

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL: A RECUSA DE CONTRATAR COMO ILÍCITO CONCORRENCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

Venicio Branquinho Pereira Filho

1. Introdução

Uma interessante interface entre o Direito da Concorrência¹ e o Direito da Propriedade Intelectual (DPI) consiste na conduta unilateral² de supostos abusos de direitos de propriedade intelectual (PI) como possível infração às normas antitruste. O presente artigo se propõe a analisar esse tipo de conduta unilateral tomando por base a experiência estadunidense na matéria, convencidos da larga experiência do país em jurisprudência antitruste.

A escolha pelo Judiciário norte-americano justifica-se, portanto, pela indiscutível maturidade de reflexões atingida naquela realidade em relação ao tema. Serão abordados importantes julgados dos EUA, os quais ilustram como o país tenta conciliar o DPI com o Direito Antitruste. No Brasil, o primeiro processo administrativo sobre o assunto foi instaurado pelo Conselho

¹ Cumpre salientar que o uso do termo “direito da concorrência”, neste estudo, deve ser compreendido como a disciplina do mercado propiciada por normas de direito público, também identificado, por alguns autores, como “direito antitruste”. O presente texto não pretende tratar das normas referentes ao tema da concorrência desleal, o qual apresenta institutos jurídicos específicos acerca da propriedade intelectual, e que tutelam, sobretudo, os interesses privados dos agentes econômicos. Deve-se, igualmente, esclarecer que não se desconhece a resistência, de parte dos doutrinadores brasileiros, em considerar os termos “direito da concorrência” e “direito antitruste” como correlatos no Brasil. Embora se reconheça as razões de tais resistências, as expressões serão consideradas sinônimas no presente artigo, apenas por razões de clareza e para evidenciar o caráter de direito público dos fundamentos adotados no texto.

² Não serão abordadas, pois, as chamadas “recusas coletivas”, usualmente associadas aos *pools* de patentes. Para detalhes sobre as recusas coletivas, vide: GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apenas em 2012³, conhecido como “Caso ANFAPE” e ainda não foi julgado na esfera administrativa.

Inicialmente, serão realizadas ponderações acerca do direito antitruste nos EUA. Em seguida, será problematizada a interseção entre o Direito da Concorrência e o DPI. E, finalmente, serão selecionados julgados nos EUA acerca do abuso unilateral de direitos de PI como possível infração às normas antitruste.

O estudo dessas decisões terá como objetivo identificar fundamentos adotados nos Tribunais estadunidenses e que possam auxiliar nas reflexões sobre o tema no Brasil, consideradas, evidentemente, as diferenças entre os sistemas jurídicos.

2. Breves considerações sobre o direito antitruste nos eua

Os EUA possuem uma forte tradição em matéria de Direito Antitruste. Por apresentar diferenças substanciais em seu sistema jurídico e que o diferenciam dos ordenamentos de *civil law*, é importante tecer considerações acerca do peculiar Direito Antitruste Norte-Americano.

A tutela do livre mercado, coibindo-se o abuso do poder econômico em prol da concorrência e do bem-estar do consumidor, não foi inovação dos EUA. Por exemplo, pode-se citar que, no fim do século XVII, ainda no desenvolvimento do *common law* britânico, já havia registros de decisões que limitavam o poder dos agentes econômicos no ambiente competitivo⁴.

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

A nova legislação representou uma resposta ao processo de forte concentração empresarial verificado nos Estados Unidos na segunda metade do século XIX, que ameaçava o livre mercado e prejudicava os consumidores. Destacaram-se, neste diapasão, os movimentos agrários contra os monopólios das linhas de trens⁵ e, de uma maneira geral, a campanha política contra os

³ Para detalhes sobre o processo administrativo instaurado em 2012, vide: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo: 08012.002673/2007-51. Brasília, Distrito Federal, 30 ago 2012.

⁴ MORGAN, Thomas. Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001, p. 1-4.

⁵ STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. The Political Economy of the Sherman Act. New York: Oxford University Press, 1991. Cap.

chamados *trusts*, negócios em que acionistas de várias companhias transferiam poderes sobre suas ações para um mesmo conjunto de procuradores. Juntos, os mandatários detinham relevante influência nas corporações e, por vezes, podiam controlar livremente os preços dos produtos.

Os *trusts* tornaram-se um problema nacional quando passaram a controlar parcela expressiva dos maiores setores industriais dos EUA, como o de óleo e de linhas ferroviárias⁶. Em resposta, o Congresso norte-americano seria pressionado a limitar os poderes dos *trusts*⁷, justamente em uma época em que o governo federal exercia pouco controle sobre a iniciativa privada⁸.

Com efeito, em 1890 foi editado o *Sherman Act*, ano em que literatura especializada consagrou como o surgimento, ao menos formal, do Direito Antitruste nos Estados Unidos⁹. Era a primeira vez que uma lei de âmbito federal, em matéria de concorrência, limitava a ideologia do *laissez faire* até então consagrada no País¹⁰. Em geral, a lei (ainda em vigor) coíbe acordos que restringem a concorrência, bem como monopólios e tentativas de monopolizar setores da economia, conforme estabelece sua seção dois:

“Todos os que monopolizarem, tentarem monopolizar, combinarem ou conspirarem com outrem para monopolizar qualquer parte dos negócios ou do comércio entre os estados, ou com outras nações, será considerado

2. p. 32.

