

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS DECISÕES DO CADE

*Ricardo Villas Bôas Cueva**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Recentes tendências nos EUA e na Europa – 3. As normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil – 4. As decisões do CADE: 4.1 Biotecnologia: 4.1.1 Processo administrativo; 4.1.2 Atos de concentração; 4.2 Cartões SIM e licenciamento compulsório de patentes; 4.3 Microsoft – 5. Conclusão.

1. Introdução

À primeira vista, a proteção da propriedade intelectual¹ e o direito antitruste opõem-se frontalmente, já que a finalidade deste último é promover e ampliar a concorrência, enquanto a primeira objetiva estimular a atividade inventiva por meio da criação de monopólios protegidos pelo Estado.² Segundo o entendimento dominante,³ entretanto, trata-se de instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados⁴ e, conseqüentemente, promover o bem-estar social,

* Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pelas Universidades Harvard e Johann Wolfgang Goethe (Frankfurt), respectivamente. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional. Foi Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2004-2008).

¹ “Propriedade intelectual”, nos termos do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, inclui, além de marcas e patentes, direitos do autor e direitos conexos, indicações geográficas, desenhos industriais, topografias de circuitos integrados e proteção de informação confidencial.

² Cf. Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 343.

³ Para uma visão crítica, ver Richard J. Gilbert e Alan J. Weinschel, “Competition Policy for Intellectual Property: Balancing Competition and Reward”.

⁴ A eficiência dinâmica pode ser entendida como eficiência seletiva dos mercados. “Em termos de bem-estar social, o pressuposto implícito é o de que o processo de inovação

embora em muitos estudos se sustente a tese de que a concorrência quanto a preços pode prejudicar a inovação, o que de certa maneira pressupõe que altas concentrações podem ser benéficas para o progresso tecnológico. A pesquisa empírica sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação não apresenta, contudo, resultados inequívocos. Há estudos em que se cogita possa ter essa relação a forma gráfica de um U invertido, ou seja, grandes concentrações levariam a um dispêndio maior em pesquisa e desenvolvimento, mas há indícios de que outros fatores desempenham importante papel, como a oportunidade tecnológica específica a cada setor da economia. Na maior parte das indústrias, as patentes não são percebidas como tão relevantes para que as empresas protejam e explorem a inovação quanto o segredo industrial e outros fatores. Apenas em alguns setores, como o farmacêutico, as patentes são realmente importantes para a apropriação das receitas derivadas da inovação. Paradoxalmente, porém, tem havido, sobretudo nos EUA, desde meados da década de 1980, um expressivo aumento do número de patentes registradas, o que talvez possa ser explicado não apenas pela expansão da pesquisa em muitas áreas, mas também pela crescente função de bloqueio das patentes, que acabam por prestar-se a dificultar o acesso de concorrentes ao mercado, além de servirem de instrumentos para alavancar o poder de barganha das empresas em negociações de consórcios de patentes e de licenças cruzadas.⁵

Por essas razões, é difícil delinear qual é a configuração institucional mais apta a estimular inovação ou, reversamente, a que menos danos causa à concorrência.⁶ As autoridades da concorrência ao redor do mundo têm de-

é essencial para o desenvolvimento econômico e que proporciona benefícios sociais, impossíveis de auferir de imediato, superiores aos benefícios que permite apropriar privadamente, e sem os quais não haveria inovações numa economia capitalista” (p. 27). Cf. Possas, Fagundes e Ponde, Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: POSSAS, Mario Luiz. *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

⁵ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation” (2006), p. 206-210, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/10/39888509.pdf>.

⁶ V. Lynne Pepall, Daniel J. Richards e George Norman, *Industrial organization: contemporary theory and practice*, Cincinnati: South Western College Publishing, 1999, p. 641: “Both theory and empirical data give ambiguous evidence as to the market structure most conducive to R&D effort. Similarly, we have learned that determining the impact of government policies in this area is a tricky business at best. By giving innovators a legally enforceable means of earning a return on their

monstrado grande preocupação com o tema, já que a inovação tecnológica é fortemente associada nas economias maduras aos ganhos de produtividade e ao incremento de renda, e tendem a convergir no sentido de garantir que a proteção da propriedade intelectual cumpra seu papel de assegurar contínuo incentivo econômico à inovação, evitando utilizar, por exemplo, antiquadas presunções de que a titularidade de uma patente corresponde automaticamente a poder de mercado. A regra da razão deve ser sempre empregada na análise antitruste, também para impedir que a proteção patentária estenda seus efeitos além do socialmente útil.

