelectual somente conferem o direito de excluir outros se foi obtida legitimamente. Desse modo, caso o direito de propriedade intelectual tenha sido obtido ilegalmente, o seu suposto detentor poderá incorrer em infração à ordem econômica.

(b) Supressão de inovação por empresas rivais mediante aquisições

No caso Mc Donald versus Johnson & Johnson²⁴¹, os ex-acionistas da empresa Mc. Donald desenvolveram um aparelho para mitigar a dor e, posteriormente, alienaram suas participações na empresa para a Johnson & Johnson. Posteriormente, eles ingressaram com uma ação judicial contra a Johnson & Johnson alegando que ao invés de promover o produto, a Johnson & Johnson o suprimiu do mercado a fim de manter as vendas de analgésicos. As alegações relativas à infração à ordem econômica foram rejeitadas devido à falta de dano potencial à concorrência. Segunda a Corte competente, como os acionistas da empresa já haviam alienado suas participações a Johnson & Johnson, eles não poderiam mais ser considerados rivais a empresa. Desse modo, a conduta da Johnson & Johnson não resultou na exclusão de nenhum concorrente – real ou potencial – do mercado. Outrossim, como o produto não havia sido lançado, nenhum consumidor foi prejudicado pela conduta²⁴².

(c) Manipulação de padronização e certificações de produtos

²³⁹ BAKER ET AL, op. cit, p. 1066.

²⁴⁰ 382, us 175, 86 S.Ct 347, 15 LE 2d 247 (165).

²⁴¹ 733 F.2d 1370 (8th Cir. 1983).

²⁴² BAKER ET AL, op. cit., p. 1072.

No caso *American Society of Mechanical Engineers (ASME) versus Hydrolevel Corporation*²⁴³, a Suprema Corte dos Estados Unidos debateu a alegação de um dos membros da ASME ter utilizado sua posição como membro para promover um código que excluía do mercado um dos concorrentes entrantes no mercado. Em 1982, a ASME publicava mais de 400 códigos e padrões de engenharia e indústria. Desse modo, a Suprema Corte considerou que se uma empresa não ofertava produtos em conformidade com os padrões recomendados pela ASME, estaria em desvantagem competitiva. Dentre tais códigos, a ASME publicou o padrão recomendado para os componentes de caldeiras (*heating boilers*). Ocorre que esse mercado contava com apenas dois concorrentes, a saber, (a) a McDonnell & Miller, uma empresa dominava o mercado de *low-water fuel cutoffs* e; (b) uma empresa entrante denominada Hydrolevel Corporation que ofertava um produto alternativo. Após a Hydrolevel conquistar clientes, a Mc. Donnell & Miller utilizou sua posição na ASME para apresentar uma consulta a ASME questionando se o produto ofertado pela Hydrolevel atendia os padrões sugeridos por sua regulamentação, e a resposta da ASME foi negativa. Com base nesses indícios, a Suprema Corte concluiu que a Mc Donnell & Miller utilizou a sua posição na ASME para tentar obstruir a atuação da Hydrolevel²⁴⁴.

No caso *Dell Computer Co.*²⁴⁵, discutiu-se mais uma vez a questão da padronização. Em 1992, uma entidade de padronização denominada de Video Electronics Standards Association (VESA) estabeleceu um padrão referido como “VLbus”. Esse padrão era utilizado para a transferência de instruções entre o computador e equipamentos periféricos. A Dell participou do processo de elaboração do padrão, no entanto não revelou que era detentora de direitos de propriedade intelectual relativos ao processo de implementação do referido padrão. Desse modo, após a adoção do padrão pelo mercado de computadores, a Dell anunciou que cobraria *royalties*, o que gerou incertezas sobre o custo que a adoção do novo padrão envolveria. Diante disso, a VESA apresentou uma reclamação perante a *Federal Trade Commission (FTC)*²⁴⁶, que acusou a Dell de adotar condutas anticompetitivas. Em decorrência disso, em 1996, a Dell celebrou um acordo com a FTC no qual renunciou a cobrança de *royalties* dos fabricantes de computadores que aderiram ao padrão VLbus.

²⁴³ 456 US 556, 102 S. Ct. 1935, 72 (1982).

²⁴⁴ BAKER ET ALL, op. cit., p. 1067-1069.

²⁴⁵ Dell Computer Co., 121, F.T.C. 616, 617-618 (1996).

²⁴⁶ A *Federal Trade Commission* é uma agência do governo dos Estados Unidos, cujo papel é a proteção ao consumidor e a eliminação e prevenção e repressão de práticas comerciais anticompetitivas.

No caso Qualcom²⁴⁷, a Corte competente concluiu que a não divulgação de dados relacionados a direitos de propriedade intelectual em um processo de elaboração de um padrão configurava enganosidade e detinha o potencial de distorcer a concorrência nos mercado relevantes.

Por sua vez, no caso Rambus Inc.²⁴⁸, a Corte competente enfrentou a mesma discussão, mas alcançou conclusões distintas. A Rambus era uma empresa que desenvolvia tecnologias para transmissão de dados em alta velocidade (DRAM). Durante os anos 90, uma entidade voltada para a padronização denominada JEDEC desenvolveu um novo padrão para DRAM. A Rambus não revelou que detinha direitos de propriedade intelectual à JEDEC e continuou a adquiri-los durante o período de desenvolvimento desse padrão. Ao analisar o caso, a FTC concluiu que a Rambus violou a legislação antitruste tendo em vista que: (a) a omissão da Rambus ao não fornecer as informações solicitadas pela JEDEC contribuiu materialmente para a decisão da JEDEC de incluir as referidas tecnologias no padrão de DRAM; (b) a Rambus apenas revelou que detinha direitos de propriedade intelectual após a adoção do novo padrão, momento em que os usuários estariam obrigados a seguir o padrão; e (c) a Rambus cobrou *royalties* mais elevados para utilização dessa tecnologia. No entanto, a Corte competente não manteve o entendimento da FTC por entender que: (a) as regras de divulgação da JEDEC não eram claras, de modo que não restava claro o dever de fornecer os dados relativos as patentes. Desse modo, de acordo com a decisão judicial, a não divulgação dos direitos de propriedade intelectual somente poderia ser considerada uma infração à legislação antitruste se for provado que, caso o participante tivesse divulgado tais dados, ele não seria incluído no padrão.

(d) Supressão, por uma empresa dominante, de inovação por rivais

Existem diversos casos que discutem se empresas dominantes adotaram estratégias para impedir ou retardar a rivalidade imposta por produtos novos e inovadores.

No caso California Computer Products Inc. versus IBM Corporation²⁴⁹, foi debatido se o lançamento de novos desenhos de produtos pela IBM tinha o intuito de retardar a rivalidade por concorrentes. No caso, a Corte competente concluiu que as reestruturações dos produtos da IBM resultaram em redução de custos e aprimoramento de performance. Desse modo, a IBM não foi responsabilizada por infração à ordem econômica.

²⁴⁷ Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297, 314 (3d Cir. 2007).

²⁴⁸ Rambus Inc. v. F.T.C., 522 F.3d 456, 469 (D.C. Cir. 2008)

²⁴⁹ 613 F.2d 727, 744 (9th Cir. 1979).

Uma discussão similar foi enfrentada no caso Berkey Foto Inc. versus Estman Kodak²⁵⁰. Nesse caso, a Kodak foi acusada de explorar seu monopólio no mercado de filmes fotográficos amadores por introduzir diversos tipos de filmes que somente funcionavam nas câmeras da Kodak. A Kodak retirava do mercado os produtos antes ofertados no momento em que ocorria o lançamento dos novos produtos. A Corte competente rejeitou o argumento da empresa Berkey de que a Kodak teria a obrigação de divulgar os novos produtos para as empresas rivais com o objetivo de facilitar que desenvolvessem produtos compatíveis.

(e) Venda- casada

No caso Image Technical Services, Inc. versus Eastman Kodak, Co.²⁵¹, a Suprema Corte Americana debateu se o fato da Kodak condicionar a venda de peças de reposição à contratação do respectivo serviço de manutenção. Vê-se que havia a tentativa de alavancar o poder de mercado de um segmento no qual se detinha direitos de propriedade intelectual (peças) para um segmento no qual não se detinha direitos (manutenção). Assim sendo, a Kodak tentava estender o seu monopólio conferido legalmente que era restrito a peças a outro mercado, qual seja, de reposição. Desse modo, a empresa foi responsabilizada por violação à política antitruste.

Em maio de 1998, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos ajuizou reclamações em face da Microsoft alegando que a empresa teria adotado práticas anticompetitivas relacionadas ao seu navegador de Internet que competia com o navegador da Netscape. A Microsoft alegou que as autoridades tinham o ônus de demonstrar que o nexo causal entre a conduta adotada pela Microsoft e a manutenção de seu poder de mercado. A Microsoft foi responsabilizada por infração à ordem econômica.

No caso Microsoft Corporation²⁵², o Departamento de Justiça ajuizou uma ação contra a Microsoft argumentando que ela estava praticando venda casada do produto Internet Explorer com o seu operador do sistema windows. Na época, o Departamento de Justiça alegou que a prática devia ser analisada como um ilícito *per se*. O tribunal entendeu que (a) a Microsoft requereu que os adquirentes da licença do produto Windows 95 e 98 também adquirissem a licença para o Internet Explorer realizando uma venda única com um preço unitário para ambas as licenças; (b) a Microsoft não permitiu que os operadores desinstalassem ou deletassem o Internet Explorer do Windows; (c) Microsoft programou o

²⁵⁰ 603 F. 2d 263 (2nd Cir. 1979).

²⁵¹ 125 F. 3 d, 1195 (9th cir. 1997).

²⁵² 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Windows para dificultar que os usuários conseguissem deletar ou remover facilmente o Internet Explorer; e (d) a programação do Windows sobrepunha a preferência do usuário.

Outrossim, a Corte competente entendeu que os quatro elementos caracterizadores da venda casada estavam presentes, a saber, (a) o produto primário e secundário referem-se a dois mercados distintos; (b) a Microsoft detinha poder de mercado no mercado primário; (c) não foi concedida a escolha ao consumidor de adquirir os dois produtos separadamente; e (d) a venda-casada implicada em reserva substancial da demanda do mercado relevante do produto secundário. Após recorrer, a Microsoft celebrou um acordo com as autoridades.

(f) Recusa de licenciar e de vender

No caso SCM Corporation versus Xerox²⁵³, a SCM acusou a Xerox de adquirir e, posteriormente, recusar-se a licenciar patentes relacionadas à fotocópia de papel. De acordo com a SCM, a recusa da Kodak a impedia de competir efetivamente no mercado. Na decisão, a Corte competente ressaltou que as leis de propriedade intelectual conferem o direito de excluir outros agentes econômicos da exploração do produto protegido pelo direito patentário pelo período estabelecido pela Lei. Outrossim, ela afirmou que, mesmo quando o produto protegido pelo direito de propriedade intelectual é tão bem sucedido a ponto de dar origem a um mercado autônomo e, então, ele passa a implicar numa monopolização de um mercado, haverá uma restrição temporária da rivalidade devido aos direitos de propriedade intelectual.

No caso CSU, LLC versus Xerox Corporation²⁵⁴, discutiu-se a legalidade de uma política adotada pela Xerox de se recusar a vender peças de reposição para prestadores de serviços independentes que concorriam com a empresa bem como a disponibilizar os manuais e o *softwares*. A Corte competente entendeu que somente haveria de se falar em violação antitruste se os direitos de propriedade intelectual tivessem sido obtidos ilegalmente, o que não se discutia no caso. Desse modo, ela não conclui que a empresa não havia praticado uma violação.

(g) Tentativa de impedir ou retardar a entrada de empresas rivais mediante acordos com empresas rivais

No caso Hoechst Marion Roussel Inc.(sucedida pela Aventis), Carderm Capital L.P. e Andrx Corp²⁵⁵, a FTC acusou a Hoechst de pagar à Andrx Corporation milhões de dólares

²⁵³ 645 F.2d 1195 (2nd Cir. 1981).

²⁵⁴ 203 F.3d 1322 (DC, 2000).

²⁵⁵ Hoechst Marion Roussel Inc.(sucedida pela Aventis), Carderm Capital L.P. e Andrx Corp, 9293.

para não comercializar e distribuir uma versão genérica do Cardizem CD da Hoechst, um medicamento a base do princípio ativo diltiazem, administrado uma vez ao dia no tratamento da hipertensão e angina. Em março de 2000, a FTC acusou as duas empresas farmacêuticas e a empresa Carderm (detentora de determinadas patentes relacionadas) de celebrarem um acordo para que a Andrx retardasse o lançamento de um medicamento genérico.

No caso Schering-Plough Corporation²⁵⁶, as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos entenderam que o acordo celebrado em 1998 entre a Schering-Plough e a empresa Upsher Smith Laboratories violava a política antitruste. Isso porque, por meio do referido acordo, a empresa Upsher havia concordado em retardar o lançamento de um suplemento de potássio patenteado detido pela Schering-Plough denominado de K-Dur até a expiração da patente que ocorreria em 2001 e, em contrapartida, recebeu um pagamento de USD 60.000,00 (sessenta milhões de dólares). A Corte competente entendeu que não havia provas de infração à ordem econômica devido à ausência de análise de possíveis eficiências decorrentes do acordo.

B. Comentários sobre os julgados dos Estados Unidos sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

Com base na análise dos referidos casos, verificamos menção a, pelo menos, 7 (sete) tipos de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual: (a) exercício de direitos obtidos ilegalmente; (b) supressão de inovação por empresas rivais mediante aquisições; (c) manipulação de padronização e certificações de produtos; (d) supressão de inovação por rivais por uma empresa dominante; (e) venda-casada; (f) recusa de licenciar e vender; e (g) tentativas de impedir ou retardar a entrada mediante acordos com empresas rivais.

Primeiramente, cabe destacar uma hipótese que claramente se distingue das demais, qual seja, quando o detentor do direito de propriedade intelectual obteve o referido direito mediante fraude. Nessas hipóteses, não há se de falar em exercício legítimo de direito ou da necessidade de manutenção dos incentivos em favor da inovação, já que aquele agente econômico não preenche os requisitos legais para deter a proteção ao direito de propriedade intelectual. É que foi discutido no caso Walker Process Equipment.

²⁵⁶ 402 F.3d 1056 (11th Cir. 2005).

Além disso, é fácil destacar que existe um único tipo de conduta que se referia a uma conduta coordenada potencialmente ilegal. Tratam-se de acordos celebrados entre empresas farmacêuticas rivais para retardar ou impedir o lançamento de um genérico. Nesses casos, tendo em vista que se trata de um acordo entre agentes econômicos que ultrapassa a proteção conferida pela legislação de propriedade intelectual para impedir ou retardar o lançamento de um genérico²⁵⁷, se a conduta tiver o potencial de gerar um efeito líquido negativo, ela constituirá infração à ordem econômica.

Desse modo, os remanescentes cinco tipos de conduta envolvendo direitos de propriedade intelectual referem-se a condutas unilaterais, a saber, (a) supressão de inovação por empresas rivais mediante aquisições; (b) manipulação de padronização e certificações de produtos; (c) supressão de inovação por rivais por uma empresa dominante; (d) venda-casada; e (e) recusa de licenciar e vender.