⁶ LINFO. Antitrust Definition. The Linux Information Project. Disponível em: <<http://www.linfo.org/antitrust.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁷ Na esteira do processo de combate aos *trusts*, o célebre caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* foi julgado pela Suprema Corte Norte-americana. A *Standard Oil* havia se tornado a maior empresa de petróleo do País, tendo adquirido a grande maioria dos concorrentes. Acusado de uma série de ilícitos, tais como prática de preço predatório e celebração de acordos verticais em detrimento dos concorrentes, o *trust* foi desconstituído em uma série de novas empresas. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

⁸ CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁹ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹⁰ PAGE, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY, v. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

culpado e punido com multa de até US\$ 10.000,00, se uma corporação, ou, se qualquer outra pessoa, R\$ 350.000,00, ou com pena privativa de liberdade de até 3 anos, ou com ambas as penas, de acordo com a discricionariedade do juiz” (tradução nossa¹¹).

Posteriormente, em 1914, foi promulgado o Federal Trade Commission Act¹², diploma que criou a Federal Trade Commission (FTC) como agência antitruste. No mesmo ano, também foi promulgado o Clayton Act¹³ para coibir práticas anticoncorrenciais, regular as ações privadas em matéria de antitruste, estabelecer controle sobre as fusões e aquisições que podem comprometer a concorrência, entre outros temas.

Duas agências podem ser consideradas as protagonistas no âmbito federal na temática antitruste: a FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ). O DoJ se encarrega precipuamente do combate aos cartéis, mas também participa de processos civis envolvendo concentrações. A FTC, por sua vez, atua principalmente em fusões e aquisições, mas possui, também, um importante programa de prevenção e conscientização geral acerca dos ilícitos anticoncorrenciais - a chamada *advocacia* da concorrência.

Embora a simplicidade normativa e o reduzido número de agências federais possam induzir a ideia de que o sistema de proteção da concorrência nos EUA seja simplificado, na prática ocorre o oposto. O antitruste é aplicado no plano federal, estadual e local, tanto na esfera administrativa quanto na judicial¹⁴. Todos os estados-membros nos EUA possuem suas próprias

¹¹ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹² THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY. Competition Law Center. Federal Trade Commission Act. Disponível em: <<http://gwclc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹³ LEXIS WORKS. Clayton Act. Disponível em: <<http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹⁴ Interessante observar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, a maioria dos processos em matéria de antitruste nos EUA tramitam no Judiciário - e não no âmbito administrativo. CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007,

legislações na matéria. Cite-se, ainda, que as normas concisas, lacônicas e fluidas, coerentes com o common law dos EUA¹⁵, representam um desafio aos julgadores. Nesse sentido, se a prática do Direito Antitruste naquele país já não é simples, o desafio de conciliar seus propósitos com os fins do DPI agrega ainda mais complexidade à resolução dos conflitos, o que será objeto de discussão a seguir.

3. Direito Antitruste e Direito da Propriedade Intelectual

O diálogo entre o Direito Antitruste e o DPI nos EUA tem sido constante pauta de discussão nas cortes norte-americanas e na literatura jurídica. Tratando-se de uma economia industrializada, um polo de inovação tecnológica, os EUA estão plenamente inseridos na chamada “era da informação”. A propriedade intelectual possui, assim, uma função estratégica em dois âmbitos: de um lado, para os agentes econômicos, na medida em que pode ser determinante na definição de seu poder de mercado; de outro, para o desenvolvimento econômico nacional, consistindo em relevante instrumento de (des)estímulo à inovação no país e em firmar a sua liderança econômica global.

A exclusividade proveniente de direitos de PI visa conferir maior segurança ao agente-investidor, que passa a ter, a princípio, menos riscos no investimento em “Pesquisa e Desenvolvimento”, sempre desejável para o país. Nessa ótica, o agente é estimulado pelo Estado a investir em novos produtos ou em novas técnicas de produção.

A patente, por exemplo, conferirá ao agente o direito exclusivo de explorar um produto por determinado período, quando o titular poderá obter retornos financeiros maiores em razão da autorizada exclusão de acesso ocasionada aos seus concorrentes. Tal ganho financeiro maior seria justificado pelas despesas que o agente teve durante todo o tempo em que investiu em pesquisa e no desenvolvimento do produto.

Por isso, sem maiores dificuldades pode-se notar que o DPI funciona como verdadeiro instrumento de política pública de fomento à inovação e ao desenvolvimento econômico nacional. Sua importância é tamanha naquele país que a Constituição¹⁶ consagra a PI em seu art. 1º, parágrafo oitavo, nos

p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁵ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁶ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em:

seguintes termos: “Será da competência do Congresso: (...) Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas.”

Assim, conforme o DoJ e a FTC dos EUA esclarecem, a PI “confere aos titulares... direitos de excluir terceiros. Esses direitos ajudam os titulares a lucrar com o uso de sua propriedade. Os direitos de um titular de propriedade intelectual são semelhantes aos direitos dos titulares de outras formas de propriedade privada” (tradução nossa¹⁷). Por definição, direitos de PI restringem a atuação de outros agentes, concorrentes ou não.