No Brasil essa discussão tem sido menos intensa que em outros países, em razão do pequeno número de casos analisados, que talvez seja uma indicação da falta de importância das patentes como estratégia competitiva relevante e dos baixos investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre nós.⁷ De todo modo, o CADE já proferiu reiteradas decisões sobre contratos de licenciamento de tecnologia. Para entendê-las e verificar se são consistentes, pretende-se aqui discorrer brevemente sobre as recentes tendências do debate antitruste/propriedade intelectual na União Européia e nos Estados Unidos, percorrendo os casos de maior interesse lá julgados, antes de apresentar sucintamente as normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil e, finalmente, analisar as decisões do CADE.

2. Recentes tendências nos EUA e na Europa

Nem sempre há convergência entre as posições adotadas nos Estados Unidos e na União Européia. Há, por exemplo, visões conflitantes quanto à caracterização da recusa de licenciamento e à necessidade do licenciamento compulsório como um dos remédios a serem usados pelas autoridades antitruste. Não obstante, pode-se dizer que o estímulo à inovação tecnológica, finalidade comum desses dois ramos do direito, depende fundamentalmente

discoveries, patents and copyrights do provide incentives for innovative activity that might otherwise not be undertaken. Yet patents also confer monopoly power on the patent holder, with all the price distortions that such power entails. In addition, patent rules may enhance the ability of existing monopolies to maintain their current dominant position against would-be entrants. One mechanism by which this may occur is through the use of ‘sleeping patents’ designed to buffer the invention against any and all attacks from rival innovations that might permit an entrant to ‘invent around’ the original patent”.

⁷ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 325.

de quatro elementos: (i) efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual; (ii) liberdade de licenciar; (iii) inexistência de presunção de poder de mercado por parte do detentor da patente; e (iv) estabelecimento de prioridades no direito antitruste.

O primeiro elemento diz respeito à solidez e à confiabilidade do sistema de proteção dos direitos de propriedade intelectual, que deve conter regras claras e ensejar soluções previsíveis, aptas a serem implementadas de modo eficaz pela Administração e pelo Judiciário, pois os agentes econômicos, ao projetar seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento, valorizam a certeza e a previsibilidade dos direitos tendentes a garantir o retorno desses investimentos. É importante, contudo, que haja contínua atualização das leis e dos procedimentos administrativos relevantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, o departamento de marcas e patentes divulgou recentemente propostas de modificação de seus regulamentos, que tendem a aprimorar a qualidade da informação exigida do requerente, a criar um rito de análise mais célere para pedidos mais objetivos e a limitar a possibilidade de pedidos repetidos. Discutem-se lá, ainda, propostas de alteração da legislação aplicável, no sentido de permitir a revisão das patentes após sua concessão, de precisar as hipóteses de violação dolosa das patentes e de permitir que terceiros interessados intervenham no processo de análise do pedido, para assegurar aos analistas informação de melhor qualidade sobre a tecnologia precedente à patente.⁸

O segundo, referente à liberdade de licenciar direitos de propriedade intelectual, suscita alguma controvérsia, especialmente quanto à recusa unilateral de licenciar, que não se caracteriza, por si só, como ilícito antitruste, exceto – na jurisprudência da União Européia – se a recusa impedir o aparecimento de novo produto para o qual haja demanda, se não existe justificativa objetiva para a recusa e se a recusa tende a fechar um mercado secundário. Outro aspecto dessa liberdade é o direito de fixar livremente os *royalties*, embora possam surgir preocupações quanto a preços supracompetitivos se a empresa licenciadora detiver poder de mercado e for proprietária de grande portfólio de patentes relativas a um produto para o qual seja difícil distinguir se eventual inovação constitui infração patentária.

O terceiro acentua a importância de que a propriedade intelectual não seja identificada a poder de mercado, ou de que sua existência, por si só, possa gerar preocupações concorrenciais. As diretrizes para a análise

⁸ Ibidem, p. 199-200.

da relação entre concorrência e propriedade intelectual, tanto nos Estados Unidos⁹ como na União Européia,¹⁰ afastam esse automatismo, assim como recente decisão da Suprema Corte estadunidense.¹¹

Por fim, o quarto e último pilar centra-se na importância de a análise antitruste fundar-se nos efeitos dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual, e não num conjunto de regras predefinido. Nos EUA o guia de análise concorrencial de contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, de 1995, abandonou a rigidez de antigos testes e regras em prol de uma metodologia que permite tematizar as restrições segundo a regra da razão, do mesmo modo que o guia europeu, de 2004.¹² Além disso,

⁹ V. Department of Justice e Federal Trade Commission, “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, item 2.2: “*The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power. If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws*” (grifou-se).