Não identificamos casos em que se discutiu a imposição de *royalties* abusivos. Isso implica no reconhecimento de que explorar economicamente o objeto do direito de propriedade intelectual configura exercício regular de direito.

Acresce-se a isso que explorar economicamente a invenção, tecnologia ou obra protegida pelo direito de propriedade intelectual tampouco constitui violação antitruste, ainda que essa tecnologia seja incorporada em padrão adotado por determinada indústria. No entanto, caso as titulares de direitos de propriedade intelectual adotem comportamentos oportunistas nos processos de elaboração desses padrões e tentem, mediante a adoção de práticas de enganabilidade, induzir a erro as entidades que desenvolvem esses padrões e as indústrias que a eles aderirem, poderá restar caracterizada violação antitruste. Nesses casos, como se viu em Dell, Qualcom e Rambus, para configuração de infração à ordem econômica, para além da verificação de possível efeito líquido negativo, existe não só uma discussão relevante sobre o ônus de prova de demonstrar que de fato houve enganabilidade ou omissão dolosa por parte da titular do direito de propriedade intelectual, como também sobre se o padrão adotado seria distinto caso o titular não tivesse agido como enganabilidade. Vê-se, portanto, que os direitos de propriedade intelectual não são o núcleo da violação antitruste, mas somente coadjuvantes.

²⁵⁷ A legislação dos Estados Unidos permite que uma empresa lance um medicamento genérico antes do prazo de expiração da patente.

Os casos relativos à recusa de venda ou de licenciamento essencialmente discutem os limites do direito de propriedade intelectual à medida que o detentor detém a exclusividade do uso e da proteção do objeto. Casos como SCM Corporation vs. Xerox, e CSU, LLC versus Xerox sedimentaram a admissão de que o direito de explorar com exclusividade a criação ou obra protegido pela propriedade intelectual e, assim, impedir que concorrentes façam uso daquela criação específica, constitui exercício legítimo de direito de propriedade intelectual e, como tal, não configura violação antitruste.

De modo similar, a aquisição de uma tecnologia e a sua posterior não-utilização não foi considerada uma infração à ordem econômica tendo em vista que essa conduta não gerou um prejuízo potencial para concorrência.

No mesmo sentido, os casos relativos a lançamento de novos produtos que afetavam diversamente tanto concorrentes como empresas que atuam em mercados *downstream* reforçam a conclusão de que o lançamento de novos produtos e tecnologias não foram (e, tampouco, deveriam ser) desincentivados pelas autoridades. É o que se depreende das decisões emitidas nos casos California versus IBM e Berkey versus Kodak. Isso se dá porque são comportamentos típicos da concorrência pela inovação.

Por fim, os casos envolvendo venda-casada deixam claro que o titular de direito de propriedade intelectual não deve tentar alavancar o eventual poder de mercado conferido pela patente em um mercado para outro mercado. Nesse ponto, cabe lembrar que o escopo de proteção dos direitos de propriedade intelectual é limitado para permitir a exploração econômica da criação, invenção, tecnologia ou obra protegida e, não para outros produtos do mesmo mercado e, menos ainda, para outros mercados. Assim, se a prática de venda-casada gerasse efeitos líquidos negativos sobre a concorrência, restaria caracterizada a infração à ordem econômica, como se deu no caso Image versus Kodak.

Ante o exposto, a linha que separa o exercício legítimo de direito de propriedade intelectual do seu abuso para fins de política antitruste começa a se tornar mais clara.

Passemos a estudar a experiência da Comissão Europeia.

§ 2º Estudo de casos relativo a julgados da Comissão Europeia

De início, é importante considerar que o objetivo principal do TFUE, no que se refere à política antitruste, é progresso económico e social e a integração económica dos Estados membros.

Prevê o artigo 102 do TFUE ²⁵⁸:

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

O artigo 102 do TFUE endereça monopólios e poder de mercado. Desse modo, ele não é aplicável a acordos entre agentes económicos, mas sim ao abuso unilateral por um agente económico que detém posição dominante. Desse modo, o artigo 102 visa coibir e regular o comportamento de agentes económicos que não é suficientemente restringido pelo comportamento dos demais agentes económicos atuantes nesse mercado ²⁵⁹.

Para isso, ele proíbe o abuso de posição de dominante e prevê a aplicação de penalidades pelo descumprimento dessa proibição que inclui não só a aplicação de penalidades pecuniárias como também a determinação de adoção de remédios estruturais.

Segundo Jones e Sufrin, existem cinco elementos que devem ser estabelecidos pela Comissão Europeia a fim de que a proibição contida no artigo 102 possa ser aplicada, quais sejam, (a) participação de um ou mais agentes económicos na conduta investigada; (b) a detenção de posição dominante por, pelo menos, um dos agentes económicos envolvidos; (c) a posição dominante deve ser detida no mercado interno ou em parte substancial dele; (d) a caracterização de abuso de posição dominante; e (e) a verificação efeitos lesivos no comércio entre Estados Membros ²⁶⁰.

²⁵⁸ O TFEU está disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/eu_citizenship/consolidated-treaties_pt.pdf#page=89. Acesso em 20 de junho de 2018.

²⁵⁹ JONES; SUFRIN, op. cit., p. 259-260.

²⁶⁰ É importante notar que os dois objetivos do Tratado impactam a análise feita pela Comissão Europeia nos casos relacionados a direitos de propriedade intelectual. O Tratado tem como objetivo fortalecer o mercado único para todos os países membros da União Europeia. Ocorre que direitos de propriedade intelectual podem suscitar não somente problemas relacionados a grau de concorrência nos mercados como também restrições em

Na prática, conforme indicado por Jones e Sufrin, as discussões nos casos concretos geralmente se concentram em duas questões principais, a saber:

- a) O agente econômico investigado detém posição dominante?
- b) O agente econômico investigado cometeu abuso?²⁶¹

Para responder a tais questões, é necessário definir os mercados relevantes nos quais o agente econômico atua e calcular sua participação de mercado. Após isso, caso se conclua que o agente econômico detém uma posição dominante, é necessário qualificar seu comportamento como neutro, pro-competitivo ou como abusivo.

Whish e Bailey também entendem que o artigo 102 do TFUE foi adotado como fundamento para a intervenção da Comissão Europeia em casos em que ela entendeu que restava caracterizado exercício impróprio do direito de propriedade intelectual.²⁶²

Desse modo, passamos a analisar os casos que a doutrina analisada indica como precedentes relativos a investigações conduzidas pela Comissão Europeia envolvendo supostos abusos de direito envolvendo direitos de propriedade intelectual.

A. Estudo de caso de julgados da Comissão Europeia sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

De início, é importante notar que a Comissão Europeia somente entrevistou em poucos casos relativos a supostos abusos de posição dominante envolvendo direitos de propriedade intelectual em raras ocasiões²⁶³.

Whish e Bailey elencam as seguintes condutas que são intrinsecamente ligadas aos direitos de propriedade intelectual: (a) conduta vexatória e abuso de procedimentos; (b) aquisição ilegal de tecnologia; (c) recusa de licenciar ou fornecer informação objeto de

relação à livre circulação de bens e serviços no mercado único. Isso se deve a três fatores: (a) direitos de propriedade intelectual geralmente são concedidos por autoridades com competência nacional, sendo que cada país geralmente detém seu próprio sistema jurídico relativo a direitos de propriedade intelectual, desse modo, a proteção conferida tem limitação nacional; (b) direitos de propriedade intelectual podem gerar barreiras à entrada nos mercados relevantes e, portanto, afetam a determinação se um agente econômico detém posição dominante, o que é relevante na análise de casos de supostos abusos de dominância; e (c) transações envolvendo direitos de propriedade intelectual podem resultar em acordos restritivos à concorrência, tendo em vista a possibilidade de concessão e imposição de direitos de exclusividade (Cf. JONES; SUFRIN, op. cit., p. 707 e 259-260).

²⁶¹ Ibid., p. 261.

²⁶² WHISH; BAILEY, op. cit., p. 796–805.

²⁶³ JONES; SUFRIN, op. cit., p. 711.

proteção; (d) abusos cometidos na cobrança de *royalties* por associações; e (e) cobranças ilegal de *royalties*.²⁶⁴.

(a) Comportamento vexatório e abuso de procedimentos

No caso BBI/Boosey e Hawkes²⁶⁵, a Comissão entendeu que a propositura de ações judiciais vexatórias contra um concorrente por suposta contrafação de seus produtos configurou abuso de posição dominante.

No caso Astrazeneca²⁶⁶, a Comissão aplicou uma multa de EUR 60.000.000,00 (sessenta milhões de Euros) à Astrazeneca por uso inadequado de procedimentos regulatórios. Astrazeneca tinha requerido a patente de um medicamento denominado de Losec. Após isso, ela requereu patentes suplementares por formulação com base em informações enganosas. Além disso, a Astrazeneca detinha autorização para vender o referido medicamento em capsulas solidas e em tabletes, no entanto ela deixou de comercializá-las na forma da capsula sólida.

No caso Rambus²⁶⁷, a Comissão Europeia iniciou uma investigação que visava apurar se a Rambus tinha praticado “*patent ambush*”. Uma vez que o padrão de tecnologia foi determinado, ela poderia exigir o pagamento de *royalties* dos licenciados que precisem da tecnologia. O caso foi encerrado após a celebração de um acordo que determinou o valor que seria cobrado pela Rambus no período de cinco anos. No entendimento de Whish & Bailey, o acordo endereçou um dos efeitos da prática, mas não a conduta em si²⁶⁸.

(b) Aquisição ilegal de tecnologia

No caso Tetra Pak²⁶⁹, discutiu-se se a aquisição, pela Tetra Pak, do grupo de empresas Lquipak configuraria um abuso de posição dominante. A Elopak era uma distribuidora exclusiva de máquinas de esterilização anteriormente ofertadas pela Lquipak e havia auxiliado a empresa no desenvolvimento de novo maquinário que utilizava a tecnologia relativa à esterilização de embalagens tetra pack para leite. A Comissão Europeia concluiu que a aquisição proporcionaria o benefício de uma licença exclusiva da tecnologia relativa à esterilização de embalagens tetra pack para leite. Em particular, essa aquisição impediria a Elopak – que inclusive havia auxiliado o Grupo Elopak a desenvolver a invenção– de utilizar

²⁶⁴ WHISH; BAILEY, op. cit., p. 796.

²⁶⁵ OJ (1987), L 286/36 (1988) 4 CMLR 67.

²⁶⁶ T 321/05 (2010), ECR 100.

²⁶⁷ OJ (2009) Case COMP/ 36.636.

²⁶⁸ WHISH; BAILEY, op. cit., p. 806.

²⁶⁹ Caso T-51/89 (1990), ECR II-309 (1991) 4 CMLR 334.

a referida tecnologia, o que reforçaria a posição dominante da empresa no mercado de embalagens e maquinário para leite longa-vida.

(b) Recusa de licenciar ou fornecer informação objeto de proteção

Whish e Bailey destacam cinco julgados para explicar a análise feita pela Comissão Europeia, a saber, (a) Renault²⁷⁰ e Volvo²⁷¹; (b) Magill²⁷²; (c) Oscar Bronner²⁷³; (d) IMS Health²⁷⁴; e (e) Microsoft, os quais passamos a analisar²⁷⁵.

Nos casos Renault e Volvo, terceiros desejavam obter licenças dos direitos de desenho industrial de peças de reposição de veículos detidos pelos fabricantes de veículos para que pudessem produzir peças de reposição de veículos e argumentavam que a recusa das montadoras configurava abuso de posição dominante em violação ao disposto pelo artigo 102 do TFUE. O TJUE reconheceu que o detentor de direitos de propriedade intelectual detinha o direito de impedir sua exploração por terceiros. Desse modo, decidiu-se que a recusa de licenciar por si só não configuraria abuso de posição dominante. Ademais, o TJUE decidiu que, na falta de um regramento único e/ou harmonizado entre os países membros da Comissão Europeia, a competência para regular a natureza e a extensão dos direitos de propriedade intelectual era de cada um dos Estados Membros.

No caso Magill, o Sr. Magill almejava publicar um guia semanal com a programação dos canais de televisão de três empresas. Na época, a programação dos canais de televisão era divulgada por jornais locais diariamente, mas se referia somente à programação do dia da publicação. Desse modo, os consumidores não tinham acesso à programação televisiva com antecedência. A legislação conferia proteção de direitos autorais para programação televisiva, razão pela qual o Sr. Magill requereu licenciamento dos referidos direitos. Os canais de televisão recusaram o pedido de licenciamento feito pelo Sr. Magill. O TJEU considerou que o exercício de direito de propriedade intelectual poderia configurar uma conduta abusiva em “circunstâncias excepcionais”. O TJEU concluiu que a recusa de licenciar pelos canais era abusiva e determinou que os canais fornecessem a informação requerida para que terceiros pudessem publicar a programação televisiva com antecedência. Isso porque a recusa tinha como objetivo alavancar o poder de mercado dos canais de televisão para o mercado

²⁷⁰ Caso 53/87 *Conzoexio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autovericoli e Maxicar v Regie National des Usines Renault* (1998), ECR 6039 (1990) 4 CMLR 265.

²⁷¹ Caso 238/87 (1988), ECR 6211 (1989) 4 CMLR 122.

²⁷² Caso 1989 L78/43, 1989 4 CMRL 757.

²⁷³ Caso C-7/97 (1998), ECRI 7791, (1999) 4 CMLR 112.

²⁷⁴ Caso C-418/01 (2004), ECRI 5039 (2004) 4 CMLR 1543.

²⁷⁵ WHISH; BAILEY, op. cit., p. 796-797.

downstream de guias de televisão. Além disso, a Corte de Justiça destacou que: (a) a obtenção da licença era indispensável para o exercício de uma atividade no mercado secundário; (b) a recusa impedia o lançamento de um novo produto no mercado para o qual havia demanda “específica, constante e regular” em potencial; (c) as empresas televisivas não ofertavam o referido produto; e (d) não havia justificativa razoável para a recusa.

Nesse ponto, cabe destacar que, no entendimento de Whish e Bailey, o fato de programações televisivas não serem objeto de proteção legal na maioria dos Estados Membros da Comissão Europeia teve um impacto relevante para o resultado. No entanto, como os autores destacam, nenhuma das decisões conteve esse fundamento²⁷⁶.

No caso Oscar Bronner, como observa Whish e Bailey²⁷⁷, o TJEU ressaltou a existência de circunstâncias excepcionais no caso *Magill* para justificar a necessidade de intervenção, a saber, (a) a informação almejada pelo Sr. Magill era indispensável para a publicação do novo produto; (b) era possível demonstrar a existência de demanda para o novo produto; (c) não havia justificativas razoáveis para a recusa; e (d) a recusa eliminaria por completo a concorrência no mercado secundário de guias de programação televisiva.

No caso IMS Health, a NDC Health estava buscando uma licença da IMS que era a líder mundial de dados sobre vendas de medicamentos. A NDC Health almejava acesso ao procedimento adotado pela IMS Health para processar informações relativas a vendas regionais na Alemanha. Após concluir que o acesso seria indispensável para a atividade econômica almejada pela NDC no mercado secundário, o TJEU passou a considerar os demais três requisitos do teste adotado no caso *Magill*, tal como havia feito no caso *Bronner*. Nesse caso, o TJEU admitiu que a existência de discricionariedade na análise do que configuraria impedir o desenvolvimento de um mercado secundário e no conceito de “novo produto”. No entanto, ela deixou claro que o “novo produto” não poderia ser apenas uma réplica ou imitação do produto ofertado pelo detentor do direito de propriedade intelectual.

No caso Microsoft, a Comissão concluiu que a Microsoft detinha posição dominante em dois mercados, quais sejam, (a) mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais; e (b) mercado de sistemas operacionais para servidores. A Comissão decidiu que a Microsoft tinha abusado de sua posição dominante por se recusar a fornecer informações para concorrentes com informações relativas à interoperabilidade dos sistemas que permitiria que

²⁷⁶ Ibid., p. 798.

²⁷⁷ Ibid., p. 799.

eles desenvolvessem produtos que competiriam com os produtos ofertados pela Microsoft no mercado de servidores. A Comissão também responsabilizou a Microsoft por abuso mediante a prática de venda casada de sistemas operacionais e o seu media player. No entendimento da Comissão Europeia, a recusa configurava uma tentativa de alavancar o poder de mercado detido pela Microsoft no mercado de sistemas operacionais para outros mercados.

A decisão do TJEU fez referência expressa ao entendimento adotado pela Comissão nos casos Volvo, Magill e IMS Health de que somente em “circunstâncias excepcionais” o exercício de um direito de propriedade intelectual pode ser considerado abusivo, quais sejam, (a) a recusa deve se referir a produto ou serviço indispensável para exercer a atividade econômica em outro mercado; (b) a recusa deve gerar o risco de eliminação de parte substancial da concorrência em outro mercado; (c) a recusa deve impedir a oferta de um novo produto para o qual exista demanda em potencial; e (d) inexistência de justificativas objetivas para a recusa.

Whish e Bailey também observam que o TJEU ressaltou a existência de circunstâncias excepcionais, a saber, (a) a informação almejada pelos concorrentes era indispensável para o desenvolvimento do produto; (b) a recusa limitaria a concorrência efetiva em um mercado “vizinho”; e (c) a recusa impede o lançamento de um novo produto. No entanto, conforme ressaltado pelos autores, a Corte de Justiça não conseguiu identificar o novo produto que seria lançado pelos concorrentes após o recebimento da informação solicitada, desse modo a Corte defendeu que o novo produto deveria ser interpretado como o desenvolvimento técnico²⁷⁸.

(c) Abusos cometidos por associações na cobrança de *royalties*

Whish e Bailey ensinam que o Artigo 102 do TFUE já foi aplicado a associações e entidades que administram direitos autorais em benefício de autores e editoras. Eles destacam o caso CISAC²⁷⁹ como principal precedente para entender abusos cometidos por associações na cobrança de *royalties*²⁸⁰.

No caso CISAC, a Comissão Europeia proibiu a Confederação Nacional de Autores e Compositores (*International Confederation of Authors and Composers*) e outras vinte e quatro associações de cobrança de limitar a oferta de serviços fora do território nacional de cada uma das associações. A Comissão rejeitou os argumentos apresentados pelas associações de que a restrição territorial era justificada pela natureza territorial do direito

²⁷⁸ Ibid., p. 800 - 801.

²⁷⁹ Caso T-422/08.

²⁸⁰ Ibid., p. 800 - 801.

autoral e da necessidade de proximidade da associação que conferia a licença e do uso comercial. Desse modo, ela entendeu que tais sociedades não podem discriminar empresas sediadas em outros países membros. Em sua decisão, ela indicou que não há nada ilegal na constituição de associações para cobrança de *royalties*. No entanto, configura exercício abusivo: (a) a discriminação de sociedades sediadas em outros países de modo a não aceitá-las como membros; (b) cláusulas nos contratos associativos que proibam os membros de agir unilateralmente; e (c) práticas que tentem estender a proteção de obras protegidas a obras não protegidas.

(d) Cobrança ilegal de *royalties*

No caso Eurofix-Banco versus Hilti²⁸¹, a Comissão Europeia considerou que a cobrança de *royalties* em valor excessivo pela Hilti tinha o objetivo de bloquear ou, pelo menos, retardar a entrada de concorrentes no mercado de cartuchos de prego.

No caso Duales System for Deustchaldn²⁸², discutiu-se se o fato da DSD, um agente econômico que operava um sistema para coleta e reciclagem de lixo na Alemanha, cobrar uma *royalties* para o uso de uma embalagem contendo sua marca “Green Dot”, independentemente de o cliente utilizar os serviços da DSD. A Comissão Europeia considerou que a cobrança de *royalties* era abusiva porque desincentivaria a contratação de concorrentes da DSD. A decisão da Comissão Europeia foi mantida pelo TJEU.

B. Comentários sobre os julgados da Comissão Europeia sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

A maior parte das condutas analisadas refere-se a condutas unilaterais com exceção dos acordos entre associações para fixar *royalties* e impedir a entrada de novas associações.

De início, como se dá nos Estados Unidos, a adoção de comportamentos pautados pela enganosidade seja em meios administrativos, judiciais ou em associações que busquem perpetuar, ampliar a proteção conferida ou conferir participação de mercado a produtos protegidos pela patente podem configurar infração à ordem econômica se tiverem o potencial de gerar efeitos líquidos negativos à concorrência. Nesse ponto, nos parece adequado indicar que a questão nuclear de casos BBI, Astrazeneca e Rambus estão muito mais ligados à comprovação da adoção de um comportamento oportunista vexatório ou pautado pela

²⁸¹ OJ (1988), L 65/19, (1989), 4 CMLR 677.

²⁸² OJ (2001) L 166/1, (2001) 5 CMLR 609.

enganosidade. Desse modo, a questão nuclear nesses casos não é o direito de propriedade intelectual, mas sim a enganosidade adotada por tais empresas em processos ou procedimentos judiciais, administrativos ou empresariais a fim de ampliar ou perpetuar seu domínio de mercado.

Outrossim, é interessante a abordagem adotada pela Comissão Europeia no caso TetraPak. Nesse caso, na prática, a aquisição feita pela empresa tinha o efeito de desapropriar um dos inventores da possibilidade de explorar tecnicamente a tecnologia. Desse modo, ao considerar a aquisição como ilegal, a Comissão Europeia acabou protegendo a Elopak que voltou a poder utilizar a tecnologia que tinha ajudado a desenvolver.

Além disso, é digno de nota que a Comissão Europeia já interviu em casos de cobrança abusiva de *royalties* como se verificou nos casos Eurofix-Banco versus Hilti e Duales System for Deustchaldn. Essa intervenção talvez seja explicada pelo objetivo primordial das autoridades de concorrência promover a livre-concorrência entre os países membros.

Nos casos que investigam recusa de licenciar ou de fornecer informação objeto de proteção, o cerne da discussão enfrentada pela Comissão Europeia para diferenciar o exercício do abuso de direitos de propriedade intelectual é: até que ponto um detentor de direito de propriedade intelectual pode ser obrigado a licenciar seu direito de propriedade intelectual a um terceiro? De início, é importante notar que em nenhum dos casos analisados, as autoridades procederam simples e unicamente a uma análise dos efeitos líquidos potenciais da recusa para aferir se ela era ilícita, a aferição dos efeitos configurou apenas um dos passos da análise. Além disso, como a recusa configura uma conduta unilateral, as autoridades deveriam verificar se havia justificativas plausíveis para a recusa – assim como ocorre em todos os casos de abuso de dominância. Em verdade, como verificado houve um desenvolvimento do entendimento da Comissão Europeia, de modo que a configuração de infração à ordem econômica em casos de conduta deve observar as seguintes condições: (a) a recusa deve se referir a produto ou serviço indispensável para exercer a atividade econômica em outro mercado; (b) a recusa deve gerar o risco de eliminação de parte substancial da concorrência em outro mercado; (c) a recusa deve impedir a oferta de um novo produto para o qual exista demanda em potencial; e (d) inexistência de justificativas objetivas para a recusa.

§ 3º Estudo de julgados do Tribunal do CADE

De início, cabe notar que são poucos os julgados do CADE que analisam condutas abusivas envolvendo direitos de propriedade intelectual. De acordo com estudo produzido pelo Centro de Direito Internacional para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, de 1994 a 2013, as autoridades de defesa da concorrência brasileira analisaram 101 casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, sendo que apenas seis se referiram a práticas anticompetitivas²⁸³.

A. Estudo de caso de julgados do CADE sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

Neste trabalho, identificamos a emissão de decisões terminativas pelo Tribunal do CADE em nove investigações relativas a infrações à ordem econômica. Os referidos casos podem ser divididos conforme a infração investigada, a saber, (a) conduta vexatória e abuso de procedimentos (*sham litigation*); (b) abusos cometidos na cobrança de *royalties* por associações; (c) cobrança abusiva de *royalties*; (d) exercício abusivo de direito de propriedade intelectual; e (e) outras condutas (incluindo venda-casada).

(a) Conduta vexatória e abuso de procedimento (*sham litigation*)

O caso Ministério Público de Minas Gerais versus Alcoa Alumínio S.A²⁸⁴ teve como origem uma representação na qual o Ministério Público argumentava que a Alcoa Alumínio S.A estaria restringindo a concorrência por meio de pedidos fraudulentos de registros de desenho industrial e patentes de modelo de utilidade junto ao INPI, tendo posteriormente impetrado ações judiciais para fazer valer tais direitos obtidos ilegalmente.

A SDE promoveu a Averiguação Preliminar para apurar a suposta prática pela empresa de alumínio Alcoa de restringir a concorrência mediante à apresentação de pedidos de registros de desenhos industriais e patentes de modelos de perfis de alumínio fraudulentos e da utilização indevida da concessão automática de direitos de propriedade intelectual para ingressar com medidas judiciais em face dos supostos transgressores das patentes sob análise.

²⁸³ WIPO. *An overview of CADE's recente jurisprudence regarding intellectual property*. 2014. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/wipo_cedin.pdf. Acesso em 04 de junho de 2018.

²⁸⁴ CADE, Averiguação Preliminar nº. 08012.005727/2006-50, julgado pelo Tribunal do CADE em 28 de abril de 2010, relatoria de César Costa Alves de Mattos.

Esta estratégia poderia configurar como *sham litigation*, como a Alcoa estava tomando vantagem de uma lacuna no processo de obtenção de patentes com a intenção de prejudicar os concorrentes, qual seja, a concessão automática sujeita a uma análise de confirmação posterior. Além disso, a Alcoa notificou clientes e consumidores sugerindo que era o detentor de patentes que não pertenciam à empresa.

Em sua investigação, a SDE constatou que (a) dentre os pedidos de patentes que estavam sendo contestados como parte da conduta anticompetitiva, seis patentes foram mantidas após a análise de mérito e três ainda estavam sob análise; (b) quatro dos pedidos de patentes haviam sido confirmados após a análise de mérito mesmo antes de o Ministério Público do estado de Minas Gerais ter recebido a denúncia sobre a suposta conduta anticoncorrencial da Alcoa; (c) apenas 5,4% dos produtos ofertados pela Alcoa no mercado relevante eram protegidos por patentes; e, (d) a participação de mercado da Alcoa não foi aumentada pelo registro das patentes.

Além disso, a Secretaria de Direito Econômico constatou que as notificações da empresa para concorrentes e clientes não foram sobre patentes que não pertenciam à Alcoa. De fato, as notificações advertiram os consumidores a certificarem-se de que os produtos que adquiriram de certas marcas não eram falsas, sendo que as marcas em questão pertenciam à Alcoa.

Ao analisar o caso em sede de recurso de ofício, o Conselheiro Relator ressaltou a incompetência do CADE para analisar a procedência de pedidos de patentes de modelo de utilidade e de registros de desenho industrial, o que é de competência do INPI. No entanto, o CADE afirmou que se tais direitos tivessem sido obtidos de forma abusiva, restaria caracterizada infração à ordem econômica, *in verbis*:

Ora, está claro que, ao peticionar ao Judiciário sobre um direito que supostamente não lhe é legítimo, a representada estaria abusando do direito de acesso ao judiciário, extrapolando o fim social e econômico no caso concreto, eis que direito patentário não serve para acobertar patentes fraudulentas, nem tampouco o Judiciário deve ser utilizado como arma competitiva para defender direitos ilegítimos.

(...)

Assim, independente dos efeitos que a obtenção dos registros possa provocar sobre a concorrência, uma vez que estão respaldados pela chancela da instância administrativa responsável, não cabe ao CADE entrar no mérito da legitimidade da sua concessão. O entendimento seria diverso se realmente os registros tivessem sido obtidos de forma abusiva, se valendo do

procedimento célere (e eficiente) com ausência de exame de mérito pela entidade competente²⁸⁵.

No entanto, afirmou que o CADE é competente para verificar se a Alcoa teria praticado *sham litigation* ou abuso de direito. No mérito, o Conselheiro concordou com as conclusões alcançadas pela Secretaria de Direito Econômico.

O Tribunal do CADE acompanhou o voto do Conselheiro Relator. A investigação foi arquivada. A instrução total do caso durou aproximadamente quatro anos.

O caso Editora Nova Atenas e Ponto da Arte Editora versus Ediouro²⁸⁶ também se referiu a suposta prática de *sham litigation*. Editora Nova Atenas e Ponto da Arte Editora acusaram Ediouro de litígios falsos devido à criação de barreiras à entrada no país mercado de publicações de entretenimento, como palavras cruzadas e quebra-cabeças semelhantes. A Ediouro teria exercido direitos de propriedade intelectual que não possuía. Muitos dos procedimentos judiciais iniciados pela Ediouro acabaram em acordos exclusivos com os editores acusados de violar os supostos direitos de propriedade intelectual da Ediouro.

Após investigar, a SG concluiu que Ediouro detinha uma posição dominante no mercado relevante. O argumento de Ediouro pela falta de barreiras à entrada no mercado não foram aceitas pela SG, uma vez que o próprio contencioso judicial pode ser uma barreira à entrada e, se bem-sucedida, essa conduta pode dificultar a entrada no mercado por concorrentes. A SG declarou que a propriedade intelectual sobre os direitos sobre palavras cruzadas já expiraram e atualmente estão no público domínio. Depois de avaliar se a petição de Ediouro foi realizada de forma anticoncorrencial, isto é, se as medidas legais tomadas por Ediouro careciam de uma justificativa razoável, a SG concluiu que Ediouro incorrera em condutas anticoncorrenciais e enviou o caso ao Tribunal do CADE.

Durante a análise do Tribunal do CADE, Ediouro propôs uma solução negociada e celebrou um termo de compromisso de cessação no qual concordou em não aplicar seus direitos de propriedade intelectual sobre uma lista de 32 (trinte e dois) palavras e expressões comuns no mercado de publicações de entretenimento. Ediouro também concordou em abster-se de assinar qualquer processo judicial ou acordo extrajudicial com os concorrentes em relação aos direitos de propriedade intelectual.

²⁸⁵ Fls. 6 e 7 do Voto do Conselheiro César Mattos – grifos nossos.

²⁸⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.005335/2002-67, atermo de compromisso de cessação homologado pelo Tribunal em 17 de agosto de 2016.

O caso Pro-Genéricos/Eli Lilly²⁸⁷, já mencionado no presente trabalho²⁸⁸, referiu-se a uma investigação de *sham litigation* que teve início de denúncia apresentada pela Pró-Genéricos.

As empresas Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company apresentaram depósito de patente de invenção relativo ao processo de preparação do cloridrato de gencitabina, princípio ativo do medicamento Gemzar, de sua fabricação. Esse depósito de patente não se referia ao princípio ativo e tampouco a formulação do medicamento. Desse modo, conforme apurado pela SG, a proteção patente solicitada pela Eli Lilly referia-se estão somente a uma patente de processo a qual garante ao seu titular a exclusividade de uso dos meios para a consecução de determinado resultado, não necessariamente concedendo a exclusividade sobre produto obtido, desde que ele possa ser gerado por outro processo, nos termos do artigo 42 da LPI.

O INPI indeferiu o pedido de patente submetido pela Eli Lilly. A Eli Lilly apresentou pedido de reconsideração afirmando que a proteção era assegurada pelo Acordo TRIPS. O INPI emitiu nova decisão indeferindo o pedido da Eli Lilly dizendo que o TRIPS não se aplicava no momento de depósito do pedido de registro de depósito. Inconformada, a Eli Lilly ajuizou ações judiciais para anular a decisão do INPI e foi bem-sucedida. O INPI realizou nova análise do pedido e concluiu pelo indeferimento do pedido de registro em razão da falta do requisito de atividade inventiva. A Eli Lilly apresentou recurso administrativo e apresentou novo quadro reivindicatório, acrescentando as reivindicações 15 e 16, que tratavam do produto cloridrato de gencitabina e não do processo de obtenção. Esse aditamento foi posteriormente indeferido pelo INPI.

Paralelamente, ela ajuizou novas ações judiciais. Ao analisar as ações judiciais propostas pela Eli Lilly, o CADE identificou que a empresa omitiu uma série de informações relevantes sobre alteração do escopo do pedido de patente – que inicialmente tratava apenas do processo de produção do princípio ativo – e sobre o trâmite do processo administrativo no INPI. Ocorre que, conforme apurado na investigação, a Eli Lilly omitiu da ação promovida no Distrito Federal que o aditamento no requerimento havia sido negado em ação judicial promovida no Rio de Janeiro.

²⁸⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91.

²⁸⁸ Favor referir-se a página 77 e seguintes do presente trabalho.

Desse modo, após ter praticado, ações contraditórias e enganosas movidas na Justiça Federal do Rio de Janeiro, do Distrito Federal e na Justiça de São Paulo, a empresa obteve decisão, em sede de tutela antecipada, emitida pelo TRF da 1ª Região que determinou à ANVISA que não concedesse autorização para outros concorrentes comercializarem produto similar ao Gemzar para tratamento de câncer de mama. A decisão vigorou até março de 2008, quando o STJ entendeu que a manutenção da tutela antecipada poderia causar grave lesão à saúde e à economia pública.

O Tribunal do CADE entendeu que a Eli Lilly cometeu infração à ordem econômica tendo em vista que ela (i) omitiu informações relevantes das ações judiciais induzindo os tribunais a erro; e (ii) tentou estender de forma abusiva os efeitos do direito de exclusividade a outras finalidades terapêuticas não abrangidas pela decisão proferida pelo TRF da 1ª Região, que se restringia ao tratamento de câncer de mama.

Além disso, durante a investigação, as autoridades apuraram que, de julho de 2007 a março de 2008, os concorrentes permaneceram afastados do mercado. Além disso, durante três meses, uma empresa farmacêutica concorrente, a Sandoz, foi proibida de comercializar o produto Gemcit para o tratamento de qualquer câncer, ainda que a liminar obtida pela Eli Lilly se limitasse. Durante esse período, houve aumento substancial de preços, inclusive em licitações públicas.

O Tribunal do CADE entendeu que a apresentação de informações incompletas ou que poderiam induzir os tribunais a erro em disputas cujo o resultado tinha o potencial de afetar o grau de concorrência de mercados relevantes caracteriza infração à ordem econômica. O Tribunal do CADE condenou as empresas investigadas por *sham litigation*. A multa aplicada foi de R\$ 36,6 milhões.

Por fim, o caso Pró-Genéricos/Lundbeck²⁸⁹ referiu-se a uma investigação de *sham litigation* que também teve início a partir de denúncia apresentada pela Pró-Genéricos em junho de 2010. Segundo a denúncia, a Lundbeck (i) seria líder no mercado nacional de antidepressivos devido à comercialização do medicamento de referência Lexapro (a base do princípio ativo escitalopram) e estaria empreendendo esforços para manter, de forma artificial, a exclusividade nesse mercado.

De acordo com a Pró-Genéricos, a Lundbeck estaria movendo uma série de medidas judiciais e extrajudiciais abusivas contra autoridades das áreas sanitária e regulatória

²⁸⁹. Favor referir-se a página 77 e seguintes do presente trabalho.

e contra empresas concorrentes, distorcendo fatos e induzindo os julgadores a erro ao argumentar que empresas concorrentes não poderiam se beneficiar do dossiê que ela submeteu sem a obtenção de uma licença.

Segundo a Lundbeck, configuraria concorrência desleal a utilização de dossiê de empresa concorrente sem licença prévia da detentora do registro do medicamento de referência. Desse modo, a Lundbeck defende que os agentes econômicos que solicitem o registro de medicamentos genéricos/similares deveriam realizar o seu próprio dossiê de dados ou licenciar o da Lundbeck enquanto ele estivesse protegido, para então obter o registro sanitário do medicamento.

De acordo com a instrução realizada pela SG, para a obtenção de registro do medicamento de referência, é necessária a apresentação de custosos e demorados testes de comprovação de segurança e eficácia, que compõem o dossiê os quais são referidos como *data package*. Por sua vez, para o registro de medicamentos genéricos e similares, não é necessário apresentar tais testes, bastando a comprovação de biodisponibilidade e bioequivalência em relação ao medicamento de referência. Dessa forma, o registro de genéricos e similares apoia-se, mesmo que indiretamente, no dossiê apresentado quando do registro do medicamento de referência.

Além disso, a SG apurou que nas maiorias dos países, há proteção legal por determinado período de tempo para o *data package*. No entanto, no Brasil, na África do Sul, e Israel, não há lei específica que assegure a proteção ao *data package* em favor do responsável pela execução dos testes clínicos e não clínicos essenciais ao registro sanitário. Há, portanto, uma lacuna legal a este respeito. É justamente a existência dessa lacuna que levou a Lundbeck a ajuizar ações judiciais para discutir esse tema com base no disposto pelo artigo 5º, XXIX da Constituição Federal²⁹⁰, e artigos 20, V²⁹¹ e 195, XIV²⁹² da LPI que reprimem a concorrência desleal.

²⁹⁰ *Que dispõe: 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.*

²⁹¹ *Art. 20. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:*

V – repressão à concorrência desleal.

²⁹² *Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:*

XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

A SG concluiu que não foram verificados elementos suficientes para caracterização do ilícito de *sham litigation*, tendo em vista que o debate em torno da adequada proteção ao *data package* de medicamentos comporta posições divergentes. Nesse cenário, o CADE não deteria competência para determinar qual entendimento deve prevalecer, ainda que a concessão de proteção ao *data package* possa resultar em menor grau de rivalidade nos mercados relevantes afetados.

A metodologia de análise feita pela Conselheira Relatora envolveu as seguintes etapas: (a) definição de mercado relevante, (b) avaliação sobre poder de mercado detido pela Lundbeck, e (c) testes específicos para verificação de *sham litigation*, a saber, (i) teste POSCO, (ii) teste PRE, (iii) litigância fraudulenta e (iv) acordos judiciais e outras ações. Ao final, a Conselheira Relatora e o Tribunal do CADE concordaram com a opinião da SG e determinaram o arquivamento da investigação.

(b) abusos cometidos na cobrança de *royalties* por associações

No caso Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) versus Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)²⁹³, discutiu-se a prática de duas condutas antitruste, a saber, (i) possível formação de cartel entre ECAD e as associações compõem por meio da fixação em conjunto do valor dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, lítero-musicais e dos fonogramas; e (ii) abuso de posição dominante por parte do ECAD mediante a criação de dificuldades à constituição, funcionamento e associação a ECAD de associações representativas de titulares de direitos autorais.

O voto do Conselheiro Relator Elvino Mendonça destacou que era competente para julgar e sancionar condutas praticadas pelo ECAD e pelas associações membros tendo em vista que a Lei de defesa da concorrência também se aplica a pessoas jurídicas que detivessem monopólios legais, conforme expressamente disposto pelo artigo 31 da Lei. Desse modo, o CADE detinha competência para analisar os eventuais efeitos anti-concorrenciais decorrentes da fixação conjunta dos valores dos direitos autorais referentes à execução pública de obras musicais, lítero musicais e fonógrania.

Ao analisar o regulamento do CADE, o Tribunal do CADE, por maioria, identificou diversas cláusulas que tinham como objetivo obstar a entrada ou adesão de novas associações

²⁹³ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, julgado pelo Tribunal do CADE em 6 de março de 2013, relatoria de Elvino Mendonça Carvalho.

ao ECAD, bem como identificou a prática de fixação conjunta de preços pelas Associações como cartel.

Neste ponto, cabe notar que o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo emitiu voto vista no qual afirmou que concordava que restava caracterizada a imposição de preços abusivos e a criação de barreiras à entrada para novas associações. No entanto, em seu entendimento, não restaria caracterizada a prática de formação de cartel já que as associações membro do ECAD não eram concorrentes. A Conselheira Ana Frazão também compartilhou o entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo.

Desse modo, o Tribunal do CADE considerou que restou caracterizada infração à ordem econômica e aplicou penalidade as Representadas bem como determinou a reformulação do funcionamento do ECAD. A instrução total do caso durou aproximadamente três anos.

(c) Cobrança abusiva de *royalties*

No caso SBI versus Microsoft²⁹⁴, a SBI apresentou representação em face da Microsoft alegando que fixação arbitrária da margem de lucro; concessão de licenças de uso restrito; cobrança de preços excessivos; prática de venda casada de seu sistema operacional e navegador e de seus aplicativos; e imposição de cláusulas abusivas e anticoncorrenciais nos contratos de treinamento.

O CADE apurou que a representante optou por celebrar um contrato educacional específico, que era destinado a instituições educacionais. Esta modalidade de licenciamento envolvia determinadas condições para contratação, que foram consideradas razoáveis pelo CADE. Além disso, o CADE apurou que a Microsoft havia oferecido diversas outras modalidades de licenciamento específicas para fins educacionais, inclusive com preços menores, à Representante. Por essas razões, o Tribunal do CADE entendeu que não havia uma questão concorrencial, mas sim uma disputa privada. Além disso, o CADE ressaltou que a Representada foi compelida a licenciar os softwares que utilizada por sentença judicial, que constatou que várias cópias de produtos Microsoft estavam sendo utilizadas sem a devida licença. Como resultado dessa análise, o Tribunal do CADE determinou o arquivamento da investigação. A instrução total do caso durou aproximadamente cinco anos.

²⁹⁴ CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.004570/2000-50, julgado pelo Tribunal do CADE em 15 de junho de 2005, relatoria de Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

No caso Videolar versus Philips²⁹⁵, discutiu-se uma suposta cobrança abusiva de *royalties*. A Philips era o administrador, no Brasil, do pool de patentes relacionado ao CD-Re formatos de mídia DVD-R. A criação do *pool* de patentes era anterior à introdução da de controles de atos de concentração no Brasil. Videolar, um produtor de discos e fitas de mídia digital, acusou a Philips de abuso de posição dominante mediante a eliminação de formatos de mídia não-ópticos, como VHS, e cobrando abusivos preços para a licença de patentes necessárias para a produção de mídia digital.

A Videolar acusou a Philips de permitir que os concorrentes importassem discos ópticos sem o devido pagamento de *royalties*, tornando assim a Videolar totalmente dependente do pagamento de *royalties* à Philips para desenvolver sua atividade econômica. Além disso, o mercado de mídia magnética concorrente, cujo único produtor no Brasil era Videolar, estava sendo eliminado. Havia uma superioridade tecnológica de mídia óptica sobre mídia magnética. Nesse sentido, a Videolar perdeu sua posição no mercado devido a uma mudança na esfera tecnológica.

A acusação de preços abusivos baseou-se no fato de que os preços cobrados pela Philips no Brasil foram superiores aos cobrados em outros países e a possibilidade de importar CD-R e DVD-R sem *royalties* cobrados por empresas estrangeiras. No entanto, o CADE não identificou evidência da prática de preços abusivos pelas Philips para excluir concorrentes. Além disso, os preços cobrados pela Philips em outros países não eram realmente inferiores aos cobrados no Brasil. Na verdade, uma política especial da Philips deu ao Videolar um desconto de 25% no padrão do valor de *royalties*.

Além disso, o CADE entendeu que as importações de CD-R e DVD-R sem pagar *royalties* para a Philips eram ilegais. A não imposição dos direitos de propriedade intelectual pela Philips em relação a importações ilegais era matéria privada que não gerava dano à concorrência. Como resultado dessa análise, o Tribunal do CADE determinou o arquivamento da investigação. A instrução total do caso durou aproximadamente três anos.

(d) Abuso de direito de propriedade intelectual

No caso Gradiente e CCE versus Philips²⁹⁶, as autoridades investigaram: (i) abuso de posição dominante decorrente de propriedade intelectual, abordando clientes, distribuidores,

²⁹⁵ CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37, julgado pelo Tribunal do CADE em 29 de abril de 2009, relatoria de Paulo Furquim de Azevedo.

²⁹⁶ CADE, Averiguação Preliminar nº 08012.001315/2007-21, julgado pelo Tribunal em 15 de maio de 2009, relatoria de Olavo Zago Chinaglia.

fornecedores e revendedores dos aparelhos de DVD comercializados pelas Representantes para informar que caso comprem, forneçam ou distribuam produtos da Representante, eles estariam obrigados a pagar *royalties* à Philips do Brasil; (ii) inclusão no pool de patentes negociado no mercado, tecnologias que não detêm proteção patentária no Brasil; (iii) prática de preços abusivos para o licenciamento de sua tecnologia; (iv) criação de barreira ao acesso à infraestrutura essencial; e (v) cobrança *royalties* em duplicidade (já que seriam cobrados dos fornecedores de componentes e das empresas que empregam tais componentes na montagem do produto final).

Em fevereiro de 2007, a Gradiente Eletrônica S.A. e Cemaz Indústria Eletrônica da Amazonia CCE apresentaram uma representação em face das empresas Koninkiljke Philips Electronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda. / Philips Intellectual Property & Standards - Bras por suposta infração à ordem econômica nos mercados verticalmente relacionados de tecnologia para produção do hardware leitor e reproduzidor de digital video discs ("DVD") - contida nos aparelhos DVD - e de aparelhos de DVD.

Em sua defesa, a Koninkiljke Philips Electronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda. / Philips Intellectual Property & Standards – Brasil alegaram que se a questão se referia a uma lide privada e pré-existente e que o objetivo das Representantes era evitar o pagamento de *royalties* a Philips.

Em setembro de 2008, a SDE determinou o arquivamento da Averiguação Preliminar por entender pela não- configuração de infração à ordem econômica, recorrendo de ofício ao CADE. De acordo com a nota técnica, a decisão pelo arquivamento foi justificada pelas seguintes conclusões: (i) não caberia ao CADE verificar condutas concorrenciais ocorridas fora do Brasil, tendo em vista o princípio da territorialidade; (ii) como a política das Representadas era de cobrar *royalties* uma vez pela venda de cada aparelho de DVD e não por cada patente, o fato da Philips não deter todas as patentes devidamente concedidas não importaria em conduta ilegal; (iii) como o fabricante dos aparelhos de DVD comercializados pelas Representantes não pagava *royalties*, não se caracterizou a cobrança em duplicidade dos *royalties*²⁹⁷.

A Procuradoria do CADE também opinou pelo arquivamento da investigação. Em apertada síntese, o parecer foca nos seguintes argumentos: (i) os valores dos *royalties* padrão para licenciamento das mídias ótica são fixos e universais, não tendo sido identificados

²⁹⁷ Fls. 888 dos autos.

indícios de preços abusivos no Brasil; (ii) as correspondências da Gradiente provaram que não houve a cobrança de duplicidade de *royalties* já o contratado da Gradiente tampouco pagou os *royalties*; e (iii) a alegação de cobranças de *royalties* por patentes não protegidas não prospera tendo em vista que a cobrança de patentes se dá por unidade produzida e não por patente²⁹⁸.

Em maio de 2009, o Plenário do CADE por unanimidade conheceu o Recurso de Ofício e negou-lhe provimento, mantendo o arquivamento nos termos do voto do Relator Conselheiro Olavo Chinaglia. Em seu voto, o Relator entendeu que o ponto fulcral do caso era definir se houve abuso no exercício dos direitos conferidos às representadas pelas patentes de invenção das tecnologias de produção do hardware leitor e reproduzidor de DVDs. (i) a Phillips detinha um direito juridicamente válido, sendo cabível o exercício de plenos desses direitos; (ii) a ausência de depósito das patentes nos demais países do MERCOSUL não guardava nenhuma relação com conduta discriminatória não tendo as Representantes apresentado nenhuma informação nesse sentido, (iii) o valor dos *royalties* cobrados eram fixos e independiam do número de patentes detidas pelos Representados, (iv) o valor dos *royalties* não pareciam abusivos; (v) não restou comprovada a cobrança em duplicidade já que os fabricantes dos Representantes não efetuaram o pagamento de *royalties*, mas no entendimento do Conselheiro a cobrança de *royalties* de quem quer que utilize sua patente seria legítima; e (vi) não houve recusa injustificada de acesso por parte das Representadas²⁹⁹.

O voto emitido pelo Conselheiro Relator propôs uma abordagem metodológica para a caracterização de infração à ordem econômica. Em seu voto, o Conselheiro defendeu que, para caracterizar o exercício abusivo de direito de propriedade intelectual é necessário averiguar cumulativamente se as seguintes condições são atendidas: (i) o detentor do direito de propriedade intelectual possui posição dominante no mercado relevante afetado pela conduta sob investigação; (ii) existem condições estruturais para o exercício abusivo de posição dominante; e (iii) houve, de fato, abuso, prejudicando – ainda que potencialmente – a concorrência.

Na verdade, nestes casos, o CADE observou que a posição dominante detida pelo representado resultou da proteção legal de sua atividade inventiva e que os preços "excessivos" não representam necessariamente uma violação antitruste. Considerando isso, o CADE concluiu que os preços excessivos são considerados ilegais somente quando resultam do uso ilegítimo do poder de mercado ou dão origem diretamente a efeitos anticoncorrenciais.

²⁹⁸ Fls. 900 a 906 dos autos.

²⁹⁹ Fls.1022 - 1043 dos autos.

Além disso, vale a pena mencionar que, em um dos casos, as empresas acusaram o titular de direitos de propriedade intelectual de conduta discriminatória, uma vez que o réu não havia registrado patentes envolvidas no fabrico do produto em todos os países pertencentes ao MERCOSUL, mas apenas no Brasil, Argentina e Venezuela. Nesse sentido, de acordo com essas empresas, os custos de produção em qualquer outro país que faz fronteira com o Brasil foram reduzidos, em vista da ausência de taxas de *royalties*, o que criaria uma pressão competitiva artificial no Brasil. No entanto, o CADE rejeitou as alegações, observando que a "pressão artificial" sobre os fabricantes locais afetaria o próprio réu, considerando que a empresa possui plantas no Brasil. Além disso, mesmo que os produtos em discussão fossem fabricados em um país.

Esse caso é destacado pela doutrina brasileira como um julgado em que o CADE adotou um posicionamento em linha com a jurisprudência internacional no que tange a caracterização de infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, são as ponderações feitas por Buaz Neto³⁰⁰.

Outrossim, conforme defendido por Lilla³⁰¹, esse julgado seria exemplo de uma postura cautelosa adotada pelo CADE com o intuito de evitar que “*a intervenção antitruste venha a prejudicar a conquista de poder de mercado dentro das regras de mercado, como é o caso do legítimo exercício de poder de direitos de propriedade intelectual*”.

No caso ANFAPE versus Volkswagen, Fiat e Ford³⁰², o Tribunal discutiu se a imposição dos direitos de propriedade intelectual pela FIAT e outras montadoras (mediante medidas judiciais e extrajudiciais) no segmento de reposição de autopeças configura uma violação a ordem econômica.

A Volkswagen, Fiat e Ford são fabricantes de automóveis e detém modelos de design industrial direitos sobre certas partes automotivas de veículos. Tais direitos permitem as empresas têm o direito de produzir e vender essas peças por 10 anos prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada. De acordo com ANFAPE, as empresas acima mencionadas estavam tomando medidas legais contra produtores independentes de autopeças para evitar a venda de autopeças para os veículos das montadoras. A ANFAPE acusou as montadoras de adotar medidas com a intenção de eliminar os produtores independentes das

³⁰⁰ BUAZ NETO, José Alexandre. *The Intellectual Property and Antitrust Review*. Disponível em http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/TheIntellectualPropertyandAntitrustReview_2ndEdition.pdf. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

³⁰¹ LILLA, op. cit., p. 288.

³⁰² CADE, Processo Administrativo 08012.002673/2007-51, julgado pelo Tribunal em 14 de março de 2018.

autopeças mercado de reposição. De acordo com a ANFAPE, a lei da concorrência prevê que a os direitos de propriedade intelectual dos fabricantes de automóveis devem ser executáveis apenas contra os fabricantes rivais de automóveis, e não contra agentes econômicos atuantes em outros mercados como o mercado de reposição de peças.

Em 2007, uma investigação foi iniciada pela SDE. Em 2010, após a instrução da Averiguação Preliminar, o Tribunal decidiu instaurar processo administrativo para identificar o efeito líquido do exercício do direito de propriedade intelectual pelas montadoras. Em seu voto, o Conselheiro Ragazzo afirmou que as violações anticoncorrenciais envolvendo direitos de propriedade intelectual podem ser segmentadas em duas categorias, quais sejam, (i) condutas anticoncorrenciais decorrentes de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial (*e.g. patent ambush, patent flooding* e modificação de patentes pendentes); e (ii) condutas anticompetitivas advindas do abuso do direito de propriedade industrial em si (*e.g. restrições horizontais, fixação de preço de revenda, venda casada, exclusividade, licenciamento cruzado e pools de patente e grantbacks*). Além disso, o Conselheiro afirmou que a aferição de licitude do exercício de um direito de propriedade industrial deve se realizada por meio da aplicação da regra da razão em que sejam ponderados os efeitos positivos e negativos de se manter a imposição dos desenhos industriais. Em apertada síntese, o Conselheiro Ragazzo propôs a seguinte metodologia: (a) adoção da regra da razão e aferição dos efeitos da imposição do direito de propriedade intelectual *no segmento de reposição* a fim de aferir o efeito líquido do exercício dos direitos de reposição; (b) não foram consideradas eficiências os efeitos positivos dos direitos de propriedade industrial que poderiam ser atingidos de outro modo; e (c) foram comparadas duas situações: (a) situação atual em que os direitos de propriedade intelectual no mercado de reposição são exercidos e (b) situação hipotética em que os direitos de propriedade não são exercidos (“*efeitos positivos e negativos de se manter a imposição dos desenhos industriais diante dos FIAPs vis-à-vis liberar a utilização dos desenhos por esses agentes*”). Tendo em vista a existência de indícios de infração à ordem econômica, o Tribunal do CADE determinou a instauração de processo administrativo e a remessa do caso para instrução pela SG.

A SG seguiu a metodologia adotada pelo Tribunal. Em apertada síntese, as montadoras arguíram que: (i) as montadoras exerceram regularmente seu direito, observando os limites impostos pela legislação de propriedade intelectual brasileira vigente; (ii) a proteção ao desenho industrial foi uma opção legislativa e é respaldada pelo Judiciário; (iii) o CADE não pode alterar legislação e, tampouco, políticas públicas em sede de processos administrativos;

(iv) não há previsão legal que limite o exercício de direitos de propriedade intelectual ao mercado primário e vede seu exercício em mercados secundários; (v) eventuais lucros extraordinários decorrentes de direitos de propriedade intelectual são inerentes a natureza e aos fundamentos de existência do direito de propriedade intelectual; e (vi) caso o CADE entenda que a legislação é falha, poderia recomendar a alteração da lei como uma medida de advocacia da concorrência, mas não sancionar as montadoras em processo administrativo.

O INPI emitiu parecer defendendo que as montadoras não abusaram do direito de propriedade industrial tendo em vista que o monopólio temporário conferido refere-se ao produto e não ao mercado relevante, sendo inaplicável a segmentação entre mercado do produto primário e secundário proposta pelo Tribunal do CADE em 2010.

Em 2016, a SG concluiu que a imposição dos registros de desenho industrial pelas montadoras perante os fabricantes independentes de autopeças configuraria infração à ordem econômica.

Em 2017, no julgamento do caso pelo Tribunal do CADE, não houve consenso sobre a configuração de infração à ordem econômica, e a decisão pelo arquivamento foi emitida por maioria de quatro votos, em relação à três vencidos.

Todos os membros do Conselho reafirmaram a plena competência do CADE para analisar casos de abuso de direitos de propriedade intelectual.

O Conselheiro Paulo Burnier, Alexandre Barreto de Souza e João Paulo de Resende votaram pela condenação das Representadas.

O Conselheiro Burnier partiu das mesmas premissas de análise adotadas pelo Tribunal para determinar a instauração do processo administrativo. Ele utilizou a mesma premissa metodológica do Conselheiro Ragazzo no sentido de que o exercício de qualquer direito poderia ser abusivo se ocorrer em desconformidade com a finalidade social prevista na legislação aplicável. Desse modo, tendo em vista que o exercício do direito de propriedade intelectual no mercado de reposição de peças não gerava incentivos para a inovação, ele se dava em desconformidade com a sua finalidade social. Após isso, o Conselheiro procedeu a uma análise dos potenciais efeitos positivos e negativos focado no segmento de peças de reposição e concluiu que a conduta investigada gerava efeitos líquidos negativos.

Em seu voto, Conselheiro Barreto de Souza destacou que a configuração do abuso decorre da imposição do direito de propriedade intelectual para excluir concorrentes do

mercado secundário – o qual não estaria adstrito à proteção legal. Por essa razão, votou pela configuração de infração à ordem econômica.

Em seu voto, o Conselheiro Resende apontou a distinção entre “monopólio legal” e “monopólio econômico”. Para o Conselheiro, existem muitos casos em que o exercício de um direito industrial não gera preocupações concorrenciais porque não produz um monopólio econômico. Outrossim, existem casos em que direitos de propriedade intelectual resultam em monopólios econômicos, no entanto, as características desses mercados podem levar com que a criação do monopólio não resulte em efeitos líquidos negativos relevantes. No entanto, para Resende, no caso ANFAPE, os direitos sobre desenhos industriais resultavam em monopólio em que os altos custos de mudança (*switching costs*) em razão do valor do automóvel, os efeitos *lock-in* e os custos afundados (*sunk costs*), bem como a grande assimetria de informação dos adquirentes de carros face as empresas resultavam em gravosos efeitos líquidos negativos. Outrossim, o Conselheiro entendeu que a imposição desse direito no mercado secundário configurou exercício em desconformidade com a finalidade do direito. Por essa razão, ele opinou pela configuração de infração à ordem econômica e aplicação de penalidades as montadoras.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia e as Conselheiras Cristiane Alkmin Schmidt, Poliana Vilanova e Paula Azevedo votaram pelo arquivamento do processo administrativo tendo em vista a não configuração de infração à ordem econômica.

Em seu voto condutor, o Conselheiro Bandeira Maia ressaltou que a lei não limitou o direito de exclusividade decorrente do direito de propriedade intelectual a um determinado mercado e sim a o objeto patentado/registrado. Desse modo, não poderia o CADE impor uma restrição não prevista em Lei. Outrossim, o Conselheiro ponderou que não é papel do CADE analisar a qualidade da lei vigente, mas tão somente observá-la em suas decisões.

Em seu voto, a Conselheira Cristiane Alkmin Schmidt ressaltou que a regra geral é que o ônus de prova é do CADE. Ela ponderou que a metodologia para a configuração de uma infração à ordem econômica abrange as seguintes etapas: (a) definição da conduta anticompetitiva; (b) definição dos agentes econômicos; (c) definição do mercado relevante; (d) possibilidade de exercício de poder de mercado no mercado relevante afetado; (e) aferição de provas que demonstrem se houve exercício de poder de mercado de forma individualizada pelos agentes econômicos investigados; (f) análise das eficiências geradas pelo ato investigado; e (f) comprovação dos efeitos líquidos negativos gerados pela conduta

investigada. Para a Conselheira Schmidt, o exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual configurariam infrações à ordem econômica em três hipóteses específicas. A primeira delas refere-se a aumento arbitrário de preços das peças protegidas no mercado de reposição. A segunda hipótese poderia referir-se a abuso de direito de petição para excluir concorrentes (*sham litigation*). Por fim, a terceira hipótese refere-se a situações em que o abuso do direito de propriedade intelectual, tal como previsto no artigo 68 da Lei de Propriedade Industrial causassem efeitos líquidos negativos na concorrência, a saber, parar de fabricar peças, provocar desabastecimento no mercado, *evergreening* ou exercício de um direito fraudulento ou extensão indevida em outro mercado. No entanto, nenhuma das referidas hipóteses foi verificada no caso ANFAPE. Desse modo, para a Conselheira, não houve uma conduta anticompetitiva por parte das montadoras já que a Lei prevê e permite a exclusão de concorrentes pelas montadoras. Desse modo, a possibilidade do exercício de poder de mercado decorria de previsão legal, sendo seu exercício legal. Não haveria de se falar em abuso.

A Conselheira Vilanova ressaltou que, no seu entendimento, a questão fulcral do caso era determinar se o direito obtido pela montadora referente ao *design* do carro (como um todo) seria específico para sua atividade econômica exercida no setor primário ou poderia ser exercido no setor secundário. A Conselheira entendeu que não havia qualquer limitação legal ao exercício do direito no setor secundário. Outrossim, ela destacou que um comportamento abusivo caracteriza-se pela ausência de racionalidade econômica para o agente que o adotou e pelo provável efeito negativo sobre a concorrência³⁰³. Logo, ela concluiu que a conduta das montadoras era plenamente racional e que não restaria caracterizado qualquer abuso.

Por sua vez, a Conselheira Paula Azevedo ressaltou que a metodologia para aferição de condutas ilícitas seria composta pelas seguintes etapas: (i) identificação do ato que poderia gerar efeitos anticoncorrenciais; (ii) investigar a detenção de poder de mercado por parte dos agentes econômicos envolvidos e verificar a existência de eventual posição dominante; (iii) análise dos efeitos potenciais do ato sob exame (a fim de identificar seu efeito líquido); e (iv) verificar se não há outro meio menos restritivo capaz de obter os mesmos benefícios. No entanto, no caso concreto, para a Conselheira, as montadoras se valeram única e restritamente

³⁰³ Conforme bem sintetizado pela Conselheira: “A abusividade não está nem na agressividade da estratégia, tampouco na constatação do prejuízo efetivo ou potencial aos rivais em consequência da sua implementação, mas sim na inversão da causalidade entre maximização dos ganhos pelo autor da conduta e o prejuízo decorrente ao ambiente concorrencial.”

de um direito conferido por lei, de modo que não houve abuso de direito de propriedade intelectual.

Pereira Junior e Cabral entendem que o caso ANFAPE é um precedente na política antitruste brasileira em que o Tribunal rejeitou uma posição mais intervencionista e favoreceu uma posição mais equilibrada em relação a direitos de propriedade intelectual. Isso porque prevaleceu o entendimento de que não cabe ao CADE apreciar e alterar políticas relativas a direitos de propriedade intelectual mediante o exame de processos administrativos e que o exercício de direitos de propriedade intelectual nos limites legais não configura infração à ordem econômica³⁰⁴.

(e) Outras condutas – venda – casada

Em Nortox versus Monsanto³⁰⁵, discutiu-se a prática de venda-casada e a recusa de fornecimento.

A empresa Nortox apresentou representação em face da Monsanto alegando que ela estaria praticando venda-casada entre sementes de soja geneticamente modificada e o seu herbicida à base de glifosato. Segundo a representação, a Monsanto teria realizado ações promocionais com o intuito de vincular os dois produtos, subordinando a venda das sementes transgênicas de soja à venda do herbicida de sua própria fabricação. Além disso, a Nortox também se queixou da Representada não ter disponibilizado as sementes geneticamente modificadas para a realização de testes dos herbicidas concorrentes.

Em sua defesa, Monsanto afirmou que não detinha intenção de praticar venda casada e que nunca declarou que há necessidade do uso conjunto de suas sementes com o seu herbicida. Além disso, ela esclareceu que as sementes seriam disponibilizadas assim que fossem comercializadas no Brasil, sendo que ela sequer detinha as licenças necessárias para comercialização em território brasileiro. Por fim, a Monsanto afirmou que a Nortox poderia obter amostra das sementes na Argentina, onde já eram comercializadas.

O Tribunal entendeu que era lícito que a Monsanto esperasse até obter as licenças e iniciasse a comercialização das sementes para fornecê-las a concorrentes. O Tribunal do CADE ressaltou que não é seu papel decidir quando e se um agente econômico lançará um novo produto no mercado. Outrossim, ressaltou que não houve a configuração de venda-

³⁰⁴ PEREIRA JUNIOR, Ademir Antonio e CABRAL, Mário Andrade Machado. *The Intellectual Property and Antitrust Review*, 2018, disponível em <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-intellectual-property-and-antitrust-review-edition-3/1171513/brazil>, Acesso em 21 de agosto de 2018.

³⁰⁵ CADE, Processo Administrativo 08012.008659/1998-09, julgado pelo Tribunal em 27 de junho de 2007.

casada tendo em vista que a representação foi feita sete anos antes de a Monsanto começar a comercializar o produto no Brasil. A instrução total do caso durou aproximadamente nove anos.

B. Comentários sobre os julgados do CADE sobre potenciais abusos de direito de propriedade intelectual

No Brasil, existem poucos julgados que discutem com profundidade as condições para caracterização de infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual.

De fato, a maioria das condutas que foram passíveis de responsabilização pelo CADE refere-se a condutas coordenadas e, mais especificamente, casos de formação de cartel. Desse modo, não se trata de algo específico para casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, mas para condutas unilaterais de forma mais ampla.

No entanto, cabe destacar que todos os casos analisados decorreram direta ou indiretamente de representações feitas por Associações, ou por concorrentes que se sentiram prejudicados. Muitas vezes, as alegações feitas por esses representantes eram inexatas e o arquivamento do caso ocorria simplesmente por não se verificar os supostos fatos narrados na representação.

Outrossim, apenas dos nove casos analisados pelo Tribunal do CADE, o que se verifica é que apenas cinco deles eram processos administrativos, os demais eram apenas Averiguações Preliminares (nome conferido pela Lei 8.884/94 aos processos que são atualmente referidos como Inquéritos administrativos pela Lei 12.529/11). Isso significa que as autoridades de defesa da concorrência sequer identificaram fortes indícios de infrações à ordem econômica. Por essa razão, há ainda muito pouca discussão e jurisprudência sedimentada no Brasil sobre os critérios para aferir se houve ou não configuração de infração à ordem econômica.

Não obstante, é possível extrair alguns conclusões desses casos.

A jurisprudência existente permite afirmar que o exercício de direitos de propriedade intelectual que não foram obtidos legitimamente ou que já expiraram pode configurar infração à ordem econômica, quando ele gerar um efeito líquido negativo (ainda que potencial). Isso

foi admitido de forma expressa e inequívoca nos casos Alcoa e ANFAPE (e, em outros casos mais relacionados à *sham litigation* como Box 3/Shop Tour³⁰⁶). No entanto, a posição do CADE é que ele não é competente para verificar se houve fraudes no registro ou se um titular obteve um direito de propriedade intelectual que não deveria obter. Assim sendo, de acordo com esse posicionamento, não cabe ao CADE invadir a competência do INPI e do Poder Judiciária para declarar se um direito de propriedade é nulo. No entanto, conforme vimos no Capítulo IV, existem julgados que permitiriam defender que o CADE pode declarar uma enganosa ou omissão de fato caso a verifique, tal como ocorreu no caso da Editora Ediouro. De qualquer modo, caso (a) o direito de propriedade intelectual seja anulado e (b) seu exercício tenha gerado um efeito líquido negativo, restaria caracterizada infração à ordem econômica.

Apenas um caso se referiu a uma conduta coordenada, a saber, ECAD. De modo muito similar aos casos dos Estados Unidos e da Comissão Europeia, refere-se a conduta adotada por associação para fixar o valor do pagamento de direitos autorais e exclusão de sociedades. Todos os demais referem-se a casos de condutas unilaterais.

Por sua vez, no que se refere aos limites entre exercício e o abuso do direito de propriedade intelectual, a jurisprudência do CADE não fornece diretrizes tão claras. Embora o Tribunal do CADE tenha reconhecido o direito de detentores de propriedade intelectual cobrarem *royalties*, duas investigações arquivadas já tiveram como parte de seu objeto a aferição se o valor cobrado pelos *royalties* era abusivo. Tratam-se dos casos Gradiente e CCE versus Philips, SBI versus Microsoft e Videolar versus Philips.

Além disso, com base em ANFAPE, é possível afirmar a imposição do direito de propriedade intelectual a terceiros em relação ao produto (independentemente do mercado relevante considerado) não configura infração à ordem econômica. Embora seja verdade que o caso ANFAPE deve ser considerado como um importante julgado — e, no nosso entendimento, equilibrado em relação ao que configura infração à ordem econômica e ao que configura exercício regular de direito — a verdade é que não existe qualquer garantia que a mesma posição será adotada em casos futuros. Como se sabe, as decisões do CADE não configuram precedentes e, por isso, não vinculam as decisões futuras do Tribunal.

³⁰⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40.

CAPÍTULO VII METODOLOGIA DE IDENTIFICAÇÃO DE INFRAÇÕES ANTITRUSTE ENVOLVENDO DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Tênue. Muitos autores que caracterizam assim a distinção entre o exercício e o abuso de posição dominante³⁰⁷. De modo análogo, a doutrina brasileira também afirma que a separação entre o exercício e o abuso de direitos de propriedade intelectual é tênue³⁰⁸.

Nos Capítulo anterior, vimos que essa linha não é tão tênue nos Estados Unidos ou na Comissão Europeia. No entanto, no Brasil, como bem ilustra a dissonância de opiniões no caso ANFAPE, essa linha poderia ter se tornado extremamente tênue.

Neste Capítulo, buscaremos sistematizar as condições para determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual pelas autoridades de defesa da concorrência com base no entendimento que predominou nos casos julgados.

§1 Inadequação da aplicação da metodologia típica aplicável para aferição de legalidade de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual

Conforme vimos no Capítulo I do presente trabalho, o CADE tem aplicado um teste composto por três fases a fim de aferir a ilegalidade de uma conduta: (a) demonstração que o agente econômico praticou a conduta investigada; (b) demonstração que o agente econômico detinha posição dominante a época da conduta investigada; e (c) demonstração que a conduta investigada detinha o potencial de gerar efeitos deletérios à concorrência e que não gerava ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos em potencial. Outrossim, no caso de condutas unilaterais, o CADE também analisa se há justificativas para a adoção do comportamento investigado pelo agente econômico.

Existem dois obstáculos que impedem a aplicação dessa metodologia de análise a direitos de propriedade intelectual, a saber, (a) a necessidade de se considerar não só a

³⁰⁷ *Se, entre nós, a posição dominante não é vedada em si, como coloca o § 1º do art. 36, nem todo o ato praticado por empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal, por vez, é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser verificados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada, atuais e potenciais.* In: FORGIONI, op. cit., p. 144.

³⁰⁸ *A linha que separa a legítima proteção ao direito intelectual e seu exercício abusivo é tênue* In FRAZÃO, op. cit., p. 412; *O limiar é muito tênue*, BRANCHER, op. cit., p. 195.

concorrência estática, mas também a concorrência dinâmica; e (ii) a necessidade da correta identificação de quais são os impactos negativos aos quais a LPI (e demais leis aplicáveis) confere isenção legal e quais não são cobertos pela isenção legal.

A este respeito, cabe resgatar as ponderações feitas por Brancher³⁰⁹:

Revestida com o “manto sagrado” da inovação tecnológica, dos investimentos em P&D e do desenvolvimento econômico, a propriedade intelectual, ao permitir a exclusão de concorrentes dentro do escopo protegido, naturalmente pode levar seu detentor a criar mecanismos ou procedimentos que não necessariamente respeitem os princípios e normas relacionados à liberdade de concorrência e de iniciativa.

O limiar é muito tênue. Decidir se uma determinada conduta deve ser considerada normal ou anticoncorrencial nesse ambiente deve levar em consideração não apenas o momento presente, mas também o passado (o quanto houve de investimento em P&D e se uma condenação do detentor por possível abuso de poder econômico não seria uma penalização excessiva ou desinteressante ao desenvolvimento econômico) e futuro (pois a restrição à atuação do agente pode levar também um desincentivo a tais investimentos).

Desse modo, a metodologia “padrão” não pode ser simplesmente aplicada a casos envolvendo direitos de propriedade intelectual porque ao não considerar o escopo da proteção conferida pela legislação de propriedade intelectual e o impacto da intervenção na concorrência dinâmica, ela não permite que as autoridades de defesa da concorrência evitem erros do tipo I.

§ 2º Inadequação da metodologia proposta pelo Conselheiro Ragazzo no caso ANFAPE

Como mencionado no Capítulo VI, no caso ANFAPE, houve uma discussão relevante sobre a inadequação da aplicação da metodologia mencionada anteriormente já que ela não consideraria o impacto da intervenção do CADE no incentivo à inovação.

Tendo em vista tal discussão, o Conselheiro Ragazzo propôs uma metodologia que englobava uma análise tanto da concorrência estática quanto da dinâmica. No que se refere à concorrência estática, ele propôs a adoção da seguinte metodologia: (a) adoção da regra da razão e aferição dos efeitos da imposição do direito de propriedade intelectual nos mercados relevantes afetados pela conduta investigada a fim de aferir o efeito líquido do exercício dos direitos de propriedade intelectual; (b) não foram consideradas eficiências os efeitos positivos dos direitos de propriedade industrial que poderiam ser atingidos de outro modo; e (c) foram

³⁰⁹ P. 194.

comparadas duas situações: (a) situação atual em que os direitos de propriedade intelectual são exercidos e (b) situação hipotética em que os direitos de propriedade não são exercidos.

Por sua vez, do ponto de vista da concorrência dinâmica, o Conselheiro buscou identificar qual seria o provável impacto da intervenção do CADE nos investimentos em inovação dos mercados relevantes a fim de verificar se a interferência do CADE poderia afetar negativamente a concorrência dinâmica.

Conforme vimos, no julgamento final do caso, o Tribunal do CADE entendeu que a metodologia proposta pelo Conselheiro Ragazzo poderia resultar em uma restrição excessiva dos direitos de propriedade intelectual porque ela não considerava que a legislação de propriedade intelectual confere sim isenção legal a eventuais impactos negativos gerados pelo exercício de direito de propriedade intelectual.

De fato, o problema de aplicar essa metodologia para a análise da configuração de condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual é que seria possível ignorar - por completo - que os eventuais impactos negativos temporários de restrições na concorrência estática impostos por direitos de propriedade intelectual são previstos na Lei e são compensados pelos efeitos dinâmicos na concorrência. Em outras palavras, ela não considerava que os direitos de propriedade intelectual conferem o direito de permitir a exclusão de concorrentes dentro de um escopo limitado.

§ 3º Tentativa de sistematização das metodologias adotadas pelas autoridades de defesa da concorrência

Com base em todo levantamento doutrinário e jurisprudencial realizado, tentaremos sistematizar as condições necessárias para a configuração de infração à ordem econômica, quais sejam: (a) infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual; e (b) infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

A. Infrações antitruste decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

A obtenção de um direito de propriedade intelectual por meio de informações enganosas poderá configurar violação a lei de defesa da concorrência se viabilizar a monopolização indevida de um mercado. Em conformidade com isso, é o entendimento disposto no *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, do U.S. Department of Justice e da *Federal Trade Commission*³¹⁰, segundo o qual o poder de mercado adquirido ou mantido ilegalmente pelo titular de direito de propriedade industrial, poderá caracterizar uma conduta prejudicial à concorrência³¹¹.

Insta salientar, inclusive, que esse entendimento foi adotado pelo Tribunal do CADE no caso Alcoa, como detalhado no Capítulo VI. A decisão do Tribunal que foi aprovada por unanimidade entendeu que a autarquia é incompetente para verificar a procedência da concessão das patentes de modelo de utilidade e a precariedade dos registros de desenho industrial.

Logo, é razoável concluir que a anulação de um direito de propriedade intelectual obtido de forma abusiva poderia expor a empresa a uma condenação pelo CADE caso o exercício da patente tivesse gerado um efeito líquido negativo no mercado relevante afetado pelo direito.

Desse modo, os requisitos para a configuração da conduta são:

- a) que o titular do direito de propriedade intelectual tenha obtido o direito de propriedade intelectual de forma fraudulenta (apresentado informações

³¹⁰ *The Agencies may challenge the enforcement of invalid intellectual property rights as antitrust violations. Enforcement or attempted enforcement of a patent obtained by fraud on the Patent and Trademark Office or the Copyright Office may violate section 2 of the Sherman Act, if all the elements otherwise necessary to establish a section 2 charge are proved, or section 5 of the Federal Trade Commission Act. Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172 (1965) (patents); American Cyanamid Co., 72 F.T.C. 623, 684-85 (1967), aff'd sub. nom. Charles Pfizer & Co., 401 F.2d 574 (6th Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 920 (1969) (patents); Michael Anthony Jewelers, Inc. v. Peacock Jewelry, Inc., 795 F. Supp. 639, 647 (S.D.N.Y. 1992) (copyrights). Inequitable conduct before the Patent and Trademark Office will not be the basis of a section 2 claim unless the conduct also involves knowing and willful fraud and the other elements of a section 2 claim are present. Argus Chemical Corp. v. Fibre Glass-Evercoat, Inc., 812 F.2d 1381, 1384-85 (Fed. Cir. 1987). Actual or attempted enforcement of patents obtained by inequitable conduct that falls short of fraud under some circumstances may violate section 5 of the Federal Trade Commission Act, American Cyanamid Co., supra. Objectively baseless litigation to enforce invalid intellectual property rights may also constitute an element of a violation of the Sherman Act. See Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 113 S. Ct. 1920, 1928 (1993) (copyrights); Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc., 743 F.2d 1282, 1289 (9th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1190 (1985) (patents); Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc., 601 F.2d 986, 992-96 (9th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1025 (1980) (patents); CVD, Inc. v. Raytheon Co., 769 F.2d 842 (1st Cir. 1985) (trade secrets), cert. denied, 475 U.S. 1016 (1986).*

³¹¹ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, do U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, p.4

enganosas no processo de obtenção de patente ou exercício após a expiração do direito de propriedade intelectual);

- b) conduta ativa de imposição de patente;
- c) potencial efeito líquido negativo decorrente da imposição ativa da patente (geralmente, refere-se à exclusão – real ou potencial - de concorrentes).

Pois bem. Se o direito foi concedido pelo INPI, que analisou a observância dos requisitos legais dispostos na legislação, existiria uma presunção de legalidade de que o direito é legítimo e, portanto impenhorável a terceiros. Nesse cenário, questionamos: o que é exatamente essa fraude para obtenção do direito de propriedade intelectual? Pode o CADE declarar que houve fraude?

O CADE enfrentou essa discussão no caso Eli Lilly ao discutir os limites de petição de agentes econômicos. Conforme defendido pelo Conselheiro Gilvandro Araújo Vasconcelos em seu voto vogal e já explicado no Capítulo IV, a análise do CADE deverá ser focada em questões fáticas do caso concreto, qual seja, verificar se o agente econômico dotado de posição dominante apresentou informações enganosas ou omitiu informações relevantes para obter um direito que não deveria ter e o exercício desse direito resulta em efeito líquido negativo, restará caracterizada uma infração à ordem econômica.³¹²

De modo similar, nos casos de *patent ambush*, nos parece que a análise do CADE deverá ser focada em questões fáticas do caso concreto, qual seja, verificar se o agente econômico apresentou informações enganosas ou omitiu informações relevantes de organizações que estavam elaborando a padronização para usufruir de poder de mercado decorrente da adoção de tecnologia que utiliza seu produto ou tecnologia protegido por direitos de propriedade intelectual e o exercício desse direito resultar em efeito líquido negativo, restará caracterizada uma infração à ordem econômica.³¹³

B. Infrações antitruste decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual

Tratam-se das hipóteses em que os titulares de direito legítimos de propriedade intelectual exercem abusivamente seus direitos de propriedade intelectual. Isso se dá em

³¹² CADE. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, julgado em sessão de 24 de junho de 2015.

³¹³ CADE. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, julgado em sessão de 24 de junho de 2015.

hipóteses distintas, quais sejam: (a) quando o titular de um direito de propriedade intelectual tenta alavancar o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para um mercado ou produto em que não detém direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo; e (b) quando o titular de um direito de propriedade intelectual o utiliza para impedir o lançamento de um novo produto, as quais se passa a detalhar.

(a) Infrações decorrentes de tentativas de alavancar o poder de mercado conferido por um direito de propriedade intelectual para criar uma vantagem em um mercado em que não detém direitos de propriedade intelectual

Conforme já discutido no presente trabalho, é inegável que direitos de propriedade intelectual, muitas vezes, não conferem qualquer poder de mercado ao seu titular. No entanto, é correto afirmar que existem hipóteses em que os direitos de propriedade intelectual conferem poder de mercado. Esse poder de mercado é considerado lícito e justificado pela escolha do legislador de conferir exclusividade ao detentor do direito de propriedade intelectual por um período limitado de tempo. Não obstante esse fato, em determinadas situações o detentor de direito de propriedade intelectual utiliza o poder de mercado propiciado pelo referido direito para obter vantagem competitiva em um setor não abarcado pela proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual em questão. Sempre que tal conduta gere um efeito líquido negativo sobre o bem estar, estará sujeita à intervenção das autoridades de defesa da concorrência.

Trata-se, por exemplo, da análise realizada no caso Image Technical Services, Inc. versus Eastman Kodak, Co., discutido no Capítulo VI, houve a tentativa de alavancar o poder de mercado de um segmento no qual se detinha direitos de propriedade intelectual (peças) para um segmento no qual não se detinha direitos (manutenção). Assim sendo, as autoridades entenderam que a Kodak estava tentando alavancar seu poder de mercado conferido legalmente que era restrito a peças a outro mercado, qual seja, de reposição. Note-se que a legalidade ou ilegalidade dessa conduta de expandir o monopólio para um mercado não protegido, foi aferida mediante análise dos efeitos da prática em conformidade com a regra da razão.

Ressalte-se, portanto, que esse precedente indica três condições cumulativas para que se configure exercício abusivo de direito de propriedade intelectual:

- a) que o agente econômico detentor do direito de propriedade intelectual detenha poder de mercado;
- b) que o titular do direito de propriedade industrial tente alavancar o direito de propriedade intelectual para mercado de produto em que não há proteção; e
- c) que a conduta gere um efeito líquido negativo sobre a concorrência.

Verifica-se, portanto, que grande parte das condutas anticoncorrenciais envolvendo os direitos de propriedade intelectual são configuradas por tentativas dos titulares de direitos de propriedade intelectual de expandir o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para mercados relevantes formados por outros produtos na dimensão material.

(b) Infrações decorrentes de uso de um direito de propriedade intelectual impedir o lançamento de um novo produto por concorrente

Existe uma segunda hipótese de violações a ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual. Trata-se da hipótese em que o detentor de direito de propriedade usa seu direito para obstar o lançamento de um novo produto. Nela o direito de propriedade intelectual é utilizado contra a sua função social principal, qual seja, estimular a inovação e a concorrência dinâmica.

Essa discussão foi enfrentada principalmente por autoridades de defesa da concorrência europeias nos casos Microsoft³¹⁴, Magill³¹⁵ e IMS Health³¹⁶, conforme detalhado no Capítulo VI. Em todos os casos acima citados, o titular de um direito de propriedade intelectual utilizou o seu direito de exclusividade para impedir o lançamento de um novo produto não ofertado no mercado. Além disso, é importante salientar que em todos os casos houve uma recusa de licenciar direitos que as autoridades de defesa da concorrência entenderam não ser justificável.

³¹⁴ “(6) (...) the refusal prevents the appearance of a **new product** for which there is potential consumer demand” (Caso T-201/04)

³¹⁵ “(23) The impossibility for publishers to **produce and publish a comprehensive TV guide** results from the refusal of ITP, BBC and RTE to permit the publication of advance weekly listing as well as from the legal proceedings which ITP, BBC and RTE institute against those publishers not respecting the terms of the licences granted and those not granted licences at all.” (Decisão da Comissão Europeia: 89/205/EEC)

³¹⁶ “(...) constitutes an abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 EC where the following conditions are fulfilled: (...) the undertaking which requested the licence intends to offer, on the market for the supply of the data in question, **new products or services** not offered by the owner of the intellectual property right and for which there is a potential consumer demand;” (Caso C-418/01)

Portanto, é possível identificar uma metodologia composta essencialmente pela verificação de cinco condições:

- a) situação específica em que o titular do direito opõe o direito de propriedade intelectual em determinada situação contra um agente econômico determinado;
- b) houve uma recusa por parte do detentor do direito que impossibilitava o desenvolvimento e lançamento de novos produtos;
- c) não havia justificativa plausível para a recusa;
- d) o acesso a licença ou a informação era indispensável para que o outro agente econômico pudesse lançar um novo produto; e
- e) a recusa injustificada gera efeito líquido negativo potencial.

Somente quando se observa essas cinco condições cumulativamente, restará configurada infração à ordem econômica decorrente do exercício abusivo de direito de propriedade intelectual. Isso porque não haverá somente um desvio da função social do direito de propriedade intelectual, mas esse desvio terá o potencial de gerar um efeito líquido negativo sobre a concorrência.

O direito de propriedade intelectual existe para promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico é utilizado – sem justificativa – para impedir o lançamento de um novo produto. Repise-se: o desvio da função social dos direitos de propriedade intelectual ocorre quando o direito que existe para promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico é utilizado para impedir a inovação e o desenvolvimento tecnológico e não da concorrência em si. Só que quando esse abuso do direito de propriedade intelectual também gera efeito líquido negativo sobre a concorrência (em potencial), tem-se também caracterizado um ilícito concorrencial.

Em suma, entendemos que as condições para a configuração de infração à ordem econômica podem ser esquematizadas assim:

- a) **Infrações decorrentes do exercício ilegítimo de direitos de propriedade intelectual:** ocorrem quando o titular comete fraudes no processo de obtenção do direito (não cumprindo com o seu dever de diligência) e o exercício desse direito obtido de forma indevida gera potencial efeito líquido negativo.

- b) **Infrações decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual:** abrangem duas hipóteses: (1) quando o agente econômico tenta alavancar o poder de mercado conferido por um direito de propriedade intelectual para criar uma vantagem em mercado relativo a produto não contemplado pelos direitos de propriedade intelectual e gerar um efeito líquido negativo; e (2) Quando o titular de um direito de propriedade intelectual o utiliza para impedir o lançamento de um novo produto por concorrente (hipótese de flagrante violação da função social do direito de propriedade intelectual) e gera um efeito líquido negativo.

CONCLUSÕES

O presente estudo objetivou identificar e sistematizar, mediante a análise de doutrina e de jurisprudência, as condições necessárias para a caracterização de infrações à ordem econômica decorrentes do exercício de direitos de propriedade intelectual. Para isso, na primeira parte do presente trabalho, estudamos os conceitos e fundamentos básicos a fim de identificar se há algum tipo de isenção antitruste a condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual. Por sua vez, na segunda parte, buscamos identificar os critérios ou condições utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência atualmente para determinar a licitude ou a ilicitude do exercício de direitos de propriedade intelectual do ponto de vista da legislação antitruste.

Hoje é um entendimento consolidado que o exercício de direitos de propriedade intelectual são plenamente compatíveis com a existência de uma política antitruste eficaz e efetiva. Na verdade, tanto a política de proteção a direitos de propriedade intelectual como de defesa da concorrência são instrumentos complementares de promoção da concorrência e do desenvolvimento econômico.

De um lado, a política antitruste visa prevenir o acúmulo excessivo de poder de mercado e coibir comportamentos oportunistas de agentes econômicos que tenham o potencial de limitar ou prejudicar a livre-concorrência, resultando em perdas de eficiência.

Por sua vez, a proteção aos direitos de propriedade intelectual constitui um mecanismo que visa prevenir e coibir a concorrência desleal e que é necessário não só para repressão à concorrência desleal, como também para a preservação da rivalidade nos mercados como para incentivar a inovação. Desse modo, a proteção à propriedade intelectual contribui não só para a manutenção de grau de rivalidade entre os agentes econômicos nos mercados nos quais operam e como também para o progresso econômico e tecnológico.

Além disso, como atualmente já é claramente constatado pela doutrina, é um erro presumir que direitos de propriedade intelectual sempre conferem um monopólio econômico ao agente econômico que os detêm. Também seria um erro presumir que todo direito de propriedade intelectual confere necessariamente poder de mercado. Isso porque o direito de propriedade intelectual confere exclusividade de exploração de um produto ou de uma tecnologia, e não em relação a uma atividade econômica. Em determinados mercados, quando não existem produtos ou serviços ofertados por agentes econômicos rivais que são bons

substitutos àqueles objeto de proteção ou quando os produtos concorrentes representa uma parcela pequena das vendas em um mercado, é que o detentor de um direito de propriedade intelectual poderá deter poder econômico.

Pois bem. Se o papel da política antitruste é coibir o abuso de poder econômico a fim de evitar seus efeitos deletérios como a destruição de bem-estar e transferências de renda arbitrárias do consumidor e são poucas as situações em que direitos de propriedade intelectual conferem poder de econômico a seu detentor, é razoável concluir que não seriam tão comuns a ocorrência de infrações à ordem econômica viabilizadas por direitos de propriedade intelectual. Desse modo, as infrações ordem econômicas envolvendo direitos de propriedade intelectual não configurariam um conflito entre os dois sistemas, mas tão somente hipóteses em que é necessário “ajuste no caso individual”³¹⁷.

Nesse ponto, cabe salientar que tanto a Lei 12.529/11 como a doutrina brasileira admitem claramente que a possibilidade de intervenção do CADE para coibir e punir infrações à ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual. Eis que o desafio na prática é distinguir os casos de abuso dos casos de mero exercício de direito de propriedade intelectual.

A metodologia “padrão” geralmente adotada pelas autoridades para aferir se há a caracterização de infrações à ordem econômica é composta pelas seguintes fases: (a) comprovação de prática da conduta pelo agente econômico; (b) verificação se o agente econômico detém poder econômico; e (c) ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta. Quando a infração permite adotar a regra *per se*, o ônus de prova da autoridade concorrência está mais ligado à primeira fase, qual seja, a comprovação de prática da conduta pelo agente econômico, já que são utilizadas presunções econômicas e legais em relação à detenção de poder econômico e aos efeitos líquidos da conduta. Por sua vez, quando se adota a regra da razão, a investigação e o padrão probatório exigido é elevado tanto para aferir se o agente econômico detém posição dominante como para identificar e ponderar os efeitos anticompetitivos e eficiências econômicas geradas pela conduta já que as autoridades não podem recorrer a presunções.

Ocorre que a aplicação dessa metodologia para aferição de abuso envolvendo casos de propriedade intelectual se reduz a aplicação deste teste: (a) comprovação de prática da

³¹⁷ Tradução do original em inglês pela autora: “*The relevant question is therefore not one of conflict but of complementarity and possibly adjustment in the individual case*”. PEEPERKORN, Luc, op. cit. p. 527.

conduta pelo agente econômico; (b) verificação se o agente econômico detém poder econômico; e (c) ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

Existem dois obstáculos que impedem a aplicação dessa metodologia de análise a casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, a saber, (a) a necessidade de se considerar não só a concorrência estática, mas também a concorrência dinâmica; e (ii) a necessidade da correta identificação de quais são os impactos negativos aos quais a Lei de Propriedade Intelectual confere isenção legal e quais não são cobertos pela isenção legal.

Mediante a análise dos casos concretos conduzidos pelo CADE, identificamos que no início de suas investigações, as autoridades de defesa da concorrência tendem a embasar a decisão de forma genérica no fato de que elas detêm competência para investigar e punir “*os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, exercendo de forma abusiva posição dominante*”, conforme o disposto pelo artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/11.

Em contrapartida, em linhas gerais, as defesas dos administrados focam-se nos seguintes argumentos (a) incompetência do CADE para analisar questões envolvendo direitos de propriedade intelectual devido à existência de normas específicas que regulamentam seu exercício; e (b) os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico não constituem atos ilícitos.

No entanto, ao longo da instrução do caso, muitas vezes, as autoridades de defesa da concorrência aprofundam a discussão e incluem novos critérios de análise que não foram incluídos na nota técnica de instauração e que, portanto, tampouco foram combatidos inicialmente pela defesa. Esta alteração do enfoque de discussão dos casos não só pode resultar em alegações de restrição do direito de defesa (afinal, o ordenamento jurídico brasileiro não admite defesa parcial), como também no prolongamento desnecessário da instrução de casos em que a questão central é predominante de direito.

Mas não é só. A inexistência de critérios claros sobre os limites para o exercício de direitos de propriedade intelectual para a política antitruste gera incerteza jurídica para os administrados. Sem saber o que é lícito e ilícito, os agentes econômicos podem tomar decisões equivocadas que resultem em perda de inovação e de bem-estar.

Outrossim, intervenção excessiva da política antitruste poderá gerar graves prejuízos à concorrência dinâmica nos mercados, tendo em vista que os direitos de propriedade intelectual são instrumentos relevantes para a repressão à concorrência desleal, manutenção de rivalidade nos mercados e criação de incentivos para a inovação tecnológica.

De fato, conforme se verificou no estudo comparado de julgados, não identificamos casos em que as autoridades de defesa da concorrência internacionais simplesmente adotaram a referida metodologia.

No Brasil, o Tribunal enfrentou essa discussão duas vezes no caso ANFAPE. Ragazzo propôs uma metodologia que englobava uma análise tanto da concorrência estática quanto da dinâmica. No que se refere à concorrência estática, ele propôs a adoção da seguinte metodologia: (a) adoção da regra da razão e aferição dos efeitos da imposição do direito de propriedade intelectual nos mercados relevantes afetados pela conduta investigada a fim de aferir o efeito líquido do exercício dos direitos de propriedade intelectual; (b) não foram consideradas eficiências os efeitos positivos dos direitos de propriedade industrial que poderiam ser atingidos de outro modo; e (c) foram comparadas duas situações: (a) situação atual em que os direitos de propriedade intelectual são exercidos e (b) situação hipotética em que os direitos de propriedade não são exercidos. Por sua vez, do ponto de vista da concorrência dinâmica, o Conselheiro buscou identificar qual seria o provável impacto da intervenção do CADE nos investimentos em inovação dos mercados relevantes a fim de verificar se a interferência do CADE poderia afetar negativamente a concorrência dinâmica.

Conforme vimos, no julgamento final do caso, o Tribunal do CADE entendeu que a metodologia proposta pelo Conselheiro Ragazzo poderia resultar em uma restrição excessiva dos direitos de propriedade intelectual porque ela não considerava que a legislação de propriedade intelectual confere sim isenção legal a eventuais impactos negativos gerados pelo exercício de direito de propriedade intelectual. Desse modo, ela não era suficiente para distinguir exercício regular de exercício abusivo.

Em nosso estudo, concluímos que para identificarmos a metodologia aplicável a infrações antitruste envolvendo direitos de propriedade intelectual é útil classificarmos as infrações à ordem econômica em dois grupos principais: (a) infrações decorrentes do exercício ilegítimo (sem base legal ou mediante fraudes) de direitos de propriedade intelectual; e (b) infrações decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

O primeiro grupo refere-se a hipóteses em que um agente econômico obtém um direito de propriedade intelectual quando não deveria obtê-lo, ou seja, quando seu pedido não observa os requisitos dispostos na Lei aplicável.

Logo, é razoável concluir que a anulação de um direito de propriedade intelectual obtida de forma abusiva poderia expor a empresa a uma condenação pelo CADE caso o exercício da patente tivesse gerado um efeito líquido negativo no mercado relevante afetado pelo direito.

Desse modo, os requisitos para a configuração da conduta são:

- a) que o titular da patente tenha obtido o direito de propriedade intelectual de forma fraudulenta (apresentado informações enganosas no processo de obtenção de patente ou exercício após a expiração do direito de propriedade intelectual);
- b) conduta ativa de imposição de patente;
- c) potencial efeito líquido negativo decorrente da imposição ativa da patente (geralmente, refere-se à exclusão – real ou potencial - de concorrentes).

Por sua vez, as infrações decorrentes do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual abrangem duas hipóteses principais: (a) quando o titular de um direito de propriedade intelectual tenta alavancar o poder de mercado conferido pelo direito de propriedade intelectual para um mercado ou produto em que não detém direitos de propriedade intelectual e isso gera um efeito líquido negativo; e (b) quando o titular de um direito de propriedade intelectual o utiliza para impedir o lançamento de um novo produto, as quais se passa a detalhar.

Conforme já discutido no presente trabalho, embora não seja a regra geral, existem hipóteses em que os direitos de propriedade intelectual conferem poder de mercado. Esse poder de mercado é considerado lícito e justificado pela escolha do legislador de conferir exclusividade ao detentor do direito de propriedade intelectual por um período limitado de tempo.

Não obstante esse fato, em determinadas situações o detentor de direito de propriedade intelectual utiliza o poder de mercado propiciado pelo referido direito para obter vantagem competitiva em relação a produto ou mercado relevante não abarcado pela proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual em questão. Sempre que tal conduta gerar um efeito líquido negativo, ela estará sujeita à intervenção das autoridades de defesa da concorrência. Note-se que a legalidade ou ilegalidade dessa conduta de tentar alavancar poder de mercado

deve ser aferida mediante análise dos efeitos da prática em conformidade com a regra da razão.

Ressalte-se, portanto, que a existência de três condições cumulativas para que se configure exercício abusivo de direito de propriedade intelectual:

- a) que o agente econômico detentor do direito de propriedade intelectual detenha poder de mercado;
- b) que o titular do direito de propriedade industrial tente alavancar o direito de propriedade intelectual para mercado de produto em que não há proteção; e
- c) que a conduta gere um efeito líquido negativo.

Existe uma segunda hipótese de violações a ordem econômica envolvendo exercício abusivo direitos de propriedade intelectual. Trata-se da hipótese em que o detentor de direito de propriedade usa seu direito para obstar o lançamento de um novo produto. Nela o direito de propriedade intelectual é utilizado contra a sua função social principal, qual seja, estimular a inovação e a concorrência dinâmica.

Nessa hipótese, é possível identificar uma metodologia composta essencialmente pela verificação de cinco condições:

- a) situação específica em que o titular do direito opõe o direito de propriedade intelectual em determinada situação contra um agente econômico determinado;
- b) houve uma recusa por parte do detentor do direito que impossibilitava o desenvolvimento e lançamento de novos produtos;
- c) não havia justificativa plausível para a recusa;
- d) o acesso a licença ou a informação era indispensável para que o outro agente econômico pudesse lançar um novo produto;
- e) a recusa injustificada gera efeito líquido negativo potencial.

Somente quando se observa essas cinco condições cumulativamente, restará configurada infração à ordem econômica decorrente do exercício abusivo de direito de propriedade intelectual. Isso porque não haverá somente um desvio da função social do direito de propriedade intelectual, mas esse desvio terá o potencial de gerar um efeito líquido negativo sobre a concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA Section of Antitrust Law. *Intellectual Property and Antitrust Handbook*. ABA Publishing, 2007.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.) *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de, *Abuso de Direito e Concorrência Desleal*, São Paulo, Quartier Latin, 2004.

BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em Propriedade Intelectual*, 2005. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/monopolio.doc>. Acesso em 15 de out de 2018.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 84 e 85.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. São Paulo: Ed. Lumen Iures, 2ª ed.

BASSO, Maristela. Análise dos Direitos de Propriedade Intelectual sob a Perspectiva do Direito Antitruste: especial referência as marcas. In: *Revista do IBRAC – Instituto da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, 2019, volume 16/2019, p. 75-100.

BESSEN, Stanley M.; LEVINSON, Robert J. *Lessons from FTC v. Rambus*, 2010, disponível em <https://www.crai.com/sites/default/files/publications/lessons-from-ftc-v-rambus.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BUAZ NETO, José Alexandre. *The Intellectual Property and Antitrust Review*. Disponível em

http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/TheIntellectualPropertyandAntitrustReview_2ndEdition.pdf. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual. Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Ed. Singular, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

_____. *Lei nº 4.137*, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

_____. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 28 de abril de 2016.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.

CARVALHO, Nuno Pires de. *A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas – Passado, Presente e Futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

CARVALHO, Vinicius de Marques. *Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência. Defesa da Concorrência Estudos e Votos*. São Paulo: Singular, 2015.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade intelectual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro vol. I, 1946, p.68.

DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

DRAGO, Bruno de Luca. O Cade e a Repressão Às Condutas Unilaterais. In: *5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*, 2017, disponível em http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%84NCIA_-_IBRAC.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2018.

ELZINGA, Kenneth G. The Goals of Antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? in *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 6 (1977), p. 1191-1213.

EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law, An Analytical Guide to Leading Cases*, 3ª edição, Hart Publishing, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: *Revista da ABPI*, nº 8, ano II, São Paulo, 1993, p. 10-12.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2016.

RODRIGUES, Eduardo Frade. *O Direito Societário e a estruturação do poder econômico*. São Paulo: Ed. Singular, 2016.

FIGUEIREDO, Luciano Vizeu. *A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal*. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/905010>. Acesso em: 15.out.2018.

FRASCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Jurisprudência do CADE 1963-2003*. CD-ROOM

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*, 4ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

GAVIL, Andrew. KOVACIC, William. BAKER, Jonathan. *Antitrust law in perspective cases, concepts and problems in competition policy*. Thomson West, 2002.

GILBERTO, André Marques. *O Processo Antitruste Sancionador. A teoria e a prática das investigações das infrações à concorrência*. São Paulo: ed. Singular, 2ª ed., 2016.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*, São Paulo: Singular, 2006.

GUSMÃO, Jose Roberto d’Affonseca, *Natureza jurídica do direito de propriedade intelectual*. São Paulo, 39 f. Digitadas 1990. (parte não publicada do livro “Acquisition du droit sur la marque au Brésil, L’, Paris: LITEC, 1990, p. 269)

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

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. 4ª edição, Oxford, 2011.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis. Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2013.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy. *A Ordem Econômica e a propriedade intelectual*. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 12, n.3, março 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, Vol. XVII.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

NASCIMENTO, João Paulo Capella. *A Natureza Jurídica do direito sobre os bens imateriais*, Revista da ABPI, v. 28, p.23-32, 1997.)

NERY JR., Nelson. Licença de patente e Prática Anticoncorrencial. In: *Soluções Práticas de Direito*, volume 3/2014, p. 317 – 357.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

LILLA, Paulo. A Proteção da Propriedade Intelectual e seus limites: Uma abordagem de *Law and Economics*, In: *Propriedade Intelectual*, Belo Horizonte, ed. Arraes, 2011.

LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Uma abordagem do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A.V. *A Lei de Propriedade Industrial Comentada*. São Paulo, Ed. Lejus, 1999.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

PEEPERKORN, Luc, 'IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance' (2003) 26 *World Competition*, Issue 4, p. 513–539.

PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M. L. *Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência* disponível no website http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/custos_de_transacao_e_politicas_de_defesa_da_concorrencia.pdf

POSNER, Richard A., *Antitrust Law*, The University Press of Chicago, 2001.

POSSAS, Mario Luiz. *Os Conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência*. Revista do IBRAC, 3 (5), 1996.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: *A Regulação no Brasil: Enfoques Diversos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 1 a 19

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre o Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro & BRANCHER, Paulo (Orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Ademir Antonio e CABRAL, Mário Andrade Machado. *The Intellectual Property and Antitrust Review*, 2018, disponível em <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-intellectual-property-and-antitrust-review-edition-3/1171513/brazil>, Acesso em 21 de agosto de 2018.

POSSAS, Mario Luiz Possas. *Os conceitos de mercado relevante e poder de mercado no âmbito da Defesa da Concorrência*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf, acesso em 10 de junho de 2018,...

RIBAS, Guilherme Favaro. *Venda Casada Anticoncorrencial e Propriedade Intelectual*. Dissertação de Mestrado de 2011. Disponível em:

[file:///C:/Users/joa/Downloads/Guilherme Favaro Corvo Ribas ME.pdf](file:///C:/Users/joa/Downloads/Guilherme_Favaro_Corvo_Ribas_ME.pdf). Acesso em 10 de janeiro de 2018.

RIBEIRO, Elisa Silva A.; ROLIM, Maria João C. P. A propriedade intelectual e a defesa da concorrência: Novo parâmetro ou indefinição de interpretação. Análise do julgamento da Microsoft na questão interoperabilidade In: *Propriedade Intelectual*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011,

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

_____. *Direito Concorrencial: As Condutas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, 3ª edição.

SCHUARTZ, Fernando. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 2009.

SILVA, Antonio C. Fonseca da. Concorrência e propriedade intelectual. Revista do IBRAC, São Paulo, v.5. n. 7, 1998.

SILVA, Alberto Luis Camelier. *Concorrência desleal – atos de confusão*. São Paulo, Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária*. Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SUNWINDER, Mann; GOMEZ, Luis. Licensing. In: *EU Competition Law*, ed. Informa Professional Academy, 2011.

TEECE, David J. Favoring Dynamic over Static Competition Implications for Antitrust Analysis and Policy. In: *Competition Policy and Patent Law under Uncertainty. Regulating Innovation*, Cambridge, 2011.

WILLIAMSON, Oliver. *The modern corporation: origins, evolutions, attributes*. Journal of Economic Literature, Vol. 19, No. 4, 1981.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*, 7ª edição, Oxford: 2011.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 2017, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf, em Acesso em 15 de agosto de 2018.