Embora haja quem se refira a tais direitos como “monopólio”, na verdade eles apenas permitem que o titular exclua outros do uso ou da exploração do bem protegido como propriedade intelectual¹⁸. Assim, pela perspectiva econômica, o uso do termo “monopólio” não é adequado, pois nem sempre o titular do direito de PI será monopolista naquele mercado relevante. Para que isto ocorra, o direito exclusivo deverá produzir o efeito de anular todas as alternativas para o produto protegido, pelo qual os consumidores estarão dispostos a pagar o chamado “preço de monopólio”¹⁹.

É possível que situações como essa ocorram ou, pelo menos, que a PI aumente consideravelmente o poder de mercado do titular. Nesses casos, o desenvolvimento econômico visado pelo legislador pode ser comprometido.

Em razão disso, não se pode permitir que o titular de um direito de PI a explore como lhe for conveniente. A ineficiência ou o abuso no exercício de um direito de PI deve ser coibido pelo ordenamento jurídico, pelos princípios constitucionalmente assegurados e pela legislação infraconstitucional. A esse

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

¹⁷ “Intellectual property law bestows on the owners... certain rights to exclude others. These rights help the owners to profit from the use of their property. An intellectual property owner's rights to exclude are similar to the rights enjoyed by owners of other forms of private property.” U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p. 3.

¹⁸ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. John Marshall Journal of Computer & Information Law, v. 24, n. 3, 2007, P. 34. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁹ HOVENKAMP, Herbert et al. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Wolters Kluwer: 2. ed., 2013, p. 4-8.

respeito, o DPI estadunidense apresenta instrumentos para tentar reverter tais distorções, como a doutrina norte-americana do patent misuse²⁰ e o licenciamento compulsório pela não exploração da PI.

A disciplina antitruste, por sua vez, embora encontre resistências jurídicas, políticas²¹ e econômicas, também constitui um importante instrumento para se coibir condutas unilaterais que excluem, possam excluir ou pretendam excluir competidores de dado mercado; condutas essas indesejáveis para o Estado e para o mercado. Por essa razão, a PI²² passou a encontrar limites, no Brasil e em outras jurisdições, também nas normas do Direito Concorrencial.

A questão que surge, neste contexto, é: *necessariamente*, sempre haveria conflito entre o DPI e o Direito Antitruste?

Não nos parece existir uma divergência geral e *a priori* entre essas políticas, na medida em que “*os propósitos e os objetivos das leis de propriedade intelectual e antitruste... são na verdade complementares, já que ambas visam fomentar a inovação, a indústria e a competição*” (tradução nossa²³), como também elucidou o Tribunal de Apelação ao julgar o importante

²⁰ A doutrina foi construída pela Suprema Corte Norte-americana a partir do caso *Blonder Tongue Lab., Inc. v. Univ. of Ill. Found.* 402 U.S. 313, 343 (1971), e representa uma matéria de defesa em processos envolvendo suposta infração à propriedade intelectual. Os réus podem alegar que o titular, por meio da ação judicial, tenta expandir o escopo físico ou temporal do “monopólio da patente”. GENEVAZ, Simon. *Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should not Distinguish Between IP and other Property Rights*. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004, p. 775. Disponível em: <http://www.btlj.org/data/articles/19_02_03.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

²¹ Para Paula Forgioni, nos dias atuais, um dos temas mais polêmicos em matéria de antitruste é sua interface com a propriedade intelectual. Segundo a autora, muito embora a questão apresente aspectos técnicos, seria eminentemente política, já que relacionada aos interesses comerciais dos países. Os mais desenvolvidos, na qualidade de exportadores de propriedade intelectual, tenderiam a defender a proteção mais intensa do que a autora chama de “exclusivos”. Já nos importadores haveria maior espaço para interpretações que levassem em conta outros interesses além daqueles dos titulares de direitos de PI. FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 336-337.

²² Há casos em que direitos autorais e marcas suscitam preocupações por parte do Direito Antitruste. No entanto, as questões mais complexas e que questionam a própria aplicabilidade do Direito da Concorrência envolvem, em larga medida, patentes, que é uma espécie de propriedade industrial. Os precedentes dos EUA selecionados no presente trabalho endossam o fenômeno.

²³ “*aims and objectives of patent and antitrust laws... are actually complementary, as*

caso Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

No mesmo sentido, as Antitrust Guidelines para o licenciamento da propriedade intelectual, elaborada em 1995 e atualizada em janeiro deste ano pelo DoJ e pela FTC dos EUA, estabelecem: “*as leis de propriedade intelectual e as leis antitruste compartilham a finalidade comum de promover a inovação e o bem-estar do consumidor* (tradução nossa²⁴).

Entretanto, ao realizarem-se, as políticas poderão, realmente, apresentar pontos de conflito. Coerente com a dificuldade teórica de resolver o problema, ainda não estão pacificadas, na jurisprudência dos EUA, as soluções sobre as possibilidades e os limites da aplicação do Direito Antitruste em casos de propriedade intelectual²⁵, como será demonstrado a seguir.