¹⁰ V. item 9 das “Orientações relativas à aplicação do art. 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia” (2004/C 101/02), da Comissão Européia: “*Não existe uma presunção de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licença enquanto tal suscitem problemas de concorrência. A maior parte dos acordos de licença não restringem a concorrência e criam eficiências pró-competitivas. Na realidade, a concessão de licenças enquanto tal é pró-competitiva, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação. Para além disso, mesmo os acordos de licença que restringem a concorrência podem dar frequentemente origem a ganhos de eficiência favoráveis à concorrência, que devem ser apreciados ao abrigo do n. 3 do artigo 81 e que permitem compensar os efeitos negativos sobre a concorrência. A grande maioria dos acordos de licença é, por conseguinte, compatível com o artigo 81*” (grifou-se).

¹¹ Cf. *Illinois Tool Works Inc. v. Independent. Ink, Inc.*, 547 U.S. (2006): “[T]he mere fact that a tying product is patented does not support [a market power] presumption”.

¹² V. “Orientações relativas à aplicação do art. 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia” (2004/C 101/02), da Comissão Européia, cit., item 11: “A apreciação para se verificar se um acordo de licença restringe a concorrência deve efectuar-se em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo com as suas alegadas restrições. Ao proceder a esta apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concor-

é importante não esquecer a hierarquia de objetivos que norteia a política antitruste na maior parte dos países, priorizando, assim, o combate de acordos horizontais de fixação de preços, dado seu enorme potencial de dano ao bem-estar social.¹³ O direito antitruste, em suma, não seria o mecanismo adequado para corrigir erros no sistema de patentes. Na visão minimalista norte-americana, as autoridades antitruste deveriam limitar sua atuação àquelas situações em que os efeitos anticompetitivos das patentes são claros e as soluções são administráveis. Exemplos disso seriam os procedimentos simplificados para criação de consórcios de patentes (*patent pools*) com pequena probabilidade de serem desafiados pelas autoridades antitruste. Os consórcios de patentes podem ser pró-competitivos quando, por exemplo, prestam-se a evitar ou eliminar o problema dos bloqueios, reduzir custos de transação, distribuir os riscos ao aumentar a probabilidade de que o inventor receberá ao menos parte dos *royalties* a que faz jus. Há também riscos, como a formação de cartel, a fixação de preços e o retardamento da inovação. Outro exemplo é a criação de zonas de segurança para as organizações que desenvolvem padrões tecnológicos, que podem reduzir as ineficiências resultantes de incompatibilidades, mas também, por outro lado, podem favorecer a comunicação entre concorrentes.¹⁴

Em abril de 2007 as duas agências antitruste dos Estados Unidos publicaram um relatório sobre o extenso ciclo de audiências públicas acerca da relação entre concorrência e direitos de propriedade intelectual,¹⁵ no qual se demonstrou haver, por um lado, grande divergência entre especialistas quanto à conveniência de punir recusas incondicionais de licenciar e, por outro, consenso quanto à potencial lesividade de recusas condicionais. No tocante

rência intertecnologias (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia afecta ou é susceptível de afectar estes dois aspectos da concorrência no mercado)”.¹³

¹³ Cf. Gerald F. Masoudi, “Intellectual Property and Competition: Four Principles for Encouraging Innovation”, palestra proferida pelo vice-procurador-geral-adjunto da divisão antitruste do Ministério da Justiça dos Estados Unidos, na qual são sistematizados esses quatro elementos fundamentais para o estímulo à inovação tecnológica, disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215645.htm>.

¹⁴ OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 200.

¹⁵ U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission, “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition”, disponível em: www.ftc.gov/reports/index.shtm.

