

Breves Notas sobre Atos de Concentração Submetidos ao CADE

BARBARA ROSENBERG
LUIS BERNARDO COELHO CASCAO

I. Introdução

Discussões a respeito da interseção entre Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência habitam há algum tempo o meio acadêmico, principalmente em outros países cujo desenvolvimento econômico já se encontra em estágio mais avançado.¹ No Brasil, a relação entre esses dois campos somente vem ganhando notoriedade nos últimos anos, tendo passado a ocupar lugar de destaque na agenda tanto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)² quanto na do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), permeando as decisões emanadas nas diferentes instâncias administrativas e judiciais brasileiras. Nesse contexto, a interação entre esses órgãos cresceu significativamente no passado recente, tendo inclusive levado à assinatura de um acordo de cooperação durante o ano de 2010, que visa aproximar o intercâmbio de dados e informações no que se refere às áreas de interesse comum.³

É fato público e notório que o SBDC tem conferido cada vez mais importância aos efeitos produzidos, sobre a concorrência, pelos Direitos de Propriedade Intelectual (DPIs) e outros direitos relacionados.⁴ Por outro lado,

1. V., entre outros: *E. Bennett & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70, *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405, *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38.
2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).
3. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sde>>.
4. O presente trabalho trata principalmente das questões que envolvem aqueles direitos tutelados pela Lei 9.279/96, i.e., marcas, patentes e desenho industrial, com

com certa frequência o INPI tem utilizado argumentos de natureza antitruste em suas decisões e algumas medidas tomadas, o que também gera algum reflexo no contencioso judicial envolvendo DPLs. Em razão disso, pode-se afirmar que, no Brasil, o tratamento conjunto dessas duas matérias – tão intimamente relacionadas – tem sido crescente.

Nesse cenário, o presente artigo tem como objetivo fazer um breve resumo sobre como o SBD/C tem tratado questões relacionadas à interseção dos DPLs e o Direito Antitruste, atribuindo-se especial atenção a essa relação no contexto dos atos de concentração, *i.e.*, nos casos envolvendo operações submetidas ao controle de estrutura na forma do art. 54 na Lei 8.884/94. Certamente, o presente texto não esgota todas as questões levadas ao crivo do CADI que envolvem a matéria, nem essa é a sua intenção. O que se pretende é apresentar, em termos gerais, como a autarquia tem enfrentado situações complexas envolvendo tais questões, demonstrando como esta vem aos poucos tratando os DPLs, especialmente situações envolvendo patentes, marcas e transferência de tecnologia, elementos importantes a influenciar a análise antitruste. Em qualquer hipótese, se é possível chegar a uma conclusão, é que ainda há um longo caminho a percorrer antes que se possa afirmar que existe um marco teórico e jurisprudencial estabelecido que dê conta da matéria.

II. Os direitos de propriedade industrial

Não raro se observa nos textos e decisões envolvendo DPLs e Concorrência que estes seriam lados opostos de uma mesma moeda, que seriam complementares e não conflitantes ou outras manifestações de igual feito.⁵ Sim, essas são afirmações verdadeiras. No entanto, se tomadas fora do contexto devido, como toda e qualquer simplificação a respeito de discussões complexas, podem levar a conclusões que apontam em sentido oposto daquele originalmente pretendido. Assim, entende-se por bem tecer alguns breves comentários sobre as bases conceituais do sistema de DPLs para então avançar na análise das decisões emanadas do SBD/C, que, em termos gerais, fazem uma leitura apropriada dessa intrincada interseção.

Considerando-se a importância do processo de inovação para o desenvolvimento social e econômico, políticas públicas são frequentemente empreendidas nos dois primeiros. Nada obstante, alguns outros direitos relacionados também poderão ser eventualmente objeto de algumas considerações, tais como proteção de dados confidenciais, direitos exclusivos de comercialização, direitos de autor etc.

5. V., entre outros: Nuno Pires de Carvalho, *A estrutura dos sistemas de patentes e marcas. Passado, presente e futuro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57-62.

gadas pelos governos para estabelecer uma rede de incentivos à continuidade dos investimentos. Entretanto, essa missão não é fácil, pois há uma série de interesses a tutelar e que muitas vezes se contrapõem.

Em muitos casos, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento são privados. Portanto, em regra, o empreendimento de inovação tem como finalidade ganhos privados para o empreendedor ou, pelo menos, a reposição dos investimentos incorridos. Enfim, o processo de inovação apresenta uma racionalidade econômica como pano de fundo.⁶

Tendo em vista a importância da inovação, e que esta depende, em grande parte, de investimentos privados, surge a pergunta: como incentivar o setor privado a investir nessa atividade arriscada? Quais fatos e circunstâncias o investidor considera para tomar a decisão estratégica de investir em Pesquisa e Desenvolvimento?

Como o ganho do inovador é baseado em um elemento imaterial em sua essência, um bem não rival,⁷ verifica-se um estímulo natural à realização de investimentos que garantam retornos futuros.⁸ Em se tratando de inovação, na ausência de proteção jurídica, esse incentivo aponta para a criação daquilo

6. Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 4. ed., Boston: Little-Brown, 1992, p. 3: "The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his 'self-interest'. (...) The concept of man as a rational maximizer implies that people respond to incentives – that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so".

7. Pessoa, Considera e Ribeiro, *O papel do instituto da patente no desempenho da indústria farmacêutica*, Rio de Janeiro: UFRJ, 2007, p. 11. Disponível em: <<http://www.ufrbr/br/econ/>>. Acesso em: 30 jul. 2007: "O bem não rival é aquele que o fato de um indivíduo utilizar-se dele não impede que outro também o faça. (...) O conhecimento é provavelmente o bem mais não rival de que uma dada sociedade pode produzir. O fato de uma pessoa utilizar um certo conhecimento não impede que outra pessoa simultaneamente o utilize".

8. Mergers, Menell e Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, 2. ed., New York: Aspen Law and Business, 2000, p. 7: "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 the invention".

que pode ser protegido por sigilo ou que seja de difícil ou custosa reprodução.⁹ Por sua vez, tais estratégias nem sempre são possíveis, pois envolvem altos custos e não permitem a disseminação do conhecimento como instrumento propagador do crescimento. Analisando essa rede de incentivos, quando não existem mecanismos de proteção da inovação, os investimentos tendem a ser canalizados para determinadas áreas, desestimulando o desenvolvimento de soluções para todos os problemas sociais e econômicos enfrentados, o que não é socialmente desejável.

Para a maximização dos benefícios sociais e econômicos, é primordial que o objeto da inovação seja disseminado, tanto para ser utilizado como base para novos processos de inovação, quanto para permitir que outras pessoas possam reproduzir o objeto, aumentando a oferta e reduzindo os custos para os consumidores.¹⁰ Essa tarefa, no entanto, não é fácil.

Diante da necessidade de tornar o conhecimento público e fomentar o investimento de recursos em pesquisa, existem três modelos viáveis, conforme asseverou Denis Borges Barbosa: (i) por meio de um direito exclusivo; (ii) por um direito não exclusivo; (iii) por uma garantia de indenização do Estado.¹¹

Caso todo conhecimento técnico gerado fosse levado a conhecimento público (ausência de direito exclusivo), não haveria por que alguém empregar recursos e correr riscos (especialmente no que diz respeito à pesquisa aplicada) para que outrem se aproveitasse de todo o seu esforço ao reproduzir a invenção alcançada. Sob essa ótica, é teoricamente mais fácil esperar que alguém desenvolvesse para depois copiar; é mais barato e não há riscos.

Se todo conhecimento gerado fosse financiado ou adquirido pela Administração Pública, o crescimento ficaria, em grande medida, restrito ao tamanho da provisão orçamentária destinada a esse propósito. Ademais, a escassez de dotação orçamentária implica escolhas que não incentivariam inves-

timentos em todas as áreas do conhecimento, mas somente naquelas em que houvesse um programa de investimentos públicos.

Nesse contexto, portanto, os argumentos a favor da concessão de direitos exclusivos limitados no tempo tendem a prevalecer.¹² No entanto, considerada a imaterialidade dos DPIs, existe uma discussão sobre qual seria a natureza jurídica destes.¹³

Com fundamental importância na atividade econômica, as criações industriais são ativos de seus detentores e satisfazem alguma necessidade privada ou da humanidade, e por isso são bens.¹⁴ Entretanto, as criações industriais somente desempenham a função econômica para o titular caso sejam também um bem econômico, sendo que este último é definido como algo útil e escasso¹⁵ a um só tempo. Resta saber como algo inexoravelmente imaterial pode ser escasso, uma vez que todos podem, em tese, repetir o objeto da criação.

Irrestrita sua aplicação como regra, a criação imaterial não tem, intrinsecamente, a escassez necessária para transformar um bem em bem econômico. Para que se mantenha a produção intelectual como atividade racional de produção econômica, é preciso dotá-la de economicidade, através de uma escassez artificial. A transformação desta regra de aplicação limitada, num bem econômico, se dá pela atribuição de uma exclusividade de Direito.¹⁶

A solução passou, portanto, por criar a escassez artificialmente, tornando a criação industrial em bem jurídico. Essa solução é a que, aparentemente,

12. Ubirajara Mach de Oliveira, *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*, Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 77: "O 'privilegio exclusivo', limitado no tempo, é preferível - já ponderava Stuart Mill - à recompensa administrativa por que o privilégio temporal elimina a arbitrariedade e garante uma recompensa proporcional à utilidade da invenção, recompensa essa paga pelo consumidor que se beneficia do novo produto. (...) Na corrida tecnológica, os países que adotaram o sistema tradicional de patente tiveram um desempenho muito melhor que aquelas nações onde instituídos prêmios ou regalias por conta da Administração, ou onde esta se encarregou de financiar as pesquisas".

13. Não cabe aqui fazer uma análise profunda da discussão. Para maiores detalhes, v.: João Marcelo de Lima Assafim, *A transferência de tecnologia no Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 46. V. também: Denis Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

14. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. I, p. 271.

15. Fábio Nusdeo, *Curso de economia - introdução ao direito econômico*, 4. ed., São Paulo, RT, 2005, p. 33.

16. Barbosa, *Uma introdução...*, cit., p. 71.

9. Posner, op. cit. p. 38: "Moreover, in a world without patents, inventive activity would be biased toward inventions that could be kept secret, in just the same way that an absence of property rights in physical goods would bias production towards things that involve minimum preparatory investment".

10. Adelman et al., *Cases and materials on patent law*, Saint Paul: West Group, 1998, p. 37: "The incentive to disclosure argument, which has been more popular with the courts than with commentators, rests on the premise that in the absence of patent protection inventors would keep their inventions secret in order to prevent competitors from exploiting them. Secrecy prevents the public from gaining the full benefit of the new knowledge and leads to wasteful duplicative research".

11. Denis Borges Barbosa, *Inconstitucionalidade das patentes pipeline*, *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 83, p. 3-39, jul.-ago. 2006.

contêm a melhor dosagem de incentivos para permitir os investimentos em inovação, ao passo que promove o acesso do público ao conhecimento gerado – maiorização dos benefícios sociais (*public enjoyment of goods*). Dito de outro modo, das soluções viáveis, o sistema de direitos exclusivos é o que proporciona os mais sólidos benefícios sociais e privados. Ou seja, é aquele que maximiza o bem-estar social.

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 of 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 the 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 with IP rights comes social cost. Once an intellectual 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 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.¹⁷

No Brasil, a condição de bem jurídico das criações industriais decorre da Constituição Federal, conforme o que dispõe o inciso XXIX do art. 5.º.¹⁸ Além de bem jurídico, o art. 5.º da Lei 9.279/96 (LPI) determina que, para efeitos legais, consideram-se bens móveis os direitos de propriedade industrial.

Os mecanismos de fomento mais utilizados para incentivar a inovação e a disseminação do conhecimento são os direitos de patentes¹⁹ e os registros marcários.

17. Ariel Katz, Making sense of nonsense: intellectual property, antitrust, and market Power, *Arizona Law Review*, vol. 49, p. 83.
18. Constituição Federal, art. 5.º, inciso XXIX: “(...) a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, a propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.
19. Leonados e Kunisawa, O sistema de propriedade industrial como fomentador da inovação tecnológica, *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 76, p. 16-21, mai.-jun.

A patente é um direito outorgado pelo Estado, que confere ao titular a exclusividade temporária na exploração do objeto de uma invenção ou modelo de utilidade,²⁰ e²¹ sendo esta última uma solução técnica para um problema técnico. O titular de uma patente tem o direito de impedir terceiro de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto da patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patentado (art. 42 da LPI).²²

A marca é um sinal perceptível capaz de distinguir (diferenciar) um produto, serviço, fabricante ou empresa de outros do mesmo segmento. A marca apresenta duas funções como sinal distintivo. Para o titular, é meio de divulgação de seu produto ou serviço, tratando-se de elemento essencial para a formação da clientela. Para o consumidor, a marca serve como indicação ou identificação do produto ou serviço que pretende adquirir.

Os signos marcários podem tomar variadas formas e ser reproduzidos por diversos meios. Vale dizer, são os sinais distintivos de um produto ou serviço identificáveis pelos sentidos humanos – audição, olfato, tato, paladar e visão. No entanto, no Brasil apenas são passíveis de registro as marcas visualmente perceptíveis e não compreendidas nas proibições legais (art. 122 da LPI).

Assim, marca é o sinal visualmente representado, que é configurado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença destes requisitos: capacidade de simbolizar, e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a

2005, p. 18: “Inferre-se das teorias econômicas as fundamentações para a existência do sistema de patentes”.

20. Gabriel Di Biasi, *A propriedade industrial. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53.
21. As futuras referências do presente texto à invenção aplicam-se também aos modelos de utilidade.
22. Para que o direito de patente seja concedido, o objeto da invenção deve ser novo, apresentar atividade inventiva e aplicação industrial (art. 8.º da LPI), bem como deve seu texto ser dotado de suficiência descritiva (art. 24 da LPI) para que um técnico no assunto possa reproduzir a invenção quando a mesma cair em domínio público. Presentes os requisitos fixados pela LPI, o direito de patente (bem móvel) é concedido, e seu titular passa a gozar do direito de explorar exclusivamente o objeto da invenção.

apropriabilidade, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado.²³

Note-se, desde já, que os direitos exclusivos só são aperfeiçoados com a concessão do respectivo DPI na forma da Lei. Antes da concessão, o titular tem um chamado direito formativo gerador. Somente a partir da concessão é que o título confere o direito de exclusividade concedido pelo Estado, não se devendo confundir os DPIs com a invenção, modelo de utilidade ou marca, seus objetos. Não obstante, a LPI resguarda os interesses do depositante, conferindo a este a possibilidade de ceder o pedido, licenciar seu uso e agir em defesa do objeto para o qual busca proteção.

A inovação tem valor econômico, uma vez que permite ganhos de eficiência na cadeia produtiva. Assim, é de interesse coletivo incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias, promover o acesso à tecnologia, disseminar o conhecimento técnico, continuar o progresso científico e manter os investimentos em inovação. Em resumo, potencializar os benefícios sociais da inovação.

Entre as soluções possíveis para a composição de interesses em jogo, como visto, adotou-se o sistema de DPIs, que, na propositura clássica, consiste na concessão de exclusividade temporária na exploração comercial do objeto protegido.

Nesse sentido, são muito valiosos alguns estudos que tratam mais especificamente da função social do direito de patentes.²⁴ Guardadas as devidas proporções, as referências a respeito das patentes em geral podem ser replicadas para os demais DPIs.

De acordo com Adelman et al., as Cortes americanas destacam que as patentes promovem o avanço da ciência por dois aspectos. Primeiro, porque a possibilidade de obter a exclusividade funciona como um incentivo ao investimento na pesquisa para se obter novas invenções. Segundo, porque o sistema de patentes promove a divulgação das novas invenções, aumentando, assim, o

23. Barbosa, *Uma introdução...* cit., p. 803.

24. Muito embora seja feita a literatura sobre a função social dos DPIs em geral, verifica-se uma preocupação especial ao se tratar de patentes, fato este que se confirma pelo número de referências a este direito, que claramente supera as menções aos demais. Isso é verdade não só quando se trata exclusivamente de DPIs, mas também quando estes tangenciam o Direito Antitruste. Conhecendo-se a notoriedade do debate envolvendo patentes e a abundância de referências sobre essa questão específica, inclusive em questões levadas à apreciação do SBDIC, o presente texto usará tais referências para tratar resumidamente sobre a função social dos DPIs.

acervo público sobre o conhecimento de uma determinada tecnologia, além de disseminar o uso e aproveitamento (licenciamento) do objeto da inovação.

In analyzing how patents promote scientific progress, the courts have emphasized two mechanisms: first, the prospect of obtaining a patent monopoly provides an incentive to invest in research to make new inventions; and second, the patent system promotes disclosure of new inventions and thereby enlarges the public storehouse of knowledge.²⁵

Se não houver incentivo ao desenvolvimento pelo setor privado e respectiva proteção, a inovação ficará restrita ao orçamento e à vontade da Administração Pública. A patente parece estar dotada de atributos para contribuir de forma mais completa para o desenvolvimento do sistema ao transferir custos, descentralizar a produção intelectual e tornar o conhecimento público.

A patente apresenta três grandes benefícios. Em primeiro lugar, os custos da inovação serão arcados pelos consumidores do produto protegido pela patente e não pelos contribuintes. Em segundo lugar, é um mecanismo descentralizado. A capacidade criativa encontra-se dispersa na sociedade. É muito difícil que um agente público – que é um instituto alternativo à patente – consiga encontrar e estimulá-la sem incorrer nos riscos da seleção adversa. A patente, ao garantir possível rentabilidade de uma inovação (eventualmente se ela for bem-sucedida), permite o pleno aproveitamento dessa capacidade. Em terceiro lugar, a patente obriga a revelação do produto ou processo, de sorte que aspectos desse conhecimento que não sejam de aplicação comercial direta possam ser empregados.²⁶

Quando há a concessão de um DPI, o titular recebe um estímulo para inovar e disseminar o conhecimento, pois a sua criação e investimento são protegidos por uma exclusividade que possui um valor comercial. A esse respeito, Aldeman et al. colocam com precisão por que e como o sistema de patentes é importante para fomentar tanto a invenção como a divulgação da técnica:

The incentive to invent theory holds that too few inventions will be made in the absence of the patent protection because inventions once made are easily appropriated by competitors of the original inventor who have not shared in the costs of invention. If successful inventions are quickly imitated by free riders, competition will drive prices down to a point where the inventor receives no return on the original investment in research and development. As a result, the original inventor may be unable to appropriate enough of the social value of the invention to justify the initial research and development expenditures. The high risk involved in research compounds

25. Adelman et al., op. cit., p. 34.

26. Pessoa, Considera e Ribeiro, op. cit., p. 15.

the likelihood of underinvestment in invention. Thus inventions with potentially great social benefits might never come about, or at least might be significantly delayed, unless private returns to invention were increased above their free market levels. Patents serve to bring the private benefits of inventions in line with their social value by allowing inventors to use their monopoly positions to extract a price that more closely approaches the value that users receive from inventions. (...)

The incentive to disclosure argument, which has been more popular with the courts than with commentators, rests on the premise that in the absence of patent protection inventors would keep their inventions secret in order to prevent competitors from exploiting them. Secrecy prevents the public from gaining the full benefit of the new knowledge and leads to wasteful duplicative research. (...)

Nonetheless, it seems likely that the patent system at least facilitates disclosure by creating rights in inventions that survive disclosure. Secrecy makes it difficult for inventors to sell or license their inventions to other because it is difficult to persuade someone to pay for an idea without disclosing it, yet once the invention is disclosed, the inventor has nothing left to sell.²⁷

Nesse sentido, o direito de impedir que terceiros repliquem o objeto protegido seria o mais importante dos atributos decorrentes do sistema de DPIs como um todo. Se essa faculdade não fosse concedida aos titulares, terceiros poderiam livremente reproduzir o objeto da proteção sem que tivessem incorrido nos custos associados à pesquisa e desenvolvimento de produtos e investimentos em marca (*free-riding*), reduzindo os incentivos para a realização de investimentos arriscados como estes. Pelo lado do poder concedente, o objetivo é fomentar a inovação, pois esta é fundamental para proporcionar o desenvolvimento econômico e social por meio da pulverização do conhecimento. Portanto, o sistema de DPIs, ao incentivar a inovação no setor privado, acaba por promover a eficiência dinâmica e o bem-estar da sociedade (comunhão de benefícios sociais e privados).

Em vista do exposto, com base no texto de Fritz Machlup sobre patentes, é possível concluir que a função social do sistema de DPIs é promover a atividade empreendedora – o investimento em inovação.

If one accepts the theory that patent protection has the social function of serving as an incentive for inventive activity, one accepts, by implication, that the beneficial effects of this incentive system must flow, not from existing patents, but from the hope for future patents; this hope may induce people to undertake certain risky investments and useful activities – to wit,

financing and arranging industrial research – which they might not undertake otherwise.²⁸

Ainda quanto à função social, vale citar o entendimento de Maristela Basso, para quem, no Brasil, a patente deve cumprir a finalidade constitucional do interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico, sendo que a verificação desse atributo ocorre quando da concessão do direito exclusivo:

Os princípios da razoabilidade e da interpretação consistente substituem o “conflito figurado entre as fontes”, na medida em que a proteção à propriedade das patentes e o privilégio do gozo exclusivo dos direitos temporários estão condicionados ao cumprimento da sua finalidade constitucional: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Em outras palavras, o “monopólio temporário de direitos” não será concedido se as condições específicas de finalidades sociais, previstas na parte final do inciso XXIX, do art. 5.º, não forem atendidas. E, se forem atendidas, o titular da patente exerce seus direitos proprietários exclusivos de exploração temporária sem que isto macule a teoria econômica e a base do direito antitruste.²⁹

Em vista do até então exposto, não seria errôneo concluir que, dentre os modelos propostos, o sistema de DPIs provavelmente seja o que melhor desempenha a função de maximizar o bem-estar social, já que contém incentivos que permitem os maiores ganhos sociais e privados.

III. A interseção entre DPIs e direito antitruste

Como dito anteriormente, verifica-se um grande esforço voltado aos estudos a respeito da interseção entre DPIs e Direito Antitruste. Estes dois apresentam objetivos e aproximações diferentes, mas, por estarem compreendidos sob o mesmo feixe de princípios e tutelarem bens jurídicos muito próximos e até mesmo iguais, os ramos possuem pontos de tangência. Apesar dessa proximidade, é comum notar alguma confusão entre o exato contexto de atuação de cada ramo, e até mesmo opiniões de que em dados momentos um seria a negação do outro.

28. Fritz Machlup, *An economic review of the patent system. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary*, Study n. 15, 85.º Congresso dos Estados Unidos da América, 2.ª Sessão, 1958, p. 55. Disponível em: <<http://www.mises.org/ejtexts/patentssystem.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

29. Maristela Basso, Prazo de patentes – aplicabilidade do art. 40, parágrafo único, da Lei n. 9.279/96, *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 103, p. 25-33, nov.-dez. 2009.

27. Adelman et al., op. cit., p. 34 e ss.

Há uma tendência, no Brasil, de confundirem-se as áreas de incidência de diplomas diversos, como a Lei de Propriedade Industrial, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste, misturando-se os interesses diretamente protegidos por esses diplomas. Por óbvio, a confusão muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediamente por uma lei são protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos de uma nítida individualização.³⁰

Os DPLs funcionam como exceções ao princípio da livre concorrência. No entanto, estes encontram permissão e fundamento no fato de serem ferramentas protetoras da livre-iniciativa e da concorrência leal, e instrumento necessário à promoção do avanço tecnológico e econômico. Os DPLs recompensam seus titulares pelos investimentos realizados, os incentivam a continuar a investir, fomentando a concorrência:

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".³¹

Muito embora restrinja a concorrência estática, de fato a propriedade industrial fomenta a concorrência dinâmica, permitindo ganhos de eficiência na cadeia produtiva, promovendo novas tecnologias e beneficiando o consumidor no longo prazo. Em outras palavras, os ganhos e benefícios distribuídos no tempo superam as perdas estáticas e justificam a existência dos DPLs.

Ainda que o sistema de DPLs seja a melhor alternativa para promoção da inovação, isso não significa, contudo, que não possa falhar. Como sistema, deve ser genérico o suficiente para comportar um número de possibilidades que tenda ao infinito; em alguns momentos ele próprio pode ser o criador de situações não desejáveis sobre determinados mercados ou situações de fato. Observa-se, assim, uma preocupação constante e crescente em evitar os eventuais efeitos deletérios emanados desse sistema.

Nesse contexto, o direito antitruste constitui um importante mecanismo de prevenção e repressão dos efeitos indesejáveis inerentes ao próprio sistema de DPLs (espontâneos e não relacionados a atos ou omissões dos titulares) e de abusos dos direitos de exclusividade. Devido a tal particularidade, ainda na

primeira metade do século passado surgiu nos Estados Unidos um fenômeno conhecido como *Patent-Antitrust Paradox*,³² segundo o qual se pode notar que o rigor na concessão de patentes oscilava conforme o rigor da aplicação do direito antitruste.³³

No Brasil, críticas ao sistema de patentes aparecem com alguma frequência em setores considerados mais sensíveis. Pode-se perceber, inclusive por parte do Poder Judiciário,³⁴ comentários a respeito de eventual poder de mercado conferido pela patente e eventuais efeitos deletérios decorrentes desse poder (como provocar a escassez, abuso de posição dominante e até monopólio). De fato, ao conferir a exclusividade sobre o objeto reivindicado (o poder de impedir terceiros), uma patente ou outros DPLs poderiam, em tese, dar margem a abusos. Entretanto, tal potencialidade não deve ser confundida com o abuso efetivo, este sim indesejado e combatido pela legislação concorrencial. Em outras palavras, a concessão de DPLs não causa por si só os efeitos mencionados acima. A análise deve ser casuística, sendo preferível evitar a presunção de que tais direitos produzem tais efeitos.

Elementos da doutrina ajudam a elucidar melhor essa discussão sobre DPLs e efeitos concorrenciais derivados.³⁵ Primeiro, não se pode presumir que os direitos de propriedade intelectual conferem aos respectivos titulares poder

32. John R. Thomas, *Pharmaceutical patent law*, Washington: BNA Books, 2005, p. 150: "The anti-monopoly sentiments that arose during the Depression era lead to extreme public and judicial skepticism toward patents. During that era courts began to apply an increasingly stringent 'invention' standard that found most patents wanting. (...) By 1949, Justice Jackson was moved to observe with some frustration that 'the only patent that is valid is one which this Court has not been able to get its hands on'".

33. Rodrigo de Azevedo Souto Maior, A atividade inventiva nos EUA: a evolução do requisito sob o prisma da recente decisão-paradigma da Suprema Corte no caso *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, *Revista Criação*, Rio de Janeiro, ano I, n. 11, Lúmen Jurídico, p. 255-309, 2009: "No século XX, a ascensão do direito antitruste repercutiu fortemente no direito de patentes, num fenômeno conhecido como o Paradoxo Patente-Antitruste (*Patent-Antitrust Paradox*). Esse processo funciona num movimento pendular, pelo qual quanto maior a proteção antitruste, mais rigorosa é a aplicação dos requisitos de patentabilidade".

34. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 960.728/RJ. Recorrente: I E Du Pont Nemours and Company. Recorrido: INPI. Brasília, 17.03.2009, DJE 15.04.2009.

35. Este estudo não tem a pretensão de exaurir todos os aspectos referentes à interconexão entre patentes e direito antitruste. Aqui apenas se busca mostrar que a referida análise merece um cuidado específico, devendo-se realizar um estudo caso a caso.

30. Paula A. Forgioli, *Os fundamentos do antitruste*, 3. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 284.

31. Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial - as condutas*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

de mercado sobre determinado segmento.³⁶ Segundo, ainda que, por hipótese, a concessão de um DPI conferisse poder de mercado aos respetivo titular, isso por si só não caracterizaria qualquer violação ou preocupação antitruste. Nesse sentido, vale trazer a opinião de Maristela Basso sobre o uso que tem sido feito de princípios e conceitos de direito antitruste na análise de casos envolvendo DPIs.

Teses que priorizam o direito antitruste e a livre-iniciativa sobre os direitos patentários (e os demais direitos intelectuais) repousam, via de regra, em erros (...)

Também, da mesma forma, com base no mesmo raciocínio, não pode subsistir dúvida de que nenhum monopólio é conferido aos detentores de direitos de propriedade intelectual – sob a perspectiva econômica de mercado. E isto desde o momento do depósito do pedido de patente.

Estudos de direito, jurisprudência e práticas comparadas revelam que tribunais e agências administrativas partem de inúmeros pressupostos econômicos errôneos quando aplicam princípios do direito antitruste na tentativa de fazê-los prevalecer sobre os direitos de propriedade intelectual/industrial. O equívoco econômico mais doloroso é o que parte da premissa de que, ao se conferir direitos de propriedade intelectual (por exemplo, sobre as patentes), concede-se ao titular do direito um “monopólio”. (...) Não existe, portanto, qualquer relação econômica entre o direito da propriedade intelectual (direito de exclusividade sobre as patentes concedidas pelo INPI) com “monopólio” e “poder de mercado” na perspectiva econômica. (...)

Em outras palavras, concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos de propriedade intelectual protegidos.³⁷

Merecem destaque, nesse contexto, algumas valiosas contribuições das autoridades antitruste estrangeiras, que já tiveram mais oportunidades de explorar o tema. Nessa linha, vide relatório da autoridade americana Federal Trade Commission:

Competition and patents are not inherently in conflict. Patent and antitrust 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."³⁸

Por sua vez, a Comissão Europeia segue, em termos gerais, entendimentos muito próximos aos acima expostos, como se pode depreender do *European Commission Notice: guidelines on the application of article 81 of the EC treaty to technology transfer agreements*:

7. 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 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.³⁹

É recomendável, portanto, que se faça uma análise criteriosa sobre cada caso concreto antes que se afirme ou tome como pressuposto que qualquer DPI confere poder de mercado a seu titular. Mostra-se prudente delimitar bem os conceitos aplicados e ter em mente que os DPIs conferem exclusividade

36. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, St. Paul: Westlaw, 1994, p. 136.

37. Basso, op. cit., p. 32.

38. U.S. Federal Trade Commission. *To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*, 2003, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>>.

39. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

somente sobre aquilo exatamente protegido.⁴⁰ Esta constatação torna-se ainda mais relevante no momento em que se verifica uma crescente aplicação de conceitos do direito antitruste no contencioso envolvendo DPJs, especialmente com relação às patentes farmacêuticas, com severas consequências sobre a segurança jurídica conferida pelo sistema, sendo a recíproca também verdadeira.

Isso dito, tem-se que a propriedade intelectual visa proteger o concorrente, e, reflexivamente, fomentar a concorrência. Por outro lado, o direito antitruste tutela a concorrência e o mercado. À luz desse cenário, haveria uma aparente contradição entre esses dois ramos.⁴¹ No entanto, em verdade ocorre justamente o oposto: cada sistema (de direitos de propriedade industrial e da defesa da concorrência) tem uma abrangência própria e específica, mas que ao final são complementares, não havendo qualquer antagonismo entre eles.⁴² Confirmado o que foi dito a respeito da convergência dos DPJs e Concorrência, frisa-se apenas que se deve tomar algum cuidado ao replicar e adotar indistintamente algumas das simplificações geralmente citadas em alguns textos e decisões sobre o tema.

IV. DPJs e controle de estruturas

Toda a discussão apresentada acima sobre a intersecção de DPJs e Concorrência tem recebido crescente atenção do SBDC, sendo também verdade que tais aspectos têm sido objeto de um cuidado específico do CADE nos casos submetidos ao controle de estruturas na forma do art. 54 da Lei 8.884/94, valendo destacar especialmente as questões envolvendo patentes, registros marcários e transferência de tecnologia. Assim, neste artigo pretende-se apresentar, ainda que de forma sucinta, os principais pontos, observações e entendimentos do CADE nos assuntos relacionados a essa matéria.

Infelizmente, ainda não há um número suficiente e consistente de precedentes envolvendo questões de DPJs a permitir a previsibilidade com elevado grau de segurança sobre casos relacionados à matéria serão decididos

40. V. art. 41 da LPI, *verbis*: "A extensão da proteção conferida pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos".

41. Forgioli, *op. cit.*, p. 289.

42. Nesse sentido, vide *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.* 897 F.2d 1572. *Court of Appeals for the Federal Circuit*: "the 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".

pelo CADE. Esta análise antitruste dos DPJs é relativamente nova no Brasil, razão pela qual o número de casos sobre esta matéria específica cresceu somente no passado recente, e o CADE ainda não decidiu muitos deles.

Apesar do limitado número de decisões e do fato de ainda não ser possível prever com alguma clareza como as autoridades lidarão na prática com as diversas situações envolvendo a intersecção de DPJs e Concorrência, não resta dúvida de que as autoridades têm realizado um esforço considerável na condução desses casos. Verifica-se uma especial atenção do CADE em proferir decisões que busquem esclarecer essa matéria.

Muito embora o CADE busque tratar com cuidado as questões envolvendo DPJs no contexto dos atos de concentração submetidos a análise, é nos casos de investigações de conduta que se podem encontrar mais precedentes sobre esse tema. Isso não é de todo estranho e tem uma explicação razoável: enquanto determinados casos de conduta dizem respeito a investigações exclusivamente relacionadas a DPJs, no controle de estruturas tais direitos muitas das vezes são apenas alguns dos elementos a serem considerados na análise. São pouco frequentes os atos de concentração em que os DPJs constituem o elemento central da discussão do CADE.

Não obstante, nota-se que nestes atos de concentração compreendendo DPJs, o CADE aproveita, em certa medida, os entendimentos decorrentes de discussões mais intensas e aprofundadas que ocorrem no contexto de casos de conduta. Tendo em vista essa particularidade, vale, mesmo que brevemente, abordar o entendimento do CADE nas investigações antitruste, uma vez que tal entendimento acaba por ser refletido no controle de estruturas.

Em 2009, seguindo os termos do voto proferido pelo Conselheiro Olavo Chinaglia, o Plenário do CADE arquivou a Averiguação Preliminar 08012.001315/2007-21, na qual a Koninklijke Philips Electronics e a Philips do Brasil Ltda. foram investigadas por terem supostamente abusado de posição dominante em mercados verticalmente relacionados (discos e leitores de DVDs) derivada de invenções contidas em um *pool* de patentes em que as referidas empresas participavam ("Caso dos DVDs⁴³").

Nesse caso, o Conselheiro-relator fez alguns esclarecimentos relevantes sobre a matéria, sendo ele seguido pelos demais membros do CADE. Resumidamente, o relator replicou, com palavras próprias, alguns dos conceitos normalmente referidos ao se tratar da interface entre Direito da Concorrência e propriedade intelectual,⁴³ contribuindo para a incorporação destes à jurisprudência brasileira. Primeiro, o CADE informa que os DPJs não conferem a

43. O referido voto também trata de alguns aspectos gerais dos DPJs. Esses mesmos temas já foram abordados no presente artigo. Assim, esta Seção tratará apenas dos

seus titulares poder de mercado ou monopólio, fazendo uma clara distinção entre “monopólio legal” e “monopólio econômico” e enfatizando a importância da determinação do mercado relevante para fins da análise antitruste, visto que duas ou mais invenções patenteadas podem estar inseridas em um único mercado relevante. Segundo, menciona-se que os DPIs servem como ferramentas de promoção da concorrência, prevenindo condutas oportunistas (*free-riding*), prática esta que efetivamente mitiga a competição. Terceiro, afirma-se que não existiria “antagonismo formal entre os privilégios concedidos aos detentores de direitos de propriedade intelectual e a tutela da ordem econômica”. Nesse contexto, o Conselheiro-relator completa: “o direito da concorrência e a propriedade intelectual fornecem, reciprocamente, parâmetros e princípios interpretativos, que moldam e limitam as respectivas aplicações”.

O voto condutor destacou, entretanto, que o abuso de direitos exclusivos (i.e., excedendo seus limites formais e materiais) pode “colocar em risco os bens jurídicos tutelados pela legislação concorrencial”. Em mencionado voto foi também dito que violações de natureza antitruste dependem da verificação das seguintes características: (i) os DPIs devem conferir poder de mercado aos titulares nos respectivos mercados relevantes, (ii) devem existir condições estruturais a permitir o abuso de tal posição dominante e (iii) deve haver efetivo abuso, com produção de prejuízos à concorrência. Nesse caso concreto, o CADE entendeu que existia poder de mercado, mas não elementos nos autos demonstrando a ocorrência de qualquer violação antitruste.⁴⁴

O trecho do voto transcrito abaixo resume de forma concisa, mas com precisão, como a autarquia tende a tratar questões envolvendo propriedade industrial:

Se a Constituição Federal e a lei conferem o direito temporário de uso exclusivo de determinada tecnologia ao seu inventor, como forma de incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico; e se, como acima demonstrado, tal proteção exerce uma função social de estímulo à competição via diferenciação, real ou percebida, a intervenção da autoridade antitruste no sentido de limitar esse direito seria, no mínimo, questionável.

Recentemente, ao decidir em sede de recurso de ofício a Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51, uma investigação referente a desenhos industriais cobrindo autopeças, seguindo o voto do relator, Conselheiro Carlos Ragazzo, o CADE decidiu por não arquivar o caso, diferentemente do que ha-

pointos atinentes à interseção entre DPIs e Direito Antitruste abordados nos casos mencionados.

44. No caso, as partes foram investigadas pelas supostas práticas de cobrança de valores abusivos de *royalties*, abuso de posição dominante, conduta discriminatória e venda casada.

via sido sugerido pela SDE.⁴⁵ Após abordar questões muito delicadas sobre a interface desses dois ramos, passando por pontos como função social, entre outros, essa decisão sinaliza, ao menos, dois aspectos para os quais se deve atentar. Primeiro, a decisão consigna uma intenção do CADE de analisar com maior riqueza de detalhes o impacto causado pelos DPIs sobre o bem-estar. Segundo, indica como sendo hipoteticamente possível ao CADE impor uma limitação ao exercício de um DPI válido sobre certos mercados relevantes. Dito de outra forma, o CADE pode vir a decidir que, diante de determinadas condições concorrenciais, um DPI poderia ser, no limite, considerado como inaplicável a determinado mercado relevante.

Muito embora a referida decisão tenha apenas sinalizado uma possibilidade, uma vez que não resolveu o mérito do caso (na medida em que a decisão do CADE determinou o reenvio do caso à SDE para aprofundamento na investigação), esse entendimento do CADE será objeto de intenso debate. Como dito anteriormente, um DPI confere a seu titular o direito de impedir que terceiros repliquem o objeto da proteção. Se a Lei que concede esse direito não restringe o exercício deste a um ou mais mercados relevantes, pode-se argumentar que o CADE não estaria autorizado a impor tal limitação por meio

45. A nota técnica da SDE recomendou o arquivamento da averiguação preliminar tendo, principalmente, por base os fundamentos resumidos a seguir: (i) que a intervenção antitruste envolvendo DPIs só seria cabível em casos em que fosse verificado abuso nos procedimentos de registro; (ii) mesmo que houvesse poder de mercado, o exercício dos direitos que garantem a exclusividade na exploração dos direitos (*enforcement*) são necessários para recuperar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento; (iii) o CADE não estaria autorizado a aplicar sanções aos investigados nesse caso; e (iv) eventual intervenção no mercado em questão deveria ser feita pelo Poder Legislativo. Esta última conclusão se assemelha ao voto proferido pelo juiz Nichols da *Court of Appeals for the Federal Circuit* no caso americano *Roche v. Bolar Case*. 733 F2d 858: “Bolar argues that even if no established doctrine exists with which it can escape liability for patent infringement, public policy requires that we create a new exception to the use prohibition. (...) We decline the opportunity here, however, to engage in legislative activity proper only for the Congress. (...) It is the role of Congress to maximize public welfare through legislation. Congress is well aware of the economic and societal problems which the parties debate here, and has before it legislation with respect to these issues. (...) No matter how persuasive the policy arguments are for or against these proposed bills, this court is not the proper forum in which to debate them. Where Congress has the clear power to enact legislation, our role is only to interpret and apply that legislation. “[I]t is not our job to apply laws that have not yet been written.” (...) We will not rewrite the patent laws here.”

de suas decisões, visto que representaria o mesmo que negar vigência ao dispositivo legal que autoriza a concessão desses DPIs.

Como indicado na nota técnica da própria SDE,⁴⁶ verificado algum efeito indesejável em decorrência da mera concessão e exercício de um direito de desenho industrial, cuja possibilidade não se nega – vide o exemplo da exceção Bolar –, ao menos aparentemente, a solução mais adequada passaria por uma alteração a ser promovida no Poder Legislativo. Assim, em uma análise preliminar, o CADE extrapolaria a sua competência caso efetivamente venha a aplicar uma restrição à extensão dos direitos conferidos por um registro de desenho industrial. Se de fato restar verificado que limitações do escopo de registros de desenho industrial a certos mercados efetivamente for mais benéfico e capaz de aumentar o bem-estar, seria o caso de buscar uma alteração legislativa.⁴⁷

Pode-se inferir que os esclarecimentos acima demonstram o alinhamento do CADE com os principais entendimentos sobre a interface entre DPIs e Concorrência,⁴⁸ e servem, guardadas as devidas proporções, como referências para os atos de concentração a serem analisados. Dos precedentes disponíveis, extrai-se que o CADE normalmente faz uso dessa mesma justificativa sobre a interconexão de DPIs e Concorrência apresentada anteriormente quando da análise dos atos de concentração notificados. Em outras palavras, o CADE tende a seguir os mesmos critérios tanto nos casos de conduta como nos de controle de estrutura.

46. “Ainda quanto à regulamentação do direito de propriedade industrial, dentre os artigos referentes a registro de desenho industrial, não há qualquer menção ao conceito de mercado relevante na LPI. A LPI é lei federal de aplicação em todo território nacional, devendo qualquer outra restrição geográfica ou mercadológica estar expressa na lei, o que não foi feito. O conceito de mercado relevante é específico do direito antitruste, não havendo assim concessão de patente, desenho industrial ou qualquer outra forma de propriedade industrial restrita a determinados mercados. Assim, ao adotar o entendimento de restrição do direito de propriedade a mercados, o intérprete estaria, a bem da verdade, legislando, subtraindo atribuições que não são suas.”

47. Como cediço, às marcas são limitadas a determinados mercados, por força do princípio da especialidade, expresso na LPI. Por conseguinte, não seria novidade caso o Poder Legislativo preferir por adotar algum tipo de limitação aos registros de desenhos industriais, caso efetivamente isso venha a promover o bem-estar.

48. V. também Processo Administrativo 08012.000980/2000-23, Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50.

Apesar de os DPIs desempenharem um papel importante em qualquer análise antitruste, a relevância destes nos atos de concentração é normalmente associada à participação de mercado estritamente vinculada a tais direitos. Dito de outro modo, em geral, as autoridades antitruste primeiro verificarão a estrutura de mercado, definindo o mercado relevante afetado,⁴⁹ para somente em seguida analisar como os DPIs influenciam o mercado propriamente dito.

Nessa linha, seria razoável afirmar que se pode esperar das autoridades brasileiras a adoção de um posicionamento muito similar ao proposto por seus pares americanos,⁵⁰ i.e., os DPIs devem ser considerados da mesma forma que qualquer outro direito de propriedade:

(...) for the purpose of antitrust analysis, the Agencies regard intellectual property as being essentially comparable to any other form of property (...).

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.

Although there are clear and important differences in the purpose, extent, and duration of protection provided under the intellectual property regimes of patent, copyright, and trade secret, the governing antitrust principles are the same. Antitrust analysis takes differences among these forms of intellectual property into account in evaluating the specific market circumstances in which transactions occur, just as it does with other particular market circumstances.

Certamente, a importância dos DPIs em qualquer análise antitruste cresce na medida em que o objeto da proteção se aproxima da própria definição do mercado relevante ou deixa um espaço muito pequeno para a entrada de novos concorrentes, como em alguns casos envolvendo patentes sobre referências a produtos farmacêuticos, agroquímicos e outros setores muito intensivos em pesquisa e desenvolvimento. Também existem os casos em que os DPIs

49. Sobre definição de mercado em casos envolvendo inovação e tecnologia, v. Paulo Brancher, Mercados de inovação nas análises antitruste. In: Zanotta e Brancher, *Desafios atuais do direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2008, p. 273-289.

50. Vide U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/>>.

pesam muito na diferenciação de produtos, o que pode ocorrer em mercados que demandam investimentos vultosos em marcas (o signo distintivo e não o DPI propriamente dito) e publicidade. Convém enfatizar, entretanto, que de forma alguma a relevância dos DPis superará a própria análise da estrutura do mercado, como mencionado anteriormente.

É interessante notar também que as autoridades brasileiras conferem o devido tratamento aos DPis naqueles mercados em que estes são muito importantes. No Ato de Concentração 08012.000311/2007-26, envolvendo o segmento relacionado à biotecnologia, o CADE conduziu uma minuciosa análise sobre diferentes mercados verticalmente relacionados que podem ser afetados por operações envolvendo DPis. Ao fazer uma aproximação similar àquela proposta pelas autoridades americanas, o Conselho Abraham Sicsú indica a existência de mercados distintos para produtos portadores de tecnologia: um referente à tecnologia propriamente dita (transferência, mais especificamente); e outro envolvendo somente inovação (concorrência por inovação):

10. As preocupações com os mercados inovadores têm tido ressonância nas análises antitruste de várias autoridades internacionais. As análises tradicionais de concentração focam na participação de mercado e na habilidade de uma companhia manipular preços, o que resulta em modelo estático de competição. O mercado de biotecnologia não gera produtos homogêneos, já que é indústria dinâmica caracterizada por altos investimentos em P&D na tentativa de diferenciar e melhorar os produtos.

11. As análises antitruste devem focar-se então no conceito de mercados de inovação (*innovation markets*), o qual foi desenvolvido para lidar com questões antitruste focadas em P&D, na qual a definição de produto não era aplicável. A discussão antitruste se desloca da capacidade de as empresas manipularem preço para o incentivo do monopolista hipotético de retardar o andamento de pesquisa e desenvolvimento e assim deixar de difundir o avanço tecnológico. (...)

13. No contexto do caso concreto, não há operação voltada diretamente à venda de sementes de soja. Assim, é pouco substancial analisar a participação de mercado em termos de venda de sementes apresentada pelas requerentes e mostrada nas tabelas constantes no voto do relator. O mercado não é venda de sementes, mas sim o fornecimento de tecnologia para as empresas que vão desenvolver o produto final. (...)

16. (...) A primeira é a possibilidade de ocorrência de fechamento progressivo do mercado de tecnologia para sementes de soja resistentes ao glifosato. Quando o contrato dispõe cláusulas do tipo que o CADE tem analisado, em direção a uma vinculação de exclusividade no fornecimento de inovação, cria-se a dependência a apenas um produtor de tecnologia por meio de mecanismos que fecham o acesso das empresas instaladas no Brasil a outras

rotas tecnológicas que com o tempo podem mostrar-se mais eficientes, o que é nocivo para a concorrência dentro da análise de mercados de inovação.

17. Mesmo que outras empresas desejem fornecer o produto tecnológico e consigam passar à frente da fronteira tecnológica, a concorrência tecnológica é imbuída por conta de obrigações contratuais assumidas. Os detentores brasileiros de banco de germoplasma ficariam vinculados apenas ao produto da Monsanto. Tanto empresas existentes quanto entrantes nos mercados de biotecnologia vêem seu acesso ao mercado obstruído. (...)

19. Por isso, é fundamental analisar os contratos e ver se estes dispõem de cláusulas de proibição de pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização de sementes com tecnologias outras que não Tecnologia Monsanto, bem como da cláusula que estende aos multiplicadores a vedação de produção e comercialização de sementes com tecnologias não-Monsanto.

Com base no voto acima mencionado, o CADE concluiu ser importante verificar se contratos nesse segmento contém cláusulas que vedam P&D com tecnologias concorrentes com a finalidade de evitar o fechamento do mercado de inovação.

Em se tratando de atos de concentração em que os DPis são muito relevantes, verifica-se que esses direitos geralmente estão entre os itens sugeridos como possíveis objetos de desinvestimento, fazendo que o CADE determine a manutenção da integridade desses ativos objetivando permitir a efetividade da decisão de mérito ou a solução negociada ao final do ato de concentração. Nessa linha, existem alguns exemplos recentes de casos em que o CADE condicionou a aprovação das respectivas operações ao desinvestimento de ativos relacionados a DPis.

No Ato de Concentração 08012.003189/2009-10, referente à aquisição de 100% do capital social da Medley S.A. Indústria Farmacêutica (Medley) pela Sanofi-Aventis Industrial e Participações Ltda. (Sanofi-Aventis), o CADE determinou a alienação de registros marcários, dossiês para obtenção de registros sanitários (*data package*), transferência de tecnologia e *know-how* de alguns produtos compreendidos em dois dos mercados relevantes afetados (duas classes terapêuticas: A03F0 e B01C2)⁵¹ para empresa(s) atuante(s) na indústria farmacêutica, que, isoladamente ou em conjunto, detivessem até 15% de participação de mercado nas respectivas classes terapêuticas.⁵²

51. Sobre definição de mercado relevante no setor farmacêutico, v.: Leandro Pinheiro Saúde (coord.) et al. *Procedimentos para a definição e análise antitruste de mercados relevantes de medicamentos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>.

52. Este mesmo caso foi objeto de uma medida cautelar e, posteriormente, de um acordo de previsão de reversibilidade da operação que previam, entre outras, a

Nesse caso específico, seguindo práticas habituais da análise antitruste, o CADE delimitou os mercados relevantes envolvidos – no caso as classes terapêuticas em que houve sobreposição –, para depois verificar aqueles que mereciam maior atenção diante da presença de elementos a causar preocupações de natureza concorrencial. Somente após tal definição o CADE desenhou os remédios que entendia ser necessário implementar por meio do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) descrito acima.

Do voto do Conselheiro-relator é possível extrair alguns apontamentos sobre o tema em questão. O primeiro diz respeito à preocupação de um concorrente de que a Sanofi-Aventis licenciasse as suas patentes para um produtor de genéricos, dando a este último a vantagem de ser o *first mover*. A esse respeito, destacou que a Sanofi-Aventis não possuía qualquer patente vigente nos mercados em que se verificou concentração superior a 20%, mas mesmo que houvesse alguma patente, essa preocupação do concorrente não deveria ser considerada para fins de imposição de alguma restrição ou remédio. Como se pode depreender do trecho abaixo, diante de particularidades da legislação sanitária a respeito dos preços de medicamentos genéricos, entendeu o relator que o eventual benefício à concorrência seria superado pelos prejuízos experimentados pelo consumidor.

Como já exposto em seção anterior deste voto, a Sanofi-Aventis não possui patentes em nenhum dos mercados relevantes nos quais a operação gerou concentração superior a 20%. Não haveria, portanto, nexo causal entre as preocupações concorrenciais suscitadas pela presente operação, e uma decisão nesse sentido traria consideráveis prejuízos ao consumidor ao privá-lo do lançamento antecipado de um genérico que, por determinação regulatória, deve ter preço pelo menos 35% inferior ao do medicamento de referência. O eventual benefício à concorrência seria, portanto, superado pelos prejuízos ao consumidor.

O outro ponto de destaque recai sobre a observação do relator de que seria medida desproporcional determinar a alienação de marcas e demais ativos associados a produtos comercializados internacionalmente pela Sanofi-Aventis. Em outras palavras, nesse caso específico, as marcas somente foram consideradas para fins de minoração de efeitos indesejáveis sobre a concorrência e não como causa de tais efeitos.

Em outra operação envolvendo o setor farmacêutico, pela qual a Merck CO, Inc. (antiga Schering-Plough) foi adquirida pela Merck Sharp & Dhome obrigação de não praticar determinados atos relacionados a DPLs, a saber: não permitir a desvalorização de marcas e não ceder umas às outras dossês para fins de registros sanitários em algumas classes terapêuticas.

(MSD), o CADE condicionou sua aprovação ao licenciamento não exclusivo de alguns DPLs, incluindo uma patente, relacionados a dois produtos compreendidos em duas classes terapêuticas (C10A9 e C10C0). De acordo com o voto, a patente em questão seria de titularidade da Schering-Plough e licenciada sem exclusividade para a MSD. As duas empresas fabricavam produtos cobertos pela patente e concorririam entre si nos mercados relevantes identificados no caso concreto. Como as participações de mercado resultantes seriam muito elevadas, a medida supramencionada foi adotada em um TCD.

Nesse caso específico, as referidas empresas detinham 100% do mercado relevante definido como sendo a classe terapêutica C10C0, sendo até mesmo possível supor que a própria invenção contida na patente instituiu a classe terapêutica, ou que as vantagens apresentadas pelo produto levaram à saída de eventuais produtos anteriormente participantes dessa classe. Por outro lado, quanto à classe C10A9, o relator entendeu que os produtos cobertos pela patente não seriam substitutos dos demais contidos na mesma classe, preferindo definir o mercado como sendo o de medicamentos à base de ezeetimiba (cobertos pela patente), excluindo associações.

A correção das conclusões alcançadas e medidas sugeridas pelo relator poderia ser objeto de maiores debates, uma vez que se tratava de uma única patente cujo objeto era explorado por duas empresas diferentes somente devido ao fato de a titular da patente ter licenciado o seu uso, algo tido como pró-competitivo até mesmo pelo próprio CADE.⁵³ Só havia dois agentes ofertando produtos baseados em uma mesma patente porque o titular desta assim o quis.⁵⁴ A Schering-Plough poderia explorar isoladamente o seu objeto. Caso o tivesse feito, estar-se-ia diante de um caso de substituição de agentes, e não seria algo tão relevante sob a perspectiva concorrencial. Também incentivaria a reflexão a eventual comparação entre as medidas adotadas no caso *vis-à-vis* o hipotético término do licenciamento, sem que a operação em comento houvesse ocorrido. Nesta hipótese, os efeitos sobre a concorrência não seriam pelo menos os mesmos? O término prematuro do licenciamento geraria alguma consequência a autorizar qualquer intervenção das autoridades antitruste? Portanto, haveria algum espaço para questionar a correção das conclusões do

53. V. Ato de Concentração 08012.000311/2007-26. No mesmo sentido: U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*: "the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive".

54. *Idem*, *ibidem*: "The Agencies will not require the owner of intellectual property to create competition in its own technology".

referido voto, uma vez que até mesmo a limitada concorrência nos mercados relevantes identificados só existiu por mera liberalidade de empresa adquirida.

Independentemente da discussão apresentada acima, verifica-se que o direito de propriedade intelectual somente passou a importar na análise concorrencial depois que definido o mercado relevante, a partir de critérios de substituíbilidade entre diferentes medicamentos. Assim, supondo-se que não houvesse patente ou que houvesse mais de uma, é possível imaginar que o remédio proposto pelo relator teria como base pressupostos muito próximos ao do caso Sanofi-Aventis/Medley, visto que a solução pretende transferir determinada participação de mercado para terceiro, sendo o licenciamento de marcas, patentes e *data packages* apenas os mecanismos para operar a medida recomendada.

No que se refere às discussões envolvendo registros de marcas no contexto de atos de concentração, convém esclarecer que, ao contrário do que ocorre nos casos envolvendo patente, a discussão não recai sobre os efeitos decorrentes de um direito de propriedade industrial em si, mas na interação entre a marca – o signo distintivo objeto do direito – e o mercado em que se insere. Enquanto a própria patente pode ser a origem de uma preocupação de natureza antitruste, ao se tratar de marcas, os direitos de exclusividade a elas atrelados assumem uma importância secundária. O foco da discussão recai sobre a função econômica da marca e não sobre os direitos exclusivos ou sobre a inovação a ela relacionados.⁵⁵ Nessa linha, vale destacar o esclarecedor voto do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Ato de Concentração 08012.001383/2007-91 (Recofarma Ind. do Amazonas Ltda. e Leão Júnior S.A.), *verbis*:

Intuitivamente uma marca tem valor porque os consumidores distinguem – e preferem – um produto de uma marca conhecida relativamente aos demais produtos. Mais rigorosamente, a função econômica de uma marca é transmitir alguma informação relevante ao processo de compra, sendo o seu valor dado por esse serviço prestado ao vendedor e ao comprador. Como coloca Barzel (1982: 36), o valor da marca franqueada decorre de sua capacidade em ‘garantir que o produto é – e permanecerá – uniformemente bom’, sendo o seu valor equivalente à economia de custos de mensuração de informação a respeito de atributos do produto, que deveriam ser incorridos pelo consumidor na ausência de um mecanismo de sinalização da informação.

55. *Ibidem*: “These Guidelines do not cover the antitrust treatment of trademarks. Although the same general antitrust principles that apply to other forms of intellectual property apply to trademarks as well, these Guidelines deal with technology transfer and innovation-related issues that typically arise with respect to patents, copyrights, trade secrets, and know-how agreements, rather than with product differentiation issues that typically arise with respect to trademarks”.

Uma marca pode, portanto, depreciar se perder a capacidade de transmitir a informação, o que pode ocorrer se houver alguma frustração das expectativas do consumidor após consumo. Dito de outro modo, se um consumidor escolhe um produto tendo a marca como um elemento de apoio à decisão, sua experiência de consumo deve confirmar as informações sobre os atributos do produto transmitidos pela marca, caso contrário esta perde a capacidade de transmitir informações e, portanto, perde valor. Por esse motivo, aquele que detém uma marca de elevado valor tem interesse econômico na manutenção dos padrões de qualidade de seus produtos e serviços, de modo a manter o valor desse seu ativo. Diante disso, o consumidor toma uma marca que goze de reputação como um sinal crível sobre a qualidade do produto. O mesmo não ocorreria com uma marca sem valor, que não está associada, pela experiência de consumo, a um padrão de qualidade. A constituição de marca depende, portanto, da experiência de consumo, o que pode decorrer da tradição e tempo de exposição do produto aos consumidores e/ou de esforços elevados de propaganda e *marketing* que fomentem a experimentação e fidelidade de consumo. Seja como for, a marca é relevante à concorrência e exige tempo e recursos para a constituição”.

Também é possível notar que a delimitação do mercado relevante contém boa parte das atenções das autoridades brasileiras e administradas nos casos envolvendo marcas.⁵⁶ Nisso as autoridades brasileiras parecem estar em sintonia com os entendimentos de outras jurisdições no sentido de que a definição do mercado afetado é imprescindível para a verificação de quaisquer preocupações de ordem concorrencial nos casos envolvendo DPs.⁵⁷

56. V. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*.

57. V. *European Commission Notice: guidelines on the application of article 81 of the EC treaty to technology transfer agreements*: “If an agreement is not restrictive of competition by object it is necessary to examine whether it has restrictive effects on competition. Account must be taken of both actual and potential effects (16). In other words the agreement must have likely anti-competitive effects. For licence agreements to be restrictive of competition by effect they must affect actual or potential competition to such an extent that on the relevant market negative effects on prices, output, innovation or the variety or quality of goods and services can be expected with a reasonable degree of probability. The likely negative effects on competition must be appreciable (17). Appreciable anti-competitive effects are likely to occur when at least one of the parties has or obtains some degree of market power and the agreement contributes to the creation, maintenance or strengthening of that market power or allows the parties to exploit such market power. Market power is the ability to maintain prices above competitive levels or to maintain output in terms of product quantities, product quality and variety or innovation below competitive levels for a not insignificant

Essa problemática torna-se ainda mais latente nas operações envolvendo bens diferenciados,⁵⁸ tendo o CADE se debruçado sobre a matéria por algumas vezes para aprofundar a análise das particularidades que acompanham os casos com essas características.⁵⁹

Esse tipo de impasse na definição do mercado relevante não é uma particularidade desse caso, mas constitui um problema freqüente na análise de mercados de produtos diferenciados. (...)

Em síntese, a opção por esta ou aquela definição plausível de mercado relevante tem implicações profundas na análise que se segue e, adicionalmente, como é comum em mercados diferenciados, tal definição é invariavelmente controversa, como indicam diversos precedentes do SBD.C. (...)

A solução mais adequada para o impasse na definição do mercado relevante causado pela elevada diferenciação horizontal de produtos é reconhecer o mercado como tal e procurar avaliar o grau de substituição entre os produtos, conforme já amplamente reconhecido na literatura econômica. (...)

Os autores mencionam ainda que, em se tratando de produtos diferenciados, o uso das participações de mercado como variável de análise é inadequado, uma vez que há variados graus de diferenciação e, consequentemente, diversos níveis de substituíbilidade entre os produtos, dificultando a definição de um mercado relevante. A análise que se segue procura identificar o grau de substituição entre vários produtos e marcas, com a finalidade de melhor estimar os efeitos da aquisição da Leão pela Coca-Cola.⁶⁰

period of time. The degree of market power normally required for a finding of an infringement under Article 81(1) is less than the degree of market power required for a finding of dominance under Article 82. 16. For the purposes of analyzing restrictions of competition by effect it is normally necessary to define the relevant market and to examine and assess, *inter alia*, the nature of the products and technologies concerned, the market position of the parties, the market position of competitors, the market position of buyers, the existence of potential competitors and the level of entry barriers. In some cases, however, it may be possible to show anti-competitive effects directly by analyzing the conduct of the parties to the agreement on the market. It may for example be possible to ascertain that an agreement has led to price increases.⁶¹

58. Sobre produtos diferenciados, v.: Bishop e Walker, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 84 e ss. Sobre o mesmo assunto: Hovenkamp, op. cit., p. 520.

59. V., entre outros, AC 08012.000212/2012-30 (Pepsico, Inc., Companhia Brasileira de Bebidas, Marathon-Gatorade) e AC 08012.006688/2005-27 (Adidas Solomon AG, Reebok International Ltd.).

60. AC 08012.001383/2007-91.

Isso dito, os registros marcários acabam por aparecer mais quando da im- posição de remédios (e.g., licenciamento e cessão dos registros) do que como algo crucial ou gerador de um problema concorrencial.

Outro ponto de muito debate refere-se à necessidade de notificar o CADE sobre algumas operações envolvendo a transferência e licenciamento de DPIs, mais especificamente aquelas ligadas a alguma tecnologia. Muito em- bora de acordo com os precedentes do CADE certos tipos de operações se- jam de submissão obrigatória, algumas decisões criaram uma incerteza sobre a obrigatoriedade de notificação de determinados contratos de distribuição, fornecimento e transferência de tecnologia. Por conseguinte, muitas empresas preferem adotar uma postura mais conservadora, e submetem tais atos de con- centração (normalmente referidos como "não clássicos") ao CADE.⁶² Por um lado, esse posicionamento evita a imposição de sanções por intempetividade ou até mesmo apurações por ausência de notificação, que podem atingir va- lores extremamente elevados e que em muito superam os custos associados à notificação.⁶³ Por outro lado, a obtenção da aprovação do CADE significa que a operação notificada não causa preocupações de natureza concorrencial e, por conseguinte não ensejaria qualquer violação antitruste.

Em decorrência de tais precedentes, titulares de DPIs têm apresentado uma série de atos de concentração não clássicos ao CADE. Ao passo que tais notificações tornaram-se freqüentes, o CADE sedimentou entendimentos so- bre a restrição de determinadas cláusulas contratuais referentes à exclusivida- de, e alguns requerentes passaram a solicitar o não conhecimento de tais atos de concentração. Assim, o CADE buscou estabelecer critérios para permitir a verificação de quais operações seriam de fato de submissão obrigatória.

No Ato de Concentração 08012.000182/2010-71, Arthur Badin, então Presidente do CADE, apresentou um voto contendo diretrizes gerais a respei-

61. Não está claro se, quando a nova Lei de Defesa da Concorrência for sancionada, contratos dessa natureza continuarão a ser submetidos ao CADE. Acredita-se que a melhor interpretação sistemática da Lei de defesa da concorrência seria no sen- tido de que tais contratos seriam sujeitos à análise de conduta e não de estrutura, no entanto, a redação ampla do artigo da atual Lei 8.884/94 tem levado as partes a submeter esse tipo de acordo. O art. 88 da Nova Lei de Defesa da Concorrência pareceria eliminar a necessidade de submissão desses contratos, no entanto, na medida em que prevê a necessidade de submissão de contratos associativos, de cooperação e *joint ventures*, será necessário aguardar para conhecer o entendi- mento do CADE sobre esse ponto específico.

62. Anders e Bueno, Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei 8.884/94. In: Zanotta e Brancker (coord.). *Desafios atuais do direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2008, p. 245-255.

to de algumas características contratuais que seriam permitidas e recusadas, assim como uma espécie de possível "white list" de contratos de fornecimento e transferência de tecnologia. Conforme o referido precedente, os acordos que apresentarem as características abaixo não seriam de submissão obrigatória:

22. O levantamento da posição do CADE a respeito de contratos de fornecimento demonstrou que:

– a grande maioria dos casos notificados envolvendo tais contratos são conhecidos e aprovados sem restrições, após trâmite pelo procedimento sumário;

– os poucos casos em que se entendeu pela aprovação com restrições, esta se deu tão somente em razão da inserção de cláusula de exclusividade no contrato;

– nas oportunidades em que instado a abordar a questão da necessidade em tese, de notificação dessas operações, o CADE optou por manter o seu posicionamento usual e determinar sempre o conhecimento.

23. Parece-me bem-vinda a oportunidade para que o CADE supere a resistência e a cautela excessiva no exame de contratos de fornecimento, de forma a sedimentar algo há tanto sinalizado aos administrados.

24. A análise dos casos acima demonstra que *contratos de fornecimento que (a) não impliquem transferência de direitos sobre ativos concorrentialmente relevantes, (b) não contenham cláusulas de exclusividade ou equivalentes de qualquer natureza capazes de restringir o direito de decisão sobre ativos (produtos e serviços), (c) tenham prazo de vigência inferior a cinco anos (consideradas eventuais prerrogativas), (d) contemplem a possibilidade de rescisão imediata e sem ônus à parte requerente, (e) não representem a negociação de um volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54, § 3.º, da Lei n. 8.894/94, prescindem de notificação ao SBDC, por não serem capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de bens e serviços.*

Posteriormente, no contexto do Ato de Concentração 08012.005472/2010-10, referente ao licenciamento de DPIs, o CADE simplificou ainda mais a submissão "white list", que poderia ser resumida da seguinte forma: não havendo exclusividade ou compromisso de não concorrência, a submissão não seria obrigatória. Nada obstante, o voto do então Presidente Badin enfatiza que o não conhecimento da operação não implica autorização para a prática de atos anticompetitivos:

35. Nesse sentido, à luz dos argumentos apresentados, entendo haver dois critérios simultâneos e necessários para que seja descaracterizada a condição de ato de concentração nos casos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual:

(i) ausência de cláusula de exclusividade ou de não-concorrência; e
(ii) o ativo, ou o conjunto de ativos, envolvido na operação não representa mais de 20% do faturamento da empresa ou do estabelecimento comercial (...)

Por fim, cabe ressaltar que o não-conhecimento de uma operação envolvendo o licenciamento de direitos de propriedade intelectual diz respeito apenas à potencialidade que esta operação teria em causar efeitos anticompetitivos sob a ótica estrutural do mercado, não afastando o escrutínio da autoridade antitruste nas hipóteses em que as empresas adotem condutas contrárias aos princípios de livre concorrência após a dispensa de notificação à autoridade antitruste. Dito de outra forma, o não-conhecimento de determinada operação não serviria de salvo-conduto para a prática de atos anticompetitivos, os quais poder ser objeto de apreciação das autoridades antitruste no que se refere à repressão de condutas, sujeitos, portanto, às medidas cabíveis.

Posteriormente, o CADE decidiu por não conhecer uma operação envolvendo a cessão de DPIs (três marcas e duas patentes) no contexto do Ato de Concentração 08012.010538/2009-41. No caso em apreço, os titulares dos DPIs não estavam explorando economicamente os objetos relacionados há mais de oito anos. O CADE decidiu que não seria possível associar qualquer poder de mercado a tais DPIs e que estes não seriam economicamente relevantes, não causando, portanto, quaisquer prejuízos à concorrência. Este precedente, contudo, trás alguns esclarecimentos muito valiosos quanto à análise de DPIs no contexto de atos de concentração:

17. Na presente operação, as marcas e patentes, alvos da operação, são ativos intangíveis sem representatividade em qualquer mercado, conforme investigado, embora possam ser considerados como elementos importantes para o exercício de atividade econômica nos respectivos mercados. No entanto, esses ativos em si não são suficientes para o desenvolvimento da atividade econômica em determinado mercado, vez que para tanto precisa-se de outros ativos, tais como unidade fabril, máquinas, equipamentos e outros.

18. Independentemente desses outros ativos, a propriedade intelectual que esteja em uso possui certa relevância dada a sua representatividade nos mercados de atuação, o que se verifica pela sua participação no mercado. Por óbvio, a propriedade intelectual sem uso não possui atuação nem tampouco afeta o segmento de mercado a que teria participação, por conseguinte, a sua aquisição não resulta dominação de mercado, seja parcial ou integralmente.

19. Por outro lado, a alienação da marca ou patente que estivesse efetivamente em uso acarretaria efeitos diretamente ao mercado e, portanto, seria alvo de análise antitruste.

20. Além disso, pesa o fato de que, por estar sem uso há oito anos, as marcas não possuem clientes que são fiéis a seus produtos, por isso, não haveria 'reserva de mercado' consubstanciada no efeito comercial positivo conquistado pela marca, em especial no tocante à confiança dos consumidores aos seus produtos.

21. Com efeito, não se vislumbra uma hipótese de aquisição de marca ou patente sem uso por anos que possa decorrer uma limitação ou prejuízo à concorrência, seja pelo fato de que esta operação não se constitui uma concentração econômica, seja porque os efeitos sobre o mercado será nenhum, já que nenhuma marca ou patente estava em uso. (...)

29. Consubstanciado nesses ensinamentos, cumpre esclarecer novamente que os mercados nos quais as marcas e patentes teriam atuação com tam com a presença de substitutos ou produtos sob outras marcas, que se não presentes poderiam atribuir um potencial poder de mercados a esses ativos intangíveis.

30. O fato de as marcas e patentes objetos da operação não estarem ativas no mercado, nos últimos anos, corrobora o argumento de que não haveria poder de mercado relacionado a essas espécies patentárias.

31. Portanto, o que se verifica é que a aquisição de marcas e patentes sem uso, ainda mais por um período superior a 5 (cinco) anos, se configura numa situação em que não cabe a análise anticoncorrencial, pois em tal hipótese não haveria importância econômica.

Muito embora o precedente acima tenha relacionado a falta de exploração comercial do objeto protegido por DPIs à ausência de limitação ou prejuízo à concorrência, e afirmado que não haveria concentração econômica pois seriam inexistentes os efeitos sobre o mercado, o mesmo Conselheiro-relator proferiu um voto diferente em outro caso em que também não se poderia associar uma determinada participação de mercado a DPIs. No Ato de Concentração 08012.012068/2010-94, o CADE considerou como sendo de submissão obrigatória uma operação envolvendo a cessão de patentes sobre produtos farmacêuticos ainda não colocados no mercado sob o argumento de que tais direitos serviriam, mesmo potencialmente, como possíveis barreiras à entrada.

Patentes de invenção são vocacionadas a criar barreiras à entrada, a produzir reservas de mercado juridicamente garantidas e, não raro, capazes de resultar em monopólio legal, por isso seu valor estratégico em termo de competitividade. Como o direito de propriedade industrial não é absoluto, até porque não há direitos absolutos, impetra o dever de sopesar esses direitos que devem, obrigatoriamente, ser contrastados com a análise concorrencial.

Ao menos aparentemente, há uma contradição entre esses dois precedentes colacionados imediatamente acima. Considerando que existe uma decisão pelo não conhecimento de um ato de concentração pelo fato de não ser possível associar qualquer poder de mercado ou relevância econômica a DPI cujo objeto não estaria sendo explorado, parece que pouco importaria se tal ausência de exploração ocorreria porque o produto era novo e não tivera sido colocado no mercado ou porque a comercialização fora cessada. De um jeito ou de outro, não se poderia associar receita, poder de mercado e relevância econômica ao DPI.

Apesar desse indiscutível esforço, o CADE ainda não expediu qualquer orientação ou súmula que consignasse de forma expressa os esclarecimentos contidos nas decisões proferidas e, como visto, os precedentes acima mencionados ainda não são suficientes para permitir aos administrados determinar de forma segura quais contratos devem ser efetivamente submetidos. Essa dúvida permanece, mas certamente o assunto voltará a ser debatido, tendo em vista as mudanças contidas na Nova Lei de Defesa da Concorrência, que no momento da elaboração do presente trabalho aguarda pela sanção presidencial.

Observa-se que os DPIs vêm sendo analisados e considerados somente quando da necessidade de aprofundar os estudos sobre determinado mercado relevante, ou nos casos em que se exige a imposição de alguma restrição à operação notificada, não havendo um marco teórico e/ou jurisprudencial estabelecido pelo SBD C para a análise de atos de concentração.

V. Conclusão

As discussões no Brasil sobre a interconexão entre DPIs e Concorrência ainda é relativamente nova. No entanto, esta questão vem crescendo em importância e as autoridades nacionais à frente desses segmentos têm incrementado a interação e o intercâmbio, assim como têm aplicado de forma cruzada princípios, entendimentos e diretrizes umas das outras nas atividades sob suas respectivas alçadas.

Ainda são poucos os casos envolvendo DPIs que já foram decididos pelo CADE, não havendo, portanto, um número suficiente de precedentes a permitir aos administrados prever com elevado grau de segurança como serão julgados determinados assuntos. Nada obstante, as autoridades brasileiras têm demonstrado especial interesse sobre a matéria, e o CADE tem buscado proferir decisões que tratem não só do caso específico mas que também venham esclarecer determinados assuntos relacionados a essa intrincada interconexão entre propriedade intelectual e concorrência.

Do pequeno apanhado de precedentes disponíveis, nota-se que as autoridades brasileiras apresentam entendimentos convergentes com os de seus pares de jurisdições com maior experiência em ambos os ramos ora discutidos, muito embora ainda exista um longo caminho a ser percorrido. Em suma, nota-se que o CADE reconhece e trata os DPLs e o Direito da Concorrência como convergentes, tendo buscado deixar claro, em diversos momentos, que não existe antagonismo entre eles, e que ambos visam, nos respectivos âmbitos de incidência, maximizar o bem-estar social e econômico.

Verifica-se também que é nos casos de investigações de conduta que se podem encontrar os precedentes mais substanciais sobre a interconexão DPLs e Concorrência. Isso se deve ao fato de que tais casos versam especificamente sobre supostos ilícitos relacionados a DPLs. Já no controle de estruturas, os DPLs correspondem a apenas uma parcela das muitas que devem ser consideradas na análise dos efeitos sobre a concorrência. Contudo, percebe-se que os entendimentos alcançados no contexto dos casos de conduta são aproveitados, mesmo que com menor intensidade e profundidade, nos atos de concentração envolvendo DPLs.

Mesmo sabendo da importância que os DPLs apresentam em qualquer análise de natureza antitruste, tal relevância é geralmente atrelada a determinada participação de mercado que possa ser especificamente associada a essas direções. Por conseguinte, as autoridades primeiro verificam a estrutura do mercado, definindo o mercado relevante afetado e levantando as suas características, para depois analisar a importância e a forma de influência exercida pelos DPLs.

Nessa linha, tem-se que os DPLs recebem mais atenção quanto maior for a aproximação entre o objeto reivindicado e a própria definição do mercado relevante, quando este não o define ou até mesmo o cria, o que é possível em certas situações envolvendo patentes e desenhos industriais. Dito de outra forma, quanto mais próximo o escopo de proteção de um DPL estiver da definição do mercado, menor será o espaço para a entrada de novos concorrentes. Há também os casos em que os DPLs são cruciais na diferenciação de produtos, muito comum em mercados que exigem altos investimentos em marcas e publicidade. De todo modo, é bom frisar, a importância dos DPLs nos atos de concentração submetidos às autoridades depende, necessariamente, da anterior delimitação do mercado afetado, não superando de forma alguma a própria análise da estrutura do mercado.

Bibliografia

ADELMAN et al. *Cases and materials on patent law*. Saint Paul: West Group, 1998.

- ANDERS, Eduardo Gaminati; BUENO, Marcio de Carvalho Silveira. Insuficiência dos parâmetros de subsunção de contratos ao art. 54 da Lei n. 8.884/94. In: ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (coord.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. Inconstitucionalidade das patentes pipeline. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 83, p. 3-39, jul.-ago. 2006.
- _____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BASSO, Maristela. Prazo de patentes – aplicabilidade do art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/96. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 103, p. 25-33, nov.-dez. 2009.
- BISHOP, Simon; WALKER, Kine. *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- BRANCHER, Paulo. Mercados de inovação nas análises antitruste. In: ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (coord.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 960.728/RJ. Recorrente: I E Du Pont Nemours and Company. Recorrido: INPI. Brasília, 17.03.2009, DJE de 15.04.2009.
- CARVALHO, Nuno Pires de. *A estrutura dos sistemas de patentes e marcas. Passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.* 897 F.2d 1572. *Court of Appeals for the Federal Circuit*.
- _____. *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405. *United States Supreme Court*.
- _____. *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70. *United States Supreme Court*.
- _____. *Roche v. Bolar*, 733 F.2d 858. *Court of Appeals for the Federal Circuit*.
- _____. *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38. *United States Supreme Court*.

_____. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. Disponível em: <<http://www.justice.gov>>.

_____. U.S. Federal Trade Commission. *To promote innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*, 2003. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>>.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*. St. Paul: Westlaw, 1994.

KATZ, Ariel. Making sense of nonsense: intellectual property, antitrust, and market Power. *Arizona Law Review*, vol. 49, n. 4, 2007.

LEONARDOS, Luiz; KUNISAWA, Viviane Yuny. O sistema de propriedade industrial como fomentador da inovação tecnológica. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 76, p. 16-21, mai.-jun. 2005.

MACHILUP, Fritz. *An economic review of the patent system. Study of the Subcommittee on patents, trademarks, and copyrights of the Senate Committee on the Judiciary*. Study n. 15. 85.º Congresso dos Estados Unidos da América, 2.ª Sessão, 1958. Disponível em: <<http://www.mises.org/etexts/patentsystem.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

MERGERS, Robert P.; MENELL, Peter S.; LEMLEY, Mark A. *Intellectual property in the new technological age*. 2. ed. New York: Aspen Law and Business, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*. Porto Alegre: Sintese, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. vol. I.

PESSOA, Samuel de Abreu; CONSIDERA, Claudio Monteiro; e RIBEIRO, Mário Ramos. *O papel do instituto da patente no desempenho da indústria farmacêutica*. Rio de Janeiro, UFRJ, 2007. Disponível em: <<http://www.ufr.br/econ/>>. Acesso em: 30 jul. 2007.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1992.

SAFATLE, Leandro Pinheiro (coord.) et. al. *Procedimentos para a definição e análise antitruste de mercados relevantes de medicamentos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO MAIOR, Rodrigo de Azevedo. A atividade inventiva nos EUA: A evolução do requisito sob o prisma da recente decisão-paradigma da Suprema Corte no caso KSR International Co. v. Teleflex Inc. *Revista Criação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, ano I, n. II, p. 255-309, 2009.

THOMAS, John R. *Pharmaceutical patent law*. Washington: BNA Books, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. *European Commission Notice: guidelines on the application of article 81 of the EC treaty to technology transfer agreements*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.