4. O abuso unilateral de direitos de PI como infração concorrencial à luz da experiência dos EUA

Para o estudo de casos submetidos às cortes dos EUA versando sobre antitruste e DPI, optou-se para o recorte metodológico que permite abarcar questões referentes ao abuso de direitos de PI como possível infração ao Direito Antitruste (condutas unilaterais).

É de se ressaltar, no ponto, a existência de inúmeras situações, tanto no Brasil quanto no exterior, nas quais ambos os ramos convergiram na

both are aimed at encouraging innovation, industry and competition.” SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? Antitrust Connect Blog, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

²⁴ “The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare”. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p.2.

²⁵ Há resistência, na doutrina e na jurisprudência estadunidense, em submeter formas de exploração de direitos de PI às normas antitruste. O resultado é a existência de uma corrente que defende a sobreposição do DPI ao antitruste, o que tem gerado severas críticas entre alguns especialistas que se dedicam ao tema. LEMLEY, Mark A. A New Balance between IP and Antitrust. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, v. 13, abril 2007, p. 19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045>. Acesso em: 7 out. 2014.

definição de solução para um dado conflito. A título exemplificativo, cite-se a aplicação de institutos de PI como remédios antitruste em atos de concentração controlados pelas agências de defesa da concorrência²⁶ e, ainda, contratos envolvendo direitos de PI que podem ser considerados concentracionistas²⁷, sendo, assim, passíveis de controle pela Administração. Destarte, acordos em litígios envolvendo PI podem ser coibidos ou limitados pelo Direito da Concorrência²⁸, a obtenção fraudulenta de registros de direitos de PI pode configurar ilícito concorrencial²⁹ e infrações a direitos de PI de concorrentes também podem ser julgadas tomando por base as normas antitruste.

Merece maior estudo, como se afirmou, a hipótese consistente na exploração, potencialmente ilícita pelas normas de defesa da concorrência, de direito de PI (conduta unilateral excludente). A recusa de contratar ou a recusa ao licenciamento seria um exemplo. Em determinados mercados, a atuação de

²⁶ No Brasil, o primeiro grande caso da aplicação da propriedade intelectual como remédio em um ato de concentração foi o caso Kolynos-Colgate, cuja análise pode ser verificada em: SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Singular, 2003.

²⁷ Operações envolvendo propriedade intelectual, entre concorrentes ou entre agentes verticalizados, podem, no entanto, ser pró-competitivas e estimular o desenvolvimento econômico em benefício dos consumidores. Há situações em que o titular não tem interesse em explorar o produto patenteado, sendo mais vantajoso licenciar a patente para terceiros e, assim, obter retorno financeiro por meio de royalties. Outra hipótese comum consiste na impossibilidade de exploração de determinado produto em razão de outro, do qual depende, ser protegido pelo DPI. O licenciamento pode viabilizar a inovação de bens já patenteados, por exemplo.

²⁸ Sobre o tema, vide HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark. Anticompetitive Settlements of Intellectual Property Disputes. *Minnesota Law Review*, UC Berkeley, Public Law and Legal Theory Research, v. 87, n. 113, 2003; Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=380841>>. Acesso em: 30 out. 2014. Ainda, o caso *Clorox Co. v. Sterling Winthrop, Inc.*, 117 F.3d 50 (2d Cir. 1997), analisado em HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 4. Jan., 2013, p. 103-104. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

²⁹ Nos EUA, o caso paradigmático é o *Walker Process Equip. Inc. v. Food Mach. & Chem. Corp.* 382 U.S. 172 (1965), analisado em: HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 4. Jan., 2013, p. 2-9. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

competidores pode ser seriamente comprometida em razão da impossibilidade de exploração de dada PI de titularidade assegurada a outro agente econômico.

Cite-se, a esse título, a hipótese em que uma recusa de contratar ou licenciar conviva com a existência de fortes barreiras à entrada de cunho tecnológico³⁰. Nesse contexto, a abordagem do problema pelas regras antitruste ganha um novo e relevantíssimo significado.

Em casos assim, algumas empresas começaram a pleitear no Judiciário estadunidense a restrição do direito e seu exercício por parte de agentes titulares de direitos de PI. O fundamento para tanto consistiria na compreensão de que tais direitos não poderiam, pela sistemática do Sherman Act em vigor, justificar a manutenção de monopólios, propiciar a formação dos mesmos ou, ainda, excluir concorrentes em determinado mercado. Por conseguinte, o licenciamento seria uma alternativa a tais situações, sob pena de se comprometer o ambiente competitivo e, portanto, prejudicar os consumidores e o desenvolvimento nacional.

Por sua vez, os titulares de direitos de PI tendem a zelar pela manutenção de seu direito, de forma irretocável, impedindo que terceiros explorem economicamente seus ativos. Fundamentam-se, basicamente, no princípio da liberdade de iniciativa e no direito de propriedade, ao que os demais agentes respondem alegando a ocorrência de *abuso* de direito (e não mero exercício de direito) que configuraria infração concorrencial.

O Judiciário estadunidense foi provocado a se manifestar e, a partir do início da década de 1990, registraram-se os primeiros julgados de maior relevância naquele país sobre o assunto, os quais serão abordados a seguir.