às licenças cruzadas e aos consórcios de patentes, fundados em acordos reciprocamente vantajosos para compartilhar direitos de propriedade intelectual, podem ser alcançadas expressivas eficiências, o que, entretanto, não exclui riscos, como a fixação de preços. Este risco pode ser minorado mediante a exclusão do consórcio de patentes substitutas, de modo a garantir que cada patente é essencial para o padrão em torno do qual o consórcio foi organizado. Além disso, entre outras medidas, pode-se limitar o acesso do licenciador a informações concorrencialmente sensíveis dos outros membros do consórcio, a fim de reduzir o risco de compartilhamento anticompetitivo de informações. Em resumo, as agências reafirmaram seu compromisso com as recomendações contidas no guia de análise de contratos de licenciamento de propriedade intelectual e com a análise fundada na regra da razão, de modo a verificar, como previsto no item 3.1 do guia, se cada licenciamento “fere a concorrência entre entidades que seriam concorrentes efetivos ou potenciais num mercado relevante na ausência de licenciamento”.¹⁶

Os critérios de patenteabilidade e a possibilidade de avaliação da qualidade das patentes são fatores fundamentais para que haja estímulo à inovação, segundo as autoridades antitruste americanas, que apontam três recentes decisões da Suprema Corte como marcos na evolução do sistema patentário dos Estados Unidos.¹⁷ Em *KSR v. Teleflex* decidiu aquele tribunal que patentes consideradas óbvias, no sentido de protegerem invento que poderia ser criado por pessoa de habilidade comum mediante a combinação de elementos preexistentes, devem ser invalidadas, sob pena de se permitir impacto substancial sobre os custos das empresas e sobre a inovação tecnológica.¹⁸ Outra decisão relevante diz respeito à possibilidade de um licenciado propor ação declaratória contra o licenciador, sem quebrar o contrato, e antes que o licenciamento expire, para questionar que a patente não era

¹⁶ Ibidem, p. 31-32, 84-85, 102 e 114.

¹⁷ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 195-198.

¹⁸ V. *KSR v. Teleflex* (US 550, 2007): “Granting patent protection to advances that would occur in the ordinary course without real innovation retards progress and may, for patents combining previously known elements, deprive prior inventions of their value or utility (...) When there is a design need or market pressure to solve a problem and there are a finite number of identified, predictable solutions, a person of ordinary skill in the art has good reason to pursue the known options within his or her technical grasp. If this leads to the anticipated success, it is likely the product not of innovation but of ordinary skill and common sense”.

aplicável ao caso.¹⁹ A FTC atuou como *amicus curiae*, para demonstrar que patentes inválidas são prejudiciais para a concorrência e para os consumidores, razão por que “há um forte interesse público em assegurar que patentes inválidas possam ser discutidas judicialmente pelos licenciados, que são tipicamente as únicas entidades com suficientes conhecimento e incentivo econômico” para tanto, mas deixariam de fazê-lo caso tivessem de correr o risco de serem consideradas infratoras e tivessem de arcar com a indenização triplicada que normalmente se aplica à quebra dolosa da patente.²⁰ Por fim, no caso *eBay, Inc. v. MercExchange LLC*, a Suprema Corte decidiu que os detentores de patentes que busquem tutela jurisdicional por seu desrespeito devem seguir os critérios de equidade aplicados pelos tribunais em situações semelhantes. Segundo tais critérios, o autor da ação deve demonstrar que: (i) sofreu dano irreparável; (ii) uma indenização seria inadequada para compensar pelo dano sofrido; (iii) o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela e (iv) o interesse público não seria contrariado por uma tutela jurisdicional permanente. Alguns dos votos manifestados nessa decisão enfatizaram o fato de muitas patentes serem detidas não por empresas comerciais que as utilizam para produzir bens, mas por empresas que têm por objeto a comercialização de patentes, por cuja licença recebem os *royalties* que compõem sua receita. Para essas empresas, uma tutela judicial permanente, que obrigue outras empresas a não utilizar a patente, poderia ser usada como instrumento de barganha para cobrar *royalties* exorbitantes das empresas que efetivamente tencionem utilizar as patentes. Assim, “se a invenção patenteada é apenas um pequeno componente do produto que as empresas procuram produzir e a ameaça de uma proibição judicial for empregada simplesmente como alavancagem indevida nas negociações, uma indenização pode ser suficiente para compensar pela quebra da patente e uma proibição de seu uso pode não servir ao interesse público”.²¹

¹⁹ *V. MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc.* (549 U.S., 2007): “We hold that petitioner was not required, insofar as Article III is concerned, to break or terminate its 1997 license agreement before seeking a declaratory judgment in federal court that the underlying patent is invalid, unenforceable, or not infringed. The Court of Appeals erred in affirming the dismissal of this action for lack of subject-matter jurisdiction”.

²⁰ V. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 197.

²¹ Cf. *eBay, Inc. v. MercExchange LLC* (547 U.S., 2006). Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 6. ed., Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 352, observam que há pouquíssimos casos na jurisprudência norte-americana em que os

Dois casos recentes são importantes para discutir a interação entre a proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência na União Européia. O primeiro é a decisão do Tribunal Europeu de Primeira Instância, de setembro de 2007, em resposta ao recurso interposto pela Microsoft contra a Comissão Européia, que havia decidido, em março de 2004, que a empresa havia abusado de sua posição dominante, em violação ao art. 82 CE, por: (i) recusa de fornecer as informações relativas à interoperabilidade e de autorizar a respectiva utilização a seus concorrentes; e (ii) venda casada do Windows Media Player com o sistema operacional Windows.²² O acórdão manteve a decisão apelada,²³ no sentido de que empresa que detenha posição dominante tem “a responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n. 57, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, Irish Sugar/Comissão, T-228/97, Colect., p. II-2969, n. 112)”. Como foi demonstrado, “no caso em apreço, que o grau de interoperabilidade existente não permite que os criadores de sistemas operativos para servidores concorrentes da Microsoft permaneçam de modo viável no mercado desses sistemas operativos, há um impedimento à manutenção de uma concorrência efectiva nesse mercado”.²⁴

Conforme jurisprudência assente, “o facto de uma empresa que detém uma posição dominante recusar conceder a um terceiro uma licença para a utilização de um produto abrangido por um direito de propriedade inte-

tribunais chegaram a limitar a discricionariedade do proprietário da patente quanto a evitar seu uso indesejado. Um exemplo diz respeito a uma invenção benéfica à saúde, cujo inventor recusou-se parcialmente a licenciá-la, o que foi considerado mau uso da patente. Outros se referem a situações em que os tribunais constataram violações às patentes, mas deixaram de impor tutela específica, resolvendo-se as questões em perdas e danos. Por isso, concluem que “confinar o proprietário da patente a uma indenização é semelhante em efeito a determinar a licença compulsória da patente por um royalty equivalente à indenização concedida”.

²² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Processo T-201/04, Microsoft contra Comissão, disponível em: <http://curia.europa.eu/pt>.

²³ Com exceção da parte que determinava à Microsoft a contratação, às suas expensas, de mandatário com poderes para fornecer, independentemente da Comissão, as informações e código-fonte dos produtos relevante da empresa.

²⁴ Cf. acórdão citado acima, parágrafo 229.

lectual não constitui por si só um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE. Só em circunstâncias excepcionais é que o exercício do direito exclusivo pelo titular do direito de propriedade intelectual pode dar origem a esse abuso”, nomeadamente: (i) “o facto de a recusa dizer respeito a um produto ou um serviço indispensável para o exercício de determinada actividade num mercado derivado”; (ii) “o facto de a recusa ser susceptível de excluir toda e qualquer concorrência efectiva nesse mercado derivado”; e (iii) “o facto de a recusa constituir um entrave ao lançamento de um produto novo para o qual exista uma procura potencial por parte dos consumidores”.²⁵

No caso, constatou-se, em primeiro lugar, que “a falta de interoperabilidade com a arquitectura de domínio Windows tem o efeito de reforçar a posição concorrencial da Microsoft no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho, nomeadamente na medida em que leva os consumidores a preferirem o seu sistema operativo para servidores de grupos de trabalho aos dos seus concorrentes apesar de estes últimos sistemas apresentarem características a que os mesmo consumidores dão muita importância”.²⁶ Em segundo, ficou claro que a recusa de licenciamento pode significar a eliminação da concorrência no mercado de sistemas operacionais para servidores. Em terceiro, a recusa impediu o desenvolvimento de produtos genuinamente novos, para os quais havia demanda potencial. Por fim, a recusa não foi justificada objetivamente.²⁷

Além da recusa de fornecimento de informações quanto à interoperabilidade, foi também considerada abusiva, como se viu, a venda casada do Windows com o Windows Media Player. Aqui foi também mantido o entendimento da Comissão quanto aos requisitos necessários para que se ca-

²⁵ Ibidem, parágrafos 331-332.

²⁶ Ibidem, parágrafo 422.

²⁷ Para a Comissão Europeia, a recusa de fornecimento de insumo pode ser considerada abuso de posição dominante se preencher cinco requisitos: (i) a conduta pode ser caracterizada como recusa de fornecimento; (ii) a empresa é dominante; (iii) o insumo é indispensável; (iv) a recusa tem efeito ao menos potencialmente negativo sobre a concorrência; (v) ausência de justificação objetiva. Para que a recusa de licenciamento de um direito de propriedade intelectual seja considerada abusiva, entende-se necessário, ainda, que a recusa possa impedir o desenvolvimento de mercado para o qual a licença é insumo indispensável, em prejuízo dos consumidores. Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, p. 213. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/10/39888509.pdf>.

racterize a venda casada: (i) o produto originário e o produto-alvo²⁸ devem ser diferentes; (ii) a empresa é dominante no mercado do produto originário; (iii) a empresa não permite aos consumidores obter, se quiserem, o produto originário sem o produto-alvo; (iv) a venda casada implica fechamento da concorrência e (v) não é objetivamente justificada.²⁹ Na jurisprudência anterior a esse julgamento, consideravam-se apenas os efeitos do fechamento no mercado-alvo. A partir desse caso, contudo, passou-se a entender, em linha com a jurisprudência norte-americana, que a prática de venda casada pode ter não somente função ofensiva (a conquista do mercado-alvo), mas também defensiva (a criação de barreiras à entrada para proteger ou monopolizar mercado originário).³⁰

Já no caso AstraZeneca, ainda pendente de recurso ao Tribunal de Primeira Instância, a Comissão aplicou uma multa de 60 milhões de euros por infrações ao art. 82.º CE e ao art. 54.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, por entender que, a partir de 1993, a empresa deliberadamente fez declarações incorretas a advogados especializados em patentes, a tribunais nacionais e a escritórios de patentes com o fim de obter certificados suplementares de proteção, aos quais sabia não ter direito para o medicamento patenteado com o princípio ativo “omeprazole”. Além disso, em 1998/1999, a empresa praticou uma estratégia de retirar seletivamente as suas cápsulas de “Losec”, substituindo-as pelos comprimidos “Losec”, e solicitando a retirada da autorização de colocação no mercado das cápsulas na Dinamarca, na Noruega e na Suécia. Consoante a decisão, estas duas infrações foram cometidas com a intenção de restringir abusivamente a concorrência dos genéricos e das importações paralelas.³¹

Este caso ilustra bem o entendimento consolidado na jurisprudência europeia de que se a conduta exclusionária não se funda na concorrência quanto ao mérito – ou seja, se não cria eficiências e se presta, antes, a criar barreiras à concorrência –, presume-se que é abusiva. No caso, o primeiro abuso caracterizou-se pela prestação de falsas informações, que permitiu à empresa apenas adiar a entrada de medicamentos genéricos. Segundo

²⁸ Ou o produto que liga e o produto ligado, respectivamente, na versão portuguesa da decisão, que, em inglês, refere-se a *tying* e *tied* product.

²⁹ Cf. acórdão supracitado, parágrafos 850-859.

³⁰ Cf. Nguyen e Lidgaard, “The CFI Microsoft Judgement and TRIPS Competition Flexibilities”.

³¹ Processo T-321/05, disponível em: <http://www.curia.europa.eu/pt>.

a OCDE, a intervenção da Comissão nessas circunstâncias foi muito importante, pois as autoridades patentárias não dispõem de competência para evitar manobras abusivas. Embora os produtores de genéricos pudessem invocar outras regras jurídicas para sua proteção, não há razão, como bem demonstrado pela Comissão, para limitar a aplicabilidade do direito anti-truste às situações em que a conduta não viola outras normas e não haja outras sanções possíveis. O segundo abuso também se verificou num contexto regulatório em que as autoridades patentárias têm escassos instrumentos para impedir condutas desviantes. Foi a primeira vez que esses dois tipos de abuso de posição dominante ficaram materializados, no que representa a primeira decisão da Comissão Europeia contra a prática de “evergreening”, isto é, a conduta consistente em estender ao máximo o período de proteção conferido pela patente.³²

3. As normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil

A Constituição prevê no art. 5.º, XXVII, a proteção do direito autoral, assim como, no inciso XXIX do mesmo dispositivo, do direito de propriedade industrial, ao estabelecer que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Trata-se de “garantia institucional quanto ao direito de propriedade industrial, que obriga o Poder Público a instituir o sistema de proteção e a preservá-lo, tendo em vista os contornos estabelecidos pela Constituição”.³³ Vê-se, desde logo, que o direito em questão não é incondicionado, mas se sujeita aos ditames do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico, como disposto na lei e em tratado internacional.

Com efeito, a Lei 9.279/96 especifica, em seu art. 2.º, o objeto dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e reproduz as condições referidas na Constituição, para, em seguida, deixar claro, no art. 8.º, que somente é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A patenteabilidade do invento

³² Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 214.

³³ Cf. Mendes, Coelho e Branco, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 430.

é, portanto, balizada por critérios objetivos, que se destinam a assegurar que o privilégio temporário da patente atende à sua finalidade social. Assim, considera-se nova a invenção não compreendida no estado da técnica (art. 11), enquanto a atividade inventiva se comprova mediante parecer de um técnico, para o qual a invenção não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (art. 13), devendo ser demonstrada, por fim, a possibilidade de aplicação industrial do invento (art. 15).

Se a patente não for usada adequadamente à sua finalidade social, pode o Estado licenciá-la compulsoriamente a um terceiro, nas hipóteses de seu titular: (a) exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva; (b) por meio dela praticar abuso de poder econômico; (c) decorridos três anos de sua concessão, não explorar o objeto da patente, no Brasil, por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica; ou (d) decorridos três anos de sua concessão, a comercialização não satisfizer as necessidades de mercado (art. 68). A licença compulsória não suprime ao titular o direito à remuneração da patente, que será arbitrada levando-se em conta as circunstâncias de cada caso e o valor econômico da licença concedida (art. 73, § 6.º).

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs)³⁴ prevê, em seu art. 40, a adoção, pelos países membros, de medidas adequadas para evitar ou controlar práticas que tenham efeito adverso sobre a concorrência:

“1. Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclu-

³⁴ Internalizado pelo Decreto 1.355/94.

siva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivas, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro”.

A Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, prevê, no art. 21, XVI, como uma das condutas que caracterizam infração à ordem econômica, “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”. No art. 24, IV, a, prevê que, além de sanções pecuniárias, pode o CADE, dentre outras medidas, recomendar ao INPI “seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator”.

4. As decisões do CADE

Apesar de compreender poucos casos, quase todos relativos a direitos de propriedade intelectual na área de biotecnologia (sementes transgênicas), além de um caso atinente à tecnologia para a produção de cartões de segurança e de outros dois sobre *software*, a jurisprudência do CADE concernente aos efeitos dos licenciamentos de patentes no ambiente competitivo é significativa, por seu apego à regra da razão, e consistente, por procurar evitar danos à concorrência mediante o emprego de remédios fundados no princípio da proporcionalidade, com a intensidade mínima necessária a se atingirem os fins colimados.

4.1 Biotecnologia

4.1.1 Processo administrativo

Na área de biotecnologia, vale lembrar, antes de tudo, o processo administrativo instaurado para apurar se a Monsanto do Brasil Ltda. condicionaria a venda de sementes de soja transgênica à venda de seu herbicida, bem como se impediria o acesso de empresas concorrentes às sementes de soja transgênica, produzidas pela empresa, deixando de disponibilizá-las para a realização de testes do uso associado de seus próprios herbicidas àquela variedade de grãos.³⁵ A acusação de venda casada foi descartada por falta

³⁵ Processo Administrativo 08012.008659/1998-09 (representante: Nortox S/A; representada: Monsanto do Brasil Ltda., relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos).

de provas. Também foi rejeitada a imputação de que a Monsanto tentaria impedir o acesso de seus concorrentes no mercado de herbicidas às sementes geneticamente modificadas, para a realização de testes. O relator destacou inicialmente existirem dois mercados ligados verticalmente, o de sementes de soja e o de herbicidas para a lavoura de soja, e procurou distinguir a proteção patentária legítima, que se limitaria à tecnologia de desenvolvimento da semente de soja resistente ao glifosato, de uma eventual extensão indevida desse direito, que justificaria impor restrição a essa proteção: “O fato de a Monsanto deter a tecnologia no mercado de sementes de soja transgênica não justifica, por si só, a extensão dessa exclusividade ao mercado de herbