

# Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual

*Barbara Rosenberg\**

Doutora e Bacharel em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. LL.M., Universidade da Califórnia - Berkeley.

## I. Introdução

Se há uma questão no âmbito antitruste que ainda não mereceu a devida atenção da literatura especializada no Brasil, esta é, sem dúvida, a da interação entre a legislação de defesa da concorrência e a legislação de proteção da propriedade intelectual. A aparente falta de interesse dos estudiosos do tema pode ser atribuída tanto ao fato de a aplicação moderna de ambos o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual ser relativamente recente no Brasil,<sup>1</sup> quanto à própria situação de desenvolvimento econômico do País. De qualquer forma, os problemas econômicos e as discussões jurídicas associados à chamada “nova economia” vêm chamando a atenção para essa questão.

Em outras jurisdições, no entanto, a discussão não é nova. O recurso às decisões da Suprema Corte norte-americana, onipresente e quase sempre necessário no campo do Direito da Concorrência, indica que já em 1900 a discussão começava a se delinear,<sup>2</sup> e em 1962 já havia entendimentos mais ou menos

\* Este artigo foi elaborado em conjunto com Jose Carlos da Matta Berardo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Sem a sua inestimável colaboração, este artigo não teria sido possível.

<sup>18</sup> Ainda que historicamente haja registros de leis brasileiras de defesa da concorrência e de propriedade intelectual bem anteriores a 1994 e 1996, respectivamente, para fins deste trabalho analisaremos apenas as discussões ocorridas a partir dessas datas.

<sup>2</sup> Vide os casos *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902), e *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405 (1908), ao qual se refere Sheila E. Anthony (Antitrust and intellectual property law: from adversaries

consolidados em um certo sentido.<sup>3</sup> No Brasil, contudo, apenas recentemente e que o desenvolvimento econômico vem requisitando um exame mais detido das implicações decorrentes da interação entre o Direito da Concorrência e a proteção da propriedade intelectual.

O presente trabalho, assim, visa a apresentar, de forma geral, os principais aspectos envolvendo a interação entre a legislação de defesa da concorrência e os direitos de propriedade intelectual, à luz da literatura econômica especializada e da experiência internacional sobre o tema. Tendo em vista a complexidade das diversas discussões envolvidas e o espaço exíguo, os autores não têm a pretensão de apresentar o tema de maneira exaustiva ou mesmo de aprofundar as discussões iniciais demasiadamente.

Como nota introdutória, vale dizer que as referências aos direitos de propriedade intelectual feitas neste trabalho envolvem aqueles direitos de propriedade industrial protegidos pela Lei n. 9.279/96 (patentes de invenção e de modelo de utilidade, registros de desenho industrial e de marcas), bem como os direitos de autor e de *software*. Ainda que cada um desses direitos tenha peculiaridades específicas, serão considerados indistintamente em conjunto por apresentarem duas características intrínsecas específicas que servem para caracterizá-los como direitos de propriedade intelectual.

A primeira dessas características é que os direitos de propriedade intelectual apresentam valor econômico: para cada um desses direitos, há, em tese, consumidores dispostos a desembolsar um determinado valor em troca desses bens. A segunda dessas características é que esses direitos podem ser consumidos simultaneamente por terceiros sem que haja uma perda de seu valor para qualquer dos consumidores: os custos de reprodução dos direitos de propriedade intelectual são baixos, podendo esses direitos ser facilmente copiados e apropriados.<sup>4</sup>

## II. Propriedade intelectual e direito da concorrência: uma relação de exclusão?

No plano econômico, um exame superficial do escopo dos direitos de propriedade intelectual, de um lado, e do direito da concorrência, de outro, leva

to partners. *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, v. 28, n. 1, p. 1, 2000. Disponível em: <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipia.shtml>.

Vide o caso *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962), citando o caso *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

PITOFISKY, Robert. Antitrust and intellectual property: unresolved issues at the heart of the new economy. *Berkeley Technology Law Journal*, n. 16, p. 535 e ss., 2001.

à equivocada impressão de que seus respectivos objetivos são contraditórios. Por algumas décadas, parece ter sido esse, inclusive, o entendimento predominante da jurisprudência norte-americana.<sup>5</sup> Ao que tudo indica, a aparente contraditoriedade reside na explicação e na justificação que são usualmente dadas aos direitos de propriedade intelectual.

Em regra, os direitos de propriedade intelectual podem ser brevemente justificados, de uma perspectiva econômica, nas seguintes linhas:

"(...) the creator of an idea has difficulty in appropriating its social value. Granting exclusive property rights to the creator of an idea allows him or her to appropriate much of its social value. Consequently, the incentive to create ideas aligns closely with their social value, as required for efficient innovation. However, this clear social benefit may also entail social costs. The owner of an idea has the right to exclude others from using it. Excluding others from using an idea impedes their dissemination and application. (...)

A valuable invention creates a new product or a cheaper way to produce an old product. Since a valuable invention has no close substitutes, granting a patent creates a monopoly. And as we know, monopolists earn profits that exceed the ordinary rate of return on an investment. These monopoly profits are the inventor's reward supplied by the patent system. However, monopolies impose social costs in that too little of the monopolized good is produced and the price is too high. (...) So patents are a temporary monopoly that reward invention and impede dissemination".<sup>6</sup>

Assim, tem-se que os direitos de propriedade intelectual assemelham-se a *monopólios temporários*, no sentido de os detentores desses direitos estarem autorizados, por força de disposições legais, a impedir que terceiros ofertem o

TOM, Willard K. e NEWBERG, Joshua A. Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field. *Antitrust Law Journal*, v. 66, p. 167-168, 1997, apud KATZ, Ariel. Making sense of nonsense: intellectual property, antitrust, and market power. *Arizona Law Review*, v.49, p. 843.

CE. COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 3. ed. 2000, p. 128 (grifos e notas omitidos). Na mesma linha, vide MERGERS, Robert et al. *Intellectual property in the new technological age*. 2. ed. New York: Aspen, 2000, p. 137: "This [central] theory [behind patent law] posits that inventions are public goods that are costly to make and that are difficult to control once they are released into the world. As a result, absent patent protection inventors will not have sufficient incentive to invest in creating, developing and marketing new products. Patent law provides a market-driven incentive to invest in innovation, by allowing the inventor to appropriate the full economic rewards of her invention".

seu produto. Assim, os detentores dos direitos de PI recebem um “prêmio” (a possibilidade de cobrar preços superiores ao custo marginal de produção de seus bens ou serviços), que decorre da limitação temporária da concorrência.

Afirmar isso é o mesmo que afirmar que os direitos de propriedade intelectual sustentam-se em duas bases distintas e relacionadas entre si: primeiro, a existência de *incentivos* à inovação; segundo, o direito de excluir terceiros de apropriarem-se dessa inovação. Isso tudo para garantir que os agentes privados possam investir no desenvolvimento de produtos ou serviços inovadores e úteis, processos mais eficientes e trabalhos originais, o que é muito desejável caso se admita que o Estado é incapaz de realizar todos os investimentos necessários para tanto.

Como bem resume a literatura especializada:

“The standard economic theory of IP begins with the incentive prong. The investment required for the creation of intellectual goods is often high relative to a very low marginal cost of using or making additional copies of them. Therefore, if use or copying were free to all, price would fall to marginal cost. But because marginal cost is lower than the average cost, the original creator would not be able to recover her initial investment and would therefore refrain from making the investment in the first place. Because they are given a right to exclude others from their work, creators can effect artificial scarcity of their intellectual goods, allowing the price of the intellectual goods to increase and the initial investment to be recouped. The second prong acknowledges that with IP rights comes social cost. Once an intellectual good has been created, the right to exclude limits access for those users who would pay a price higher than the marginal cost of copying or using the intellectual good but lower than the profit-maximizing price set by the right holder. Excluding such users from the good creates a social loss, which economists often term ‘deadweight loss.’ (...) IP rights therefore generate a trade-off between incentive and access. IP laws (...) aim to find the proper incentives for sustained innovation and to minimize the social cost the system imposes.”

Assim, pode-se dizer que a base principal a sustentar os direitos de propriedade intelectual reside na exclusividade temporária de uso de um bem imaterial, exclusividade esta que é concedida e reconhecida pelo Estado como forma de garantir a promoção da inovação. Já afirmamos em outra oportunidade que:

Cf. KATZ, Ariel. Op. cit., p. 841 (grifos e notas omitidos).

“o direito do titular da patente de impedir terceiros de explorarem a invenção é o benefício mais importante decorrente desse direito de propriedade industrial. Se tal prerrogativa não fosse concedida, terceiros poderiam livremente produzir o objeto da patente sem ter incorrido em custos de P&D (*free-riding*), reduzindo os incentivos à criação e inovação. Dai porque se dizer que o escopo último dos direitos de propriedade intelectual seja promover o bem-estar do consumidor por meio dos incentivos de eficiência dinâmica deles decorrentes”.<sup>8</sup>

Há quem afirme que a tal exclusividade corresponderia a uma espécie de monopólio temporário, não obstante tal exclusividade não gere, necessariamente, monopólio sob a perspectiva econômica, já que é possível que diversos direitos de propriedade intelectual concorram entre si. É inegável, contudo, que a exclusividade em questão limita a concorrência no momento imediato (concorrência estática), por vezes criando monopólios temporários, ainda que, no longo prazo, a proteção fomente a concorrência de uma perspectiva dinâmica.

Da perspectiva da aplicação da legislação de defesa da concorrência, é notoriamente sabido que a existência de monopólios é, em regra, nociva. No contexto da legislação antitruste, as situações de *concorrência* são usualmente consideradas superiores, em termos da geração de benefícios ao bem-estar social, às situações de *monopólio*, e, por isso, mais desejáveis.

Isso porque é aceito pela teoria econômica tradicional que os incentivos são maiores para os agentes econômicos atuarem de forma a incrementar o bem-estar social, seja na forma de melhores produtos ou processos, seja na forma de preços mais baixos, naquelas situações em que o grau de concorrência é superior (em um espectro imaginário, quanto mais longe do pólo do monopólio, melhor).

Nesse sentido, cabe apontar para as indicações da literatura econômica:

“Tradicionalmente, as políticas antitruste de diversos países têm como base normativa a teoria neoclássica dos mercados, apresentando como missão, na visão ortodoxa, evitar que as estratégias empresariais impeçam a livre ação das forças de mercado. A argumentação em favor da implementação de políticas antitruste tem como pilar fundamental a proposição de que a concorrência, concebida como um processo em que o funcionamento da ‘mão invisível’ dos mercados seria capaz de gerar o máximo

<sup>8</sup> ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o direito concorrencial no setor farmacêutico. in CARVALHO, Patricia (coord.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 267.

de benefício para a coletividade, deve ser protegida contra alguns efeitos colaterais oriundos do próprio impulso que a movimenta. Sustenta-se que a busca do lucro por agentes privados pode, em certas circunstâncias, levar ao acúmulo assimétrico de poder econômico, tornando-os capazes de manipular as condições de concorrência a seu favor. O principal efeito dessa manipulação, a ser evitado pelos órgãos de defesa da concorrência, seria, então, a redução do grau de eficiência de Pareto e, supostamente, dos níveis de bem-estar social, por meio da fixação de preços superiores aos respectivos custos marginais<sup>9</sup>.

Assim, há uma aparente tensão entre os direitos de propriedade intelectual e a legislação de defesa da concorrência. De um lado, há o incentivo estatal à situação de exclusividade temporária (por vezes, de *monopólio*) quando do reconhecimento de direitos de propriedade intelectual; de outro, o aparato estatal, por meio das autoridades competentes, busca fomentar a concorrência, coibindo as situações de *monopólio*, porque estas são tidas, de forma geral, como socialmente ineficientes.

A tensão que aparentemente existe entre os dois campos<sup>10</sup> decorre do mau emprego – do ponto de vista do direito antitruste – do termo *monopólio* no contexto da aplicação da legislação de proteção da propriedade intelectual, e dos mal-entendidos decorrentes da utilização inapropriada.

Com efeito, a legislação de defesa da concorrência e a legislação de propriedade intelectual visam à promoção da eficiência econômica, ainda que por meios complementares<sup>11</sup> e aparentemente antagônicos. Se, por um lado, a exclusividade na exploração dos direitos de propriedade intelectual pode mitigar a concorrência *estática* e criar ineficiências alocativas que resultam em custos sociais, por outro lado essa exclusividade tem efeitos positivos, em termos de

<sup>9</sup> FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, p. 12 (referências omitidas, grifado).

<sup>10</sup> Vide, por exemplo, a tensão identificada por Denis B. Barbosa (*Uma Introdução à propriedade intelectual*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 93-117).

<sup>11</sup> Cf. *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572 (Fed. Cir. 1990): “[T]he aims and objectives of patent and antitrust laws may seem, at first glance, wholly at odds. However, the two bodies of law are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry and competition”. Há quem diga que os meios são complementares, cf. UNCTAD/ICTSD. *Intellectual property rights and competition. Resource Book on TRIPS and Development: an Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement*, 2003. Disponível em: <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>, p. 5.

eficiência dinâmica, na medida em que estimula a concorrência pela inovação.<sup>12</sup> Diante disso, pode-se afirmar, portanto, que os direitos de propriedade intelectual e o direito concorrencial perseguem a promoção do bem-estar social, ainda que por meios diversos.

No Brasil, no campo do Direito positivo, essa constatação sobre a complementaridade de escopo dos institutos fica ainda mais evidente: não há conflito normativo entre as garantias contidas na Lei n. 8.884/94 e aquelas contidas na Lei n. 9.279/96.

No plano constitucional, a previsão do art. 173, § 4.º, em nenhum momento contrapõe-se ao direito individual garantido pelo art. 5.º, XXIX. Isso porque, grosso modo, o art. 5.º, XXIX, da Constituição não autoriza a concessão de privilégios aos autores de inventos industriais, fazendo ressalvas quanto aos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência. Pelo contrário, podemos afirmar que a interpretação sistemática da Constituição Federal nos leva à conclusão de que há uma comunhão de escopos entre os dispositivos do art. 5.º e do art. 173.

Analisando a questão subjacente às normas de direito positivo, é possível afirmar, sem deixar espaço para questionamentos, que a proteção à propriedade industrial somente se justifica, pelo próprio texto constitucional, pelo incentivo ao “desenvolvimento tecnológico e econômico do país”, expressão que deve ser entendida como *incentivo à inovação*, escopo esse que coincide com aquele da Lei de Defesa da Concorrência.

Mesmo que não expressamente contida no texto constitucional, pode-se afirmar que a adoção de um regime de livre-iniciativa e de livre concorrência também tem como um dos seus fundamentos de legitimidade a promoção do incentivo à inovação, por meio dos processos inerentes aos mecanismos de concorrência.<sup>13</sup> No mesmo sentido, a repressão ao “abuso de poder econômico” visa a preservar o processo competitivo e, assim, possibilitar a manutenção dos

<sup>12</sup> A patente, ao permitir que o titular exclua terceiros de explorar o objeto durante sua vigência, *limita, temporalmente*, o número de concorrentes a fazerem uso daquela invenção. Por essa razão, diz-se que a patente inibe a *concorrência estática*. Por outro lado, na medida em que estimula investimentos em pesquisa para a criação de novas tecnologias, a patente é concebida como um instrumento fundamental para fomentar a *concorrência dinâmica*. Segundo a teoria econômica, essas novas tecnologias concorrerão com as anteriores e, se mais eficientes, substituí-las-ão. Daí por que se dizer que, não obstante as patentes inibam a concorrência estática, funcionam como importante motor para a concorrência dinâmica.

<sup>13</sup> Sobre este ponto, de uma forma mais aprofundada, vide SCHUARTZ. Luis E. Mercados de alta tecnologia: crise anunciada do direito da concorrência? In: GRECO,

benefícios gerados pelo processo competitivo entre as empresas, entre os quais a própria inovação.

Nesse sentido, destaca-se trecho de relatório publicado pela *Federal Trade Commission*, uma das autoridades responsáveis pela aplicação da Lei de Defesa da Concorrência nos Estados Unidos, sobre a articulação entre a aplicação do Direito da Concorrência e os direitos de propriedade industrial:

“Competition and patents are not inherently in conflict. Patent and anti-trust law ‘are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry, and competition’. Patent law plays an important role in the property rights regime essential to a well-functioning competitive economy. For example, firms may compete to obtain the property rights that patents convey. Patents do not necessarily confer monopoly power on their holders, and most business conduct with respect to patents does not unreasonably restrain or serve to monopolize markets. Even when a patent does confer monopoly power, that alone does not create an antitrust violation. Antitrust law recognizes that a patent’s creation of monopoly power can be necessary to achieve a greater gain for consumers.

Analogously, the Supreme Court has recognized the importance of competition to the patent system. ‘[F]ree competition’ is ‘the baseline’ on which ‘the patent system’s incentive to creative effort depends’. By limiting the duration of a patent, ‘[t]he Patent Clause itself reflects a balance between the need to encourage innovation and the avoidance of monopolies which stifle competition without any concomitant advance in the ‘Progress of Science and useful Arts’ ”.<sup>14</sup>

De maneira semelhante, a Comissão Europeia expõe a mesma visão:

“The fact that intellectual property laws grant exclusive rights of exploitation does not imply that intellectual property rights are immune from competition law intervention. (...) Nor does it imply that there is an inherent conflict between intellectual property rights and the Community competition rules. Indeed, both bodies of law share the same basic

Marco A.; MARTINS, Ives G. (coord.), *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Ed. RT, 2001, esp. p. 99-104.

<sup>14</sup> U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*, out. 2003, p. 2-3 (notas omitidas). No mesmo sentido, cf. documento mais recente (de abril de 2007) das autoridades norte-americanas, vide U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition*, 2007, p. 1-6.

objective of promoting consumer welfare and an efficient allocation of resources. Innovation constitutes an essential and dynamic component of an open and competitive market economy. Intellectual property rights promote dynamic competition by encouraging undertakings to invest in developing new or improved products and processes. So does competition by putting pressure on undertakings to innovate. Therefore, both intellectual property rights and competition are necessary to promote innovation and ensure a competitive exploitation thereof”.<sup>15</sup>

Assim, considerando-se os efeitos sobre a concorrência dinâmica ao longo do tempo, parece-nos inafastável a conclusão de que não há qualquer relação de exclusão, ou, ainda, qualquer tensão entre o direito da concorrência e a proteção da propriedade industrial. Pelo contrário, repita-se, a relação é de complementaridade.

No plano normativo também não se encontra qualquer contrariedade entre as normas identificadas (Leis n. 8.884/94 e 9.279/96). Em linha com a Constituição Federal, os dispositivos legais apresentam-se harmônicos e integrados, corroborando com o entendimento no sentido de que propriedade intelectual e concorrência não se excluem mutuamente.

Esse entendimento foi recentemente adotado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. No contexto da análise de um caso envolvendo a utilização de desenhos industriais resguardados pela Lei n. 9.279/96, a autoridade investigadora apontou justamente nessa direção:

“Para incentivar investimentos privados em inovação e evitar comportamentos oportunistas por parte de outros agentes econômicos, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, incluindo tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, garantem a proteção dos direitos de propriedade industrial por determinado período de tempo, observados os requisitos da lei.

Direito de propriedade industrial e direito da concorrência são complementares, uma vez que o objetivo de ambos é promover a inovação e, conseqüentemente, a concorrência e o desenvolvimento econômico. Inovação beneficia os consumidores por meio do desenvolvimento de novos e melhores produtos, serviços e processos produtivos”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Commission Notice: guidelines on the application of article 81 of the EC treaty to technology transfer agreements*. 101/2, 2004 (notas omitidas).

<sup>16</sup> Cf. Parecer na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51 (Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças e outros).

Diante dessa constatação, cabe analisar como tal relação de complementaridade se traduz na prática de aplicação do Direito da Concorrência.

### III. Propriedade intelectual e poder de mercado: um debate resolvido?

Acreditamos que as questões relativas à problemática “PI x concorrência” estão no plano da aplicação do direito, e não no plano normativo; em outras palavras, a tradução da complementaridade normativa em práxis de aplicação do direito é que se mostra complexa, e não a própria relação de complementaridade.

Isso ocorre exatamente porque a *necessária* limitação à utilização da inovação por terceiros, que é inerente aos direitos de propriedade industrial, muitas vezes pode transpor a medida do que seria suficiente para a proteção dessa propriedade, servindo, a partir do momento em que deixa de ser suficiente, como limitação abusiva da concorrência, punível, portanto, pelos ditames constitucionais corporificados na Lei n. 8.884/94.

Logo, cabe ao aplicador do direito da concorrência, ao se deparar com uma questão envolvendo direitos de propriedade intelectual, primordialmente identificar, no contexto da análise dos efeitos competitivos de uma dada prática, a tênue linha que divide a legítima proteção da invenção industrial do uso *abusivo* dessa proteção.

Ainda que seja um tema controverso,<sup>17</sup> parece-nos haver um consenso na literatura e nos precedentes no CADE no sentido de que a identificação de

Os casos brasileiros envolvendo a caracterização de condutas unilaterais (mesmo que não envolvam direitos de propriedade intelectual) são poucos e esparsos, não se podendo ainda identificar um padrão consistente e convergente de decisões que seja suficiente para auxiliar na compreensão e caracterização mais ou menos objetiva das práticas proibidas pelo art. 20 da Lei n. 8.884/94. De qualquer forma, não se trata de dificuldade que diga respeito apenas à legislação ou às autoridades brasileiras. As autoridades estrangeiras têm recorrentemente feito referência ao tema, indicando ainda não haver sinalização segura e confiável sobre a caracterização de ilícitos envolvendo condutas unilaterais. Na Europa, afirmou-se que “proving that a firm has engaged in exclusionary practices is not an easy task. This is an area of competition law where it is difficult to adopt simple rules and where each case is often a special one” (MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 36). Nos Estados Unidos, por sua vez, especialistas já disseram que “a number of contemporary cases on exclusionary practices tend to be noncommittal if not obfuscatory in their usage of ‘anticompetitive’” (FOX, Eleanor. What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect. *Antitrust Law Journal*, 70, p. 383, 2002) e que

um *abuso de posição dominante* para fins de aplicação da legislação antitruste brasileira (*i.e.*, a identificação de um ilícito nos termos do art. 20 da Lei n. 8.884/94) depende da verificação dos efeitos líquidos da conduta tida como abusiva sobre o bem-estar social. Em outras palavras, a avaliação da licitude de uma determinada conduta passa necessariamente pelo sopesamento de seus efeitos anticompetitivos (os prejuízos) e de seus benefícios para a sociedade (os ganhos). De modo geral, caso os ganhos sejam equivalentes ou maiores do que os prejuízos, não se pode caracterizar a prática questionada como ilícita.<sup>18</sup>

A verificação dos efeitos líquidos de uma prática (*i.e.*, de sua licitude) passa pela análise de diversos elementos, mas a condição *sine qua non* para que uma eventual conduta seja considerada ilícita é, sem dúvida, a existência de poder de mercado por parte da empresa acusada. No contexto da análise da interação entre propriedade intelectual e direito da concorrência, é de especial interesse avaliar a extensão do conceito de poder de mercado e as implicações dos direitos de propriedade intelectual para fins desse conceito.

Poder de mercado pode ser definido, de forma simplificada, como a capacidade de impor, de maneira lucrativa e duradoura, preços superiores aos competitivos, com redução da quantidade ofertada a um nível inferior ao eficiente.<sup>19</sup> Assim, uma empresa em situação de concorrência perfeita (*price taker*) não tem qualquer poder de mercado, ao passo em que um monopolista, evidentemente, tem o máximo poder de mercado possível, com o perdão do pleonasma. Logo, quanto mais próxima for a situação analisada de um monopólio, maior será o poder de mercado da empresa envolvida.<sup>20</sup>

“notwithstanding a century of litigation, the scope and meaning of exclusionary conduct under the Sherman Act remain poorly defined” (HOVENKAMP, Herbert. Exclusion and the Sherman Act. *72 University of Chicago Law Review*, 147, 2005).

<sup>18</sup> Nos termos do Anexo I à Resolução CADE n. 20/99: “A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes, de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor”.

<sup>19</sup> Cf., por exemplo: ARFEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust analysis*. 6. ed. New York: Aspen, 2004. p. 483-498.

<sup>20</sup> Evidentemente, a discussão não é tão simples, mas a aproximação apresentada é suficiente para fins da discussão que se pretende fazer. Para um aprofundamento quanto à questão do poder de mercado, vide AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW. *Market power handbook*, 2005.

A identificação da existência de poder de mercado depende da definição de mercado relevante e das demais condições de concorrência (barreiras à entrada, rivalidade etc.) do mercado relevante em questão. De qualquer maneira, cabe investigar em que contexto se insere a propriedade intelectual nessa etapa da análise da licitude de determinadas condutas.

Tomemos por base um histórico resumido dos entendimentos sobre o tema nos Estados Unidos.

Em outros tempos, já se afirmou que a existência de um determinado direito de propriedade intelectual não poderia ser utilizada para fins de caracterização de um ilícito concorrencial. As condutas unilaterais envolvendo direitos de propriedade intelectual foram em geral vistas como lícitas por si sós, durante um determinado período;<sup>21</sup> afinal, tratava-se de um “monopólio” concedido ao titular do direito pelo próprio estado, não fazendo sentido, à época, atribuir a esse “monopólio” um caráter ilícito. Conforme já se afirmou:

“The thinking that patent law and antitrust worked toward opposite purposes had another effect. In any given case, courts and the agencies had to find that one or the other concept took precedence. This meant that in many cases, the courts considered patents to be a government-endorsed exception to the antitrust laws. In fact, for a long time, the courts held that the patent exception was so broad as to immunize from antitrust scrutiny the conduct of firms holding patents. In one case, the Supreme Court even found that conduct involving price fixing merited immunity.”<sup>22</sup>

Tal entendimento foi paulatinamente modificado ao longo dos anos,<sup>23</sup> havendo uma redução no âmbito da proteção estatal garantida à exclusividade (o equivocado “monopólio”), sendo tidas como lícitas apenas aquelas práticas

<sup>21</sup> Identificado como compreendendo o período entre 1890 e 1920, cf.: TOM, Willard K. e NEWBERG, Joshua A. Op. cit., p. 167.

<sup>22</sup> Sheila E. Anthony (op. cit.), fazendo referência ao caso *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou, em uma decisão hoje em dia considerada absurda, por se tratar da formação de um cartel *hard-core*, o seguinte: “the general rule is absolute freedom in the use or sale of rights under the patent laws of the United States. The very object of these laws is monopoly, and the rule is, with few exceptions, that any conditions which are not in their very nature illegal with regard to this kind of property, imposed by the patentee and agreed to by the licensee for the right to manufacture or use or sell the article, will be upheld by the courts. The fact that the conditions in the contracts keep up the monopoly or fix prices does not render them illegal”.

<sup>23</sup> O segundo período normalmente é identificado como compreendendo o período entre 1920 e 1980.

que se verificavam, no entender dos julgadores, dentro do escopo do direito de propriedade intelectual questionado (por exemplo, uma patente permitia apenas que o inventor impedisse terceiros de copiar o seu invento, mas não o autorizava a licenciá-la em conjunto com outros bens ou serviços). Qualquer prática em sentido contrário, contudo, era vista pelas autoridades de defesa da concorrência como ilícita, já que se entendia, naquele momento, que a exclusividade concedida ao titular de um direito de propriedade intelectual confundia-se com o conceito antitruste de poder de mercado.<sup>24</sup>

Nesse cenário, em meados das décadas de 1960 e 1970, o Departamento de Justiça norte-americano chegou a identificar, ainda que não oficialmente, um conjunto de práticas envolvendo o licenciamento<sup>25</sup> de direitos de propriedade intelectual que eram tidas pelo órgão como ilícitas *per se* (esse conjunto foi chamado de “The Nine No-Nos”).<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Emblemática desse período foi a decisão da Suprema Corte no já citado caso *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962), notas e referências omitidas, grifado: “A tie-in contract may have one or both of these undesirable effects when the seller, by virtue of his position in the market for the tying product, has economic leverage sufficient to induce his customers to take the tied product along with the tying item. The standard of illegality is that the seller must have ‘sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product’. Market dominance – some power to control price and to exclude competition – is by no means the only test of whether the seller has the requisite economic power. Even absent a showing of market dominance, *the crucial economic power may be inferred from the tying product's desirability to consumers or from uniqueness in its attributes*. The requisite economic power is presumed when the tying product is patented or copyrighted. *This principle grew out of a long line of patent cases which had eventuated in the doctrine that a patentee who utilized tying arrangements would be denied all relief against infringements of his patent. These cases reflect a hostility to use of the statutorily granted patent monopoly to extend the patentee's economic control to unpatented products. The patentee is protected as to his invention, but may not use his patent rights to exact tribute for other articles.*”

<sup>25</sup> Grosso modo, licenciamento é o ato pelo qual o titular de uma patente, por exemplo, cede a um terceiro o direito de explorar essa patente, normalmente mediante o pagamento de um determinado valor (*royalties*) e sujeito a certas restrições territoriais e de pesquisa e desenvolvimento.

<sup>26</sup> O conjunto de práticas reputadas como ilícitas envolviam: “(1) tying the purchase of unpatented materials as a condition of the license, (2) requiring the licensee to assign back subsequent patents, (3) restricting the right of the purchaser of the product in the resale of the product, (4) restricting the licensee's ability to deal in products outside the scope of the patent, (5) a licensor's agreement not to grant further licenses, (6) mandatory package licenses, (7) royalty provisions not reasonably

Segundo a literatura especializada, esses dois períodos, ainda que distintos quanto ao teor das decisões, partem do entendimento de que a existência de um determinado direito de propriedade intelectual efetivamente garante ao seu titular poder de mercado no sentido antitruste do termo.<sup>27</sup> Isso explica, de uma certa forma, o tratamento leniente (reconhecendo até mesmo que a prática de cartel estaria protegida pelo direito de propriedade intelectual) concedido pelas autoridades norte-americanas às práticas envolvendo direitos de propriedade intelectual no primeiro período (1890 a 1920), assim como também explica o exagerado rigor (punindo condutas claramente pró-competitivas) aplicado no segundo período (1920 a 1980).

De modo geral, portanto, segundo esse entendimento, não seria necessário realizar uma análise das possibilidades de substituição do bem protegido pelo direito de propriedade intelectual em questão para que se identificasse a existência de poder de mercado. Se houvesse, por exemplo, uma discussão em torno da utilização de uma patente, restaria configurado que o detentor da patente detinha poder de mercado. A literatura especializada acredita que tal presunção (direito de propriedade intelectual = poder de mercado) surge do fato de que a obtenção dos direitos de propriedade intelectual é relativamente fácil, e a proteção (*i.e.*, o direito de impedir que terceiros se apropriem do direito) concedida muito extensa.<sup>28</sup>

Contudo, a partir da década de 1980, percebe-se uma mudança de entendimento. Cada vez, mais, consolida-se a visão de que as leis antitruste e os direitos de propriedade intelectual encontram-se em harmonia, não apresentando objetivos contrapostos ou conflitantes. Essa mudança de entendimento culminou com a edição, em 1995, de um guia para a análise do licenciamento de propriedade intelectual, utilizado pelas autoridades norte-americanas até os dias hoje.

related to the licensee's sales, (8) restrictions on a licensee's use of a product made by a patented process, and (9) minimum resale price provisions for the licensed products". Vide: TOM, Willard K.; NEWBERG, Joshua A. U.S. enforcement approaches to the antitrust-intellectual property interface. In: ANDERSON, Robert D.; GALLINI, Nancy T. (org.). *Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy*. Calgary: University of Calgary, 2001, p. 349. Cf. também os comentários do então Procurador responsável pela Divisão Antitruste do U.S. DoJ, Bruce B. Wilson (*Remarks before the Fourth New England Antitrust Conference, Patent and Know-How License Agreements: field of use, territorial, price and quantity restrictions*, nov. 6, 1970.

<sup>27</sup> KATZ, Ariel. *op. cit.*, p. 844.

<sup>28</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2. ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 141.

Esse documento evidencia uma mudança de postura das autoridades em relação aos direitos de propriedade intelectual, e, de certa maneira, resolve o conflito que aparentemente existia até então, privilegiando, na análise antitruste, a verificação da existência de concorrência entre diversos produtos substitutos, ainda que protegidos por direitos de propriedade intelectual.

Dentre as principais proposições desse guia, destaca-se o fato de salientar que os direitos de propriedade intelectual devem ser tratados como se fossem qualquer outro tipo de direito, ainda que levadas em consideração suas características peculiares (como a maior facilidade de apropriação indevida devido aos baixos custos de reprodução de uma invenção). Isso significa, por exemplo, que uma patente deve ser tratada pelas autoridades como se fosse um insumo como qualquer outro. Além disso, esse guia reconhece que a análise a ser feita pelas autoridades em casos envolvendo propriedade intelectual deve seguir necessariamente os passos tradicionais da análise antitruste.

Relevante, nesse contexto, fazer referência ao próprio texto das autoridades norte-americanas:

"The Agencies apply the same general antitrust principles to conduct involving intellectual property that they apply to conduct involving any other form of tangible or intangible property. That is not to say that intellectual property is in all respects the same as any other form of property. Intellectual property has important characteristics, such as ease of misappropriation, that distinguish it from many other forms of property. These characteristics can be taken into account by standard antitrust analysis, however, and do not require the application of fundamentally different principles."<sup>29</sup>

Assim é que surge o elemento central desse guia e que é objeto particular de nosso interesse neste trabalho. Efetivamente, as autoridades antitruste norte-americanas reconhecem que a existência de um determinado direito de propriedade intelectual não necessariamente corresponde à existência de poder de mercado, alinhando a prática antitruste com a teoria econômica mais abalizada, garantindo melhores resultados à análise antitruste e, conseqüentemente, à consecução de seus objetivos. De acordo com esse guia:

"Market power is the ability profitably to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right

<sup>29</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*, abr. 1995, § 2.

confers the power to exclude with respect to the *specific* product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power. If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws. As with any other tangible or intangible asset that enables its owner to obtain significant supracompetitive profits, market power (or even a monopoly) that is solely 'a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident' does not violate the antitrust laws".<sup>30</sup>

Logo, as autoridades antitruste, a fim de verificar a existência de poder de mercado, devem sempre perquirir se o direito de propriedade intelectual investigado (ou o bem objeto de proteção, conforme for o caso) apresenta substitutos próximos, seguindo a metodologia tradicional de análise antitruste. Trata-se de um avanço considerável na análise da interface entre propriedade intelectual e concorrência e que deve ser necessariamente levado em consideração como instrumento de política de defesa da concorrência.

Imagine-se, nesse contexto, um singelo exemplo: um laboratório pode ter desenvolvido e patenteado uma droga A, para o tratamento de um dado distúrbio. Um laboratório concorrente, por sua vez, desenvolve e patenteia uma droga B, para tratamento do mesmo distúrbio, e um terceiro laboratório C, por sua vez, patenteia e lança uma droga C para o mesmo fim.

Parece claro que A, B ou C podem ser considerados como concorrentes nesse mercado (o de medicamentos para tratamento do distúrbio em questão<sup>31</sup>). Atribuir a qualquer um dos laboratórios poder de mercado unicamente *em função* da existência das patentes é evidentemente equivocado, já que, *tudo o mais constante* (no sentido de que as demais características técnicas dos medicamentos em questão não os colocam em mercados relevantes distintos), a

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>31</sup> Ainda que, nesse exemplo em particular, eventuais efeitos colaterais dos medicamentos, bem como as eventuais restrições de uso possam colocar tais medicamentos em mercados relevantes distintos; a definição de mercado relevante envolvendo medicamentos é certamente mais complexa do que isso, e o exemplo se justifica apenas como elemento didático. Para um aprofundamento da questão, vale a leitura do documento disponibilizado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça sobre a definição de mercados relevantes envolvendo medicamentos: SAFA-TLE, Leandro P. et al. *Procedimentos para a definição e análise antitruste de mercados relevantes de medicamentos*, 2007. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>.

aplicação do chamado "teste do monopolista hipotético"<sup>32</sup> demonstraria que um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preço na droga A levaria a um aumento no consumo das demais drogas e vice-versa.

Em 2006, a Suprema Corte dos Estados Unidos abraçou o entendimento das autoridades de defesa da concorrência daquele país, indicando expressamente que não se pode admitir a hipótese de que a existência de poder de mercado seja presumida em razão da existência de direitos de propriedade intelectual:

"It is no doubt the virtual consensus among economists that has persuaded the enforcement agencies to reject the position that the Government took when it supported the *per se* rule that the Court adopted in the 1940's. In antitrust guidelines issued jointly by the Department of Justice and the Federal Trade Commission in 1995, the enforcement agencies stated that in the exercise of their prosecutorial discretion they 'will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner'. U. S. Dept. of Justice and FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. While that choice is not binding on the Court, it would be unusual for the Judiciary to replace the normal rule of lenity that is applied in criminal cases with a rule of severity for a special category of antitrust cases.

Congress, the antitrust enforcement agencies, and most economists have all reached the conclusion that a *patent does not necessarily confer market power upon the patentee*. Today, we reach the same conclusion, and therefore hold that, in all cases involving a tying arrangement, the plaintiff must prove that the defendant has market power in the tying product".<sup>33</sup>

Tem-se, dessa forma, que é praticamente pacífico<sup>34</sup> na prática do direito da concorrência norte-americano que os direitos de propriedade intelectual não garantem ao seu titular poder de mercado no âmbito antitruste. Há quem diga, inclusive, que essa hipótese é *nonsense*.<sup>35</sup>

À luz do exposto acima, entende-se que a teoria econômica que subjaz à experiência norte-americana pode ser aproveitada, em grande medida, na

<sup>32</sup> Cf. a Portaria Conjunta da SAE do Ministério da Fazenda e da SDE do Ministério da Justiça n. 50, de 1.º de agosto de 2001, itens 29 e 30.

<sup>33</sup> Cf. *Illinois Tool Works Inc. et al. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006) (notas omitidas, grifado).

<sup>34</sup> Há autores que identificam problemas na "não presunção" defendida pela Suprema Corte norte-americana, por razões bem estruturadas e apresentadas (cf. KATZ, Ariel. Op. cit. p. 851). Trata-se, contudo, de corrente minoritária.

<sup>35</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust police*, cit., p. 142.

aplicação do direito da concorrência brasileiro, especificamente no que toca ao tratamento a ser dado aos direitos de propriedade intelectual quando da realização da análise antitruste de questões envolvendo esses direitos.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, inclusive, já decidiu nesse sentido, fazendo referência à decisão acima mencionada e afirmando que

“Como é amplamente difundido, direitos de propriedade industrial não necessariamente conferem poder de mercado a seus detentores. Ainda que assim seja, isso por si só não caracteriza violação antitruste: a criação de monopólio (temporário) pode ser necessária para obter um ganho maior para os consumidores (decorrentes de efeitos dinâmicos que superam as esperadas perdas estáticas) e, assim, justifica a proteção.

Portanto, eventual monopólio sobre determinadas autopeças foi atribuído com base na Lei n. 9.279/96, por razões específicas que serão vistas mais adiante e que não provocam a exclusão dos fabricantes independentes do setor de autopeças. Ou seja, no caso destes autos (...) o monopólio legal apenas inviabiliza a concorrência sobre algum modelo específico de uma dada autopeça para proteger os incentivos à inovação, não impedindo a fabricação e comercialização de autopeça similar por terceiros, desde que estes não reproduzam o desenho protegido (...).”

Sem dúvida, o parecer da Secretaria representa um passo importante na direção certa e o reconhecimento de um dado importante (*i.e.*, poder de mercado e direitos de propriedade intelectual não estão diretamente relacionados) para fins de uma política de defesa da concorrência na qual haja o mínimo de previsibilidade das decisões das autoridades.

Contudo, tal reconhecimento é apenas uma pequena etapa de uma longa metodologia de análise que, nos casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, se desdobra em inúmeras interrogações e problemas práticos e teóricos, que ainda não foram adequadamente abordados.

#### IV. Conclusão

Como se vê, e os casos no Brasil já começam a aparecer, a questão é de fundamental importância em um contexto econômico no qual as idéias e a informação (objeto de proteção dos direitos de propriedade intelectual) passam a

Cf. Parecer na Averiguação Preliminar n. 08012.002673.2007-51 (Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças e outros).

ter importância substancialmente maior em comparação aos demais bens, e as autoridades antitruste brasileiras devem estar preparadas para esse cenário.

Por exemplo, o recurso às autoridades brasileiras para a análise de questões antitruste envolvendo o licenciamento cruzado de *blocking patents* tende a ser cada vez maior. Da mesma forma, a atuação mais intensa das autoridades antitruste brasileiras no combate a carteis eventualmente esbarrara em discussões envolvendo as entidades de padronização (*standard setting organizations*) e os *patent pools*, e as discussões sobre a interoperabilidade de standards devem aumentar, à medida que aumenta a importância das discussões antitruste no âmbito de *softwares*.

Igualmente, é inevitável que surtam, como já surgiram no País, questões sobre a utilização exclusiva e a obrigação de negociar direitos de propriedade intelectual referentes a desenhos industriais e, até mesmo, eventos esportivos. Isso tudo para não se falar na análise estrutural (de fusões e aquisições) de empresas que atuam em mercados de inovação (por exemplo, biotecnologia) e na análise de casos envolvendo *sham litigation* e mau uso de direitos de propriedade intelectual.

Nas linhas acima, pudemos brevemente delinear historicamente as discussões envolvendo a interação entre a defesa da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. Tal delineamento se fez necessário como medida introdutória e até mesmo didática, para expor as questões sensíveis que, aliás, vêm-se tornando mais frequentes.

De qualquer forma, diante da parca literatura brasileira especializada, associada à falta de precedentes claros e convergentes sobre o tema, parece-nos que as autoridades de defesa da concorrência no Brasil têm um desafio enorme pela frente.

Ainda que os estudiosos do tema cedo ou tarde manifestem-se sobre as muitas e intrincadas questões relevantes, parece-nos prudente sugerir, à guisa de conclusão, que as autoridades brasileiras devem desde logo se municiar das informações e dados relevantes para o enfrentamento das questões. A elaboração de seminários com especialistas em propriedade intelectual, somado à edição de guias específicos, seria especialmente bem-vinda, especialmente como garantia de segurança e previsibilidade das decisões das autoridades brasileiras.

#### Bibliografia

AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTI-TRUST LAW. *Market power handbook*, 2005.

- ANTHONY, Sheila F. Antitrust and intellectual property law: from adversaries to partners. *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, v. 28, n. 1, p. 1, 2000. Disponível em: <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipia.shtm>.
- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust analysis*. 6. ed. New York: Aspen, 2004.
- BARBOSA, Denis B. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICO, Resolução CADE n. 20/99.
- BRASIL. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA; SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria Conjunta n. 50, de 1.º de agosto de 2001.
- BRASIL. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Parecer proferido na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51, Representada: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças e outros (2007).
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 3. ed. New York: Addison-Wesley, 2000.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CORTE FEDERAL DO SEGUNDO DISTRITO. *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572 (Fed. Cir. 1990) (1990).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405 (1908).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, SUPREMA CORTE. *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, SUPREMA CORTE. *Illinois Tool Works Inc. et al. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, SUPREMA CORTE. *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, SUPREMA CORTE. *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition*, 2007.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE e U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*, abr. 1995.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*, 2003.
- EUROPEAN COMMISSION. *Commission Notice: guidelines on the application of article 81 of the EC treaty to technology transfer agreements*. 101/2, 2004.

- FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.
- FOX, Eleanor. What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect. *Antitrust Law Journal*, n. 70, 2002.
- HOVENKAMP, Herbert. Exclusion and the Sherman Act. *72 University of Chicago Law Review*, p. 147, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2. ed. Saint Paul: West Group, 1999.
- KATZ, Ariel. Making sense of nonsense: intellectual property, antitrust, and market power. *Arizona Law Review*, v. 49.
- MERGERS, Robert et al. *Intellectual property in the new technological age*. 2. ed. New York: Aspen, 2000.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- PITOFSKY, Robert. Antitrust and intellectual property: unresolved issues at the heart of the new economy. *Berkeley Technology Law Journal*, n. 16, p. 535-559, 2001.
- ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o direito concorrencial no setor farmacêutico. In: CARVALHO, Patricia (coord.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SAFATLE, Leandro P. et al. *Procedimentos para a definição e análise antitruste de mercados relevantes de medicamentos*, 2007. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>.
- SCHUARTZ, Luis F. Mercados de alta tecnologia: crise anunciada do direito da concorrência? In: GRECO, Marco A.; MARTINS, Ives G. (coord.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- TOM, W. K.; NEWBERG, J. A. Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field. *Antitrust Law Journal*, v. 66, p. 167, 1997.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. U.S. enforcement approaches to the antitrust-intellectual property interface. In: ANDERSON, Robert D.; GALLINI, Nancy T. (org.). *Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy*. Calgary: University of Calgary, 2001.
- UNCTAD/ICTSD. Intellectual property rights and competition. In: *resource book on TRIPS and development: an authoritative and practical guide to the TRIPS agreement*, 2003. Disponível em: <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>, p. 5.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

D441 Desaios. Anais do Direito da concorrência. Organizadores: Pedro Zanotta e Paulo Brancher. Colaboradores: André Marques Gilberto, Barbara Rosenberg, Eduardo Caminati, Anders, Fernando Passos, Gerardo Egnécio do Junior, Guilherme Favaro e Orvo Ribas, Heloisa Helena Monteiro de Lima, Itamar de Carvalho Junior, Jean Menezes de Aguiar, Juliana Oliveira Domingues, Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto, Marcio de Carvalho Silveira Bueno, Maria Cecília Andrade, Mariana Duarte Garcia de Lacerda, Mariana Pereira Cunha, Paulo Brancher, Ricardo A. Guerra, Ricardo Ferreira Pastore, Ricardo Inglez de Souza e Rodrigo Nascimento Dall'Acqua. São Paulo: Singular, 2008.

342 p.  
ISBN: 978-85-86626-43-2

1. Direito da concorrência. 2. Concorrência, Brasil. 3. Concorrência, regulação, Brasil. 4. Truste, Brasil. 5. Política antitruste, Brasil. 6. Cartel, Brasil. 7. Concentração econômica, Brasil. I. Zanotta, Pedro (Org.). II. Brancher, Paulo (Org.).

CDU: 339.137.2:346.81

CDD: 341.378

Revisão: PAOLA MORSELU

Diagramação: MICROART EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Capa: AFRO STUDIO

de desta edição: Editora Singular

Editora Singular

Rua José Nóbrega Barbosa, 100

02336-090 – São Paulo, SP

Tel/fax: 55 11 38621242

e-mail: singular@editorasingular.com.br

site: www.editorasingular.com.br

## Apresentação

É com muita alegria que vejo concretizado este trabalho, fruto do esforço de alguns dos membros da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A nossa Comissão é composta por cerca de 50 advogados, todos militantes nas áreas de regulação e concorrência, que se reúne periodicamente para trocar ideias, experiências, realizar trabalhos e apresentar propostas concretas para o aperfeiçoamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O livro que Paulo Brancher e eu ajudamos a coordenar – não sem grande esforço – é um dos trabalhos coletivos elaborados por essa equipe de profissionais competentes e dedicados, sempre procurando abordar temas que vêm desafiando as nossas autoridades e a nossa prática diária.

O acordo de leniência, sem dúvida, é um desses temas. Como utilizá-lo adequadamente como ferramenta eficaz no combate aos cartéis? A advocacia da concorrência é outro, na medida em que todo o sistema está empenhado em divulgar e promover a cultura da concorrência no Brasil. Ainda sobre acordos, a aplicação de recente modificação legislativa, que permitiu aplicá-los a cartéis, vem também discutida, em especial quanto aos seus aspectos regulamentares.

Entrando no campo do direito penal, são abordados aspectos processuais do crime de cartel, em especial visando dar suporte para que tanto administradores como administrados tenham segurança jurídica quando discutem e negociam um acordo. Segue-se um interessante debate sobre os prós e contras da apresentação prévia dos atos de concentração, como previsto no Projeto de Lei que está na Câmara dos Deputados, antecipando as discussões que certamente virão.

O livro também traz alguns temas práticos, como a questão da exclusividade, a concorrência no setor de telecomunicações e os contratos de franquia. Aborda-se também a interface do direito da concorrência com outros temas do Direito, como a Defesa Comercial, a Propriedade Intelectual e o Mercado de Capitais.