4.1. *Walker Process Equipment v. Food Machinery & Chemical Corp.* 382 U.S. 172 (1965)

Walker Process Equipment v. Food Machinery & Chemical Corp.

³⁰ Uma das teorias suscitadas nos EUA sobre tais casos é a da *essential facility*, embora o Judiciário norte-americano ainda não tenha acolhido a tese de que a propriedade intelectual, em si, possa ser uma “facilidade essencial”. Por essa doutrina, o monopolista, ao deter uma “facilidade essencial” para a concorrência, deve ser obrigado a contratar seus concorrentes ou manter uma relação comercial já iniciada para permitir o acesso à *facility* e por condições e termos razoáveis. Detalhes sobre o tema podem ser verificados em: HOVENKAMP, Herbert et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Wolters Kluwer: 2. ed., 2013, p. 13-15 - 13-25. MORGAN, Thomas. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001., p. 662-664.

382 U.S. 172 (1965)³¹ é usualmente apontado³² como o primeiro processo acerca da aplicação do parágrafo segundo do *Sherman Act*, que visa coibir tentativas de monopolização, em condutas unilaterais exclusionárias envolvendo direitos de PI. Trata-se de caso paradigmático, em que a *Food Machinery* foi condenada por violar o referido dispositivo legal, na medida em que visou excluir *Walker Process* do mercado opondo-lhe registro de patente obtido mediante fraude.

Mas o primeiro litígio que envolveu recusa unilateral de contratar, em matéria de direitos de PI, chegou à Suprema Corte dos EUA apenas em 1992³³: o Caso Kodak.

4.2. *Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Company (1992)*

O Caso Kodak, como ficou conhecido, envolveu organizações independentes (ISOs, em inglês), que prestavam serviços sobre equipamentos da Kodak nos EUA desde o início da década de 1980, inclusive com reposição de peças. O problema teria iniciado em 1987, quando a Kodak começara a restringir o acesso das ISOs aos seus equipamentos.

Pautadas na segunda seção do *Sherman Act*, as ISOs acusaram a Kodak de abusar do poder econômico para monopolizar o mercado. Valendo-se de seu poder no mercado de fabricação de equipamentos de fotocópia e de micrográficos, alguns dos quais eram patenteados e protegidos por direitos autorais, a Kodak estaria prejudicando a concorrência no mercado secundário de prestação de serviços sobre tais equipamentos. Em resumo, o abuso de direito praticado pela Kodak estaria configurado na medida em que ela tentava monopolizar mercado diverso daquele em que os direitos de PI foram reconhecidos³⁴.

³¹ U.S. SUPREME COURT. *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery Corp.*, 382 U.S. 172 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

³² HOVENKAMP, Herbert. *IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview*, *cit.*, p. 28.

³³ Por questão de coerência, os julgados seguintes que foram analisados para o presente trabalho apresentam como referências datas em que foram decididos pela Suprema Corte dos EUA.

³⁴ GLEKLEN, Jonathan. *Antitrust Liability for Unilateral Refusals to License Intellectual Property: Xerox and its Critics*. Intellectual Property News. Intellectual Property Committee of ABA's Section of Antitrust Law, 2001. Disponível em:

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

A Kodak, a seu turno, defendeu-se alegando que os direitos de PI que detinha em parte dos produtos visados pelas ISOs legitimavam a recusa de contratar. Ademais, a política comercial da empresa caracterizava-se pela venda dos equipamentos, no mercado primário, a preços baixos e, em contrapartida, pela cobrança de preços mais elevados no mercado de serviços. Nessa linha, tal discriminação de preços teria o condão de beneficiar o próprio consumidor, que pagaria de acordo com o uso que fizesse dos produtos³⁵.

Ao decidir o caso pela primeira vez em 1990, a Corte de Apelações do Nono Circuito dos EUA asseverou que os agentes econômicos detentores de DPI possuem, presumivelmente, o direito de recusar a negociar com competidores. Nesta linha, o ônus de se opor a tal presunção seria dos autores das ações³⁶.

Merece destaque o fato de que a Corte valeu-se, entre outros elementos, da teoria da alavancagem (leveraging theory) para acatar o afastamento da referida presunção e, assim, fundamentar a condenação da Kodak. A teoria é definida por Areeda e Turner³⁷ como a “capacidade de o vendedor induzir o consumidor de um de seus produtos a comprar outro não pelo mérito deste segundo produto” (tradução nossa³⁸). No caso, entendeu-se que a conduta da Kodak demonstrava a sua capacidade de coagir o consumidor a contratá-la no mercado secundário, muito embora alguns pudessem preferir

<<https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/Xerox%20-%20IP%20Refusal%20to%20License%20Case%20Examination.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁵ KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 70, n. 3, 2003, p. 603. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2014.

³⁶ GULLY, Jennifer, *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 13 *Berkeley Technology Law Journal*, v. 13, n. 1, jan. 1998, p. 340. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/22>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁷ AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Little, Brown, 1980.

³⁸ “a supplier's ability to induce his customer for one product to buy a second product from him that would not otherwise be purchased solely on the merit of that second product.”

contratar as ISOs, as quais usualmente cobravam preços mais acessíveis. Outro aspecto decisivo para a condenação da Kodak foi o fato de que a mesma se recusava a fornecer até os produtos que não tinham proteção autoral ou industrial, o que demonstraria a sua intenção de prejudicar os concorrentes.

Em 1992, a Suprema Corte dos EUA manteve a decisão da Corte de Apelações do Nono Circuito. Importa mencionar que o Nono Circuito voltou a tratar do Caso Kodak em 1997, quando fixou a condenação da empresa em US\$ 71,8 milhões de dólares a título de indenização às ISOs, além de ter sido obrigada a vender às organizações, por preços razoáveis e sem a fixação de condições ou preços de revenda, todas as peças de seus equipamentos que eram comercializadas no mercado secundário. No entanto, a decisão foi amplamente criticada pela literatura, não sendo seguida em casos similares, ressalta Hovenkamp (2015, p. 23)³⁹.

4.3. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation (1994)*

No caso *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation*⁴⁰ (1994), a empresa Data General atuava no mercado de produção e reparação de computadores pessoais. Grumman, a seu turno, detinha direitos autorais sobre um software que apontava falhas em computadores pessoais. A Data General alegava, assim, que tal programa era essencial para que pudesse reparar os seus produtos de forma adequada.

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

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

³⁹ HOVENKAMP, Herbert. *Intellectual Property and Competition*, cit., p. 23.

⁴⁰ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007, p. 21-22. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 25 out. 2014.

nossa⁴¹)”.

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

4.4. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000)

Em 2000, o Caso Xerox⁴² inaugurou novas discussões sobre condutas excludentes envolvendo o DPI. Criticado pela literatura especializada⁴³, o entendimento firmado teria fortalecido argumentos de uma corrente utilitarista que defende a predominância dos direitos de propriedade intelectual e a mínima intervenção antitruste nessa seara.

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

Como observa Hovenkamp (2013, p. 23)⁴⁴, faz-se necessário

⁴¹ “... we hold that while exclusionary conduct can include a monopolist's unilateral refusal to license a copyright, an author's desire to exclude others from use of its copyrighted work is a presumptively valid business justification for any immediate harm to consumers.” U.S. 1ST. CIRC. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation* 36 F.3d 1147, 1187 (1st Circ. 1994). Disponível em: <<http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

⁴² U.S. COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/203/1322/474824/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

⁴³ GENEVAZ, Simon. Against Immunity For Unilateral Refusals To Deal In Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP And Other Property Rights. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004, p. 762. Disponível em: <http://www.btlj.org/data/articles/19_02_03.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert, *Innovation and Competition Policy: Competition Policy*

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

“Por exemplo, uma patente não oferece proteção alguma se foi ilegalmente adquirida... O direito de excluir [concorrentes] também não embasa a tentativa de estender o “monopólio” além dos termos da patente... A Seção 2 do Sherman Act condena condutas excludentes que estendam monopólios naturais em mercados separados. Muito depende, pois, na definição dos termos da patente e do mercado relevante (tradução nossa)⁴⁵.”

Pela jurisprudência firmada em *Xerox*, é possível identificar a tese de que, dentro dos escopos de determinada PI, verificando-se o mercado relacionado, o titular deteria uma imunidade antitruste⁴⁶. Excepcionalmente, só poderia haver condenação pela recusa de contratar mediante a constatação de fraude, venda casada ou *sham litigation*⁴⁷.

4.5. *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*

and the Scope of Intellectual Property Protection. Cap. 8, jan., 2013 Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014, p. 23.

⁴⁵ “This basic right of exclusion does have limits. For example, a patent offers no protection if it was unlawfully acquired... Nor does the right of exclusion protect an attempt to extend a lawful monopoly beyond the grant of a patent... Section 2 of the Sherman Act condemns exclusionary conduct that extends natural monopolies into separate markets. Much depends, therefore, on the definition of the patent grant and the relevant market.” HOVENKAMP, Herbert, *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*, *cit.*, p. 22.

⁴⁶ KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal, *cit.*, p. 599.

⁴⁷ A doutrina da *sham litigation* foi construída pela jurisprudência dos EUA como uma exceção ao direito de petição ao Judiciário ou ao Executivo. Se o pleito não possuir embasamento objetivo e representar uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor pelo uso do processo, poderá ser tido como um artifício anticoncorrencial. Para detalhes, vide: CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 18, jul./dez. 2010.

(2003)

Mantendo o entendimento construído a partir dos casos expostos acima, a Suprema Corte⁴⁸ julgou em 2003 a ação intentada pela Trinko, filiada à AT&T, em face da Verizon. Em resumo, a empresa alegava que a Verizon lhe negou acesso aos seus sistemas e operações de suporte, tidos como “facilidades essenciais”. A conduta seria uma afronta à Lei das Telecomunicações de 1996 e ao §2º do *Sherman Act* ao impossibilitar que a autora oferecesse serviços competitivos aos consumidores.

A Suprema Corte dos EUA asseverou que casos como esse deveriam ser analisados com máxima cautela. O primeiro ponto ressaltado foi que a recusa de contratar com concorrente pode ser considerada um ilícito concorrencial, à luz do *Sherman Act*, mas coibi-la teria o condão de aproximar os concorrentes, *o que pode trazer efeitos mais graves para a concorrência*. Outra relevante questão suscitada versava sobre a dificuldade de as autoridades antitruste identificar e aplicar remédios a condutas anticoncorrenciais praticadas por um único agente - as chamadas condutas unilaterais.

Sobre o caso concreto em análise, o entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que a recusa da Verizon não configurava ilícito concorrencial, mas poderia eventualmente ser condenada pela Lei das Telecomunicações de 1996. Assim, foi decisivo para o julgamento final o fato de haver um mercado regulado em questão.

Diante disso, o caso diferenciar-se-ia de outros julgados em que o direito de negar a contratar concorrentes foi excepcionado pelo Judiciário norte-americano. Neste contexto, o Juiz Antonin Scalia esclareceu que:

“a simples existência de monopólio, e a concomitante cobrança de preços de monopólio, não é ilícita; é um importante elemento do sistema de livre mercado. A possibilidade de cobrar preços de monopólio - ao menos em um período curto de tempo - é o que estimula a ‘astúcia empresaria’ em primeiro lugar; ela induz ao risco de gerar inovação e crescimento econômico. Para proteger o incentivo à inovação, o monopólio não é considerado ilegal salvo se acompanha um elemento de conduta anticoncorrencial” (tradução nossa⁴⁹).

⁴⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Verizon COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴⁹ “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market

A Suprema Corte não teria identificado tal elemento, determinando a reforma da decisão do Tribunal de segunda instância, inocentando a Verizon das acusações de desrespeito ao *Sherman Act*.

A decisão da Suprema Corte costuma ser criticada até os dias de hoje, entre outras razões, ao argumento de que, de forma geral, “a partir de Trinko, algumas decisões de instâncias inferiores passaram a considerar que não existe uma obrigação especial por parte de um monopolista relativamente a contratar com seus concorrentes”⁵⁰.

4.5 *In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009)*

Diferentemente dos julgados Kodak, Xerox e Data General explicitados acima, o caso DDAVP Direct Purchaser⁵¹ não envolve um mercado secundário no qual a proteção de direitos de PI traria prejuízos à concorrência. Por essa razão, ele representou um novo desafio no contexto da conciliação das ideias envolvendo o Direito Antitruste e o DPI.

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

Encorajados pela decisão, os Direct Purchasers, adquirentes de

system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.” SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Verizon COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁵⁰ GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

⁵¹ U.S. 2ND. CIRC. In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009) Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

comprimidos de acetato de desmopressina (DDAVP), uma medicação antidiurética que reduz a eliminação de água pelo organismo, ingressaram com uma ação contra a Ferring. Acusavam-na de abuso do sistema de patentes e de violação das normas antitruste por cobrarem preços excessivos pelos comprimidos, impossibilitando, ainda, a concorrência de genéricos no mercado ao manterem um monopólio sobre o DDAVP. Para embasar o argumento, foi suscitado o precedente Walker Process, um caso paradigmático sobre a prática de ilícito concorrencial por registros de direito de PI obtidos mediante fraude.

Interessante observar que a Ferring destacou que o Judiciário não deveria ampliar os parâmetros fixados no Walker Process, sob pena de ser inaugurado precedente para que os agentes verticalizados pleiteassem em juízo indenização por danos concorrenciais e a nulidade de registros de direitos de PI. Em primeira instância, o pleito dos autores foi julgado improcedente, pelo que apelaram para a U.S. Court of Appeals for The Second Circuit.

Em grau de recurso, o Tribunal asseverou ser “relutante em acolher o posicionamento dos réus, pois temeria deixar impune uma violação concorrencial significativa” (tradução nossa⁵²). A Corte esclareceu, no entanto, que a questão era prejudicial aos autores, cujo cerne estaria na (im)possibilidade de aplicar o entendimento firmado no caso Walker Process para agentes verticalizados. Entendeu, acolhendo a defesa dos réus, que a jurisprudência não seria aplicável ao caso, pois os autores não eram concorrentes da Ferring, tratando-se na verdade de uma relação vertical, e a patente em questão, julgada inválida em 2006, não estava sendo oposta aos autores.

A decisão do Tribunal de Apelação, ao confirmar parte da sentença de primeiro grau, foi criticada pela FTC e pelo DoJ dos EUA, ambos amici curiae no caso⁵³, ao argumento de que,

“se um vendedor mantém ilegalmente um monopólio, opondo uma patente fraudulentamente obtida... e esse vendedor cobra dos consumidores diretos preços supracompetitivos como resultado, esses consumidores sofrem danos concorrenciais’... Somente pelo fato de os

⁵² “Nonetheless, we are reluctant to embrace the defendants’ position because we are wary of creating the potential ‘to leave a significant antitrust violation undetected or unremedied.’” U.S. 2ND. CIR. In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009) Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

⁵³ SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, n. 2, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

autores serem consumidores, e não concorrentes, não deveria automaticamente impossibilitar... uma reivindicação baseada no Walker Process contra um réu que tenha obtido uma patente por fraude” (tradução nossa⁵⁴).

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

5. Conclusão

O presente trabalho pretendeu, de forma sucinta, apontar os principais precedentes estadunidenses envolvendo a temática por vezes complexa acerca da conciliação das políticas nacionais de proteção do mercado por meio das normas antitruste e das normas de propriedade intelectual. A escolha do Judiciário dos EUA para o levantamento realizado não ocorreu por acaso: é que aquele país constitui, indubitavelmente, a jurisdição com maior e mais robusta produção normativa, institucional e jurisprudencial em antitruste em todo o globo. Trata-se de dois ramos do Direito igualmente relevantes e decisivos para o atingimento do ideal de desenvolvimento nacional, proteção dos consumidores e garantia de bem-estar para a coletividade. Embora visem a objetivos absoluta e mediatamente convergentes, a aplicação de suas normas tem apresentado inúmeros exemplos de conflitos envolvendo agentes econômicos. Encontrar a melhor solução, nos casos concretos, implica não privilegiar os interesses de uma parte em detrimento da outra, mas assegurar o

⁵⁴ “As they explained, “[i]f a seller unlawfully maintains a monopoly... by enforcing a fraudulently obtained patent... and that seller charges direct customers supracompetitive prices as a result, these customers suffer core antitrust injuries”... Merely because plaintiffs are customers, not competitors, should not automatically preclude a finding that, under Walker Process, they have standing to assert a Walker Process claim against a defendant who fraudulently obtained a patent.” SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, n. 2, nov. 2008, p. 11. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

melhor caminho para o país em termos econômicos.

A reflexão aqui empreendida optou por abordar a temática do abuso unilateral de direitos de PI, como a recusa de contratar ou licenciar direitos de PI para terceiros. Os casos referidos apontaram situações em que houve alguma dificuldade em se conciliar ambas as políticas. De um lado, verificou-se a existência de precedente, especificamente o caso Kodak, em que se admitiu a aplicação do antitruste em condutas empresariais unilaterais que envolviam direito de PI. Por outro, os casos Data General e Xerox, por exemplo, demonstram haver certa resistência em flexibilizar o DPI por razões antitruste.

Em geral, pelos julgados explicitados neste trabalho, percebe-se uma tendência da Suprema Corte e dos Tribunais de Apelação dos EUA em sedimentar o entendimento de que os direitos de PI gozam de uma presunção de validade ou uma legalidade *per se*. No entanto, a jurisprudência norte-americana igualmente já afirmou que, em caráter excepcional, poderá haver violação às normas antitruste caso a conduta excludente não possua justificativa válida, de acordo com o caso concreto. Por exemplo, a partir da demonstração de ter havido intenção de prejudicar a concorrência ou de ter se obtido o registro de direito de PI por meios fraudulentos, o direito exclusivo em questão não se justificaria.

No momento em que, no Brasil, a questão se apresenta às autoridades administrativas para apreciação, desconsiderar reflexões já desenvolvidas há algumas décadas nos EUA seria pretender “reinventar a roda”, muito embora também não se possa desconhecer, para a solução de problemas brasileiros na matéria, as particularidades da economia brasileira, do sistema jurídico nacional e de seus institutos. Considerando-se que ambas as disciplinas encontram assento e reconhecimento constitucional no Texto de 1988, conciliá-las nada mais representa do que atender ao comando da Carta Maior. Para isso, a jurisprudência estadunidense pode ser inspiradora ou induzir a preciosos *insights*.

6. Referências

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

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

AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*,

v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 18, jul./dez., 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo: 08012.002673/2007-51. Brasília, Distrito Federal, 30 ago 2012.

Constituição dos Estados Unidos da América - 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

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

GULLY, Jennifer, Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co., Berkeley Technology Law Journal, v. 13, n. 1, jan. 1998. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/22>>. Acesso em: 25 out. 2014.

HOVENKAMP, Herbert. Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection. Cap. 1-8. Jan., 2013 Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

HOVENKAMP, Herbert et al. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Wolters Kluwer: 2. ed., 2013.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark. Anticompetitive Settlements of Intellectual Property Disputes. Minnesota Law Review, UC Berkeley, Public Law and Legal Theory Research, v. 87, n. 113, 2003; Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=380841>>. Acesso em: 30 out. 2014.

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

LANGLOIS, Richard N. Technological Standards, Innovation, and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach. George Mason University conference on Dynamic Competition and Antitrust. Washington, dez. 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204069>>. Acesso em: 7 out. 2014.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1#writing-ZS>>. Acesso em: 2 set. 2014.

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

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

MORGAN, Thomas. Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001.

Page, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY, v. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Singular, 2003.

SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? AntitrustConnect Blog, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

SIDAK, Gregory; TEECE, David. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law & Economics, v. 5, n. 4, p. 581-631, dez. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1479874>>. Acesso em: 7 out. 2014.

STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. The Political Economy of the Sherman Act. New York: Oxford University Press, 1991.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES

OF CURTIS V. TRINKO, LLP. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

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

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

U.S. 1ST. CIRC. Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation 36 F.3d 1147, 1187 (1st Circ. 1994). Disponível em: <<http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

U.S. 2ND. CIRC. In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009). Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017.

Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p.2.

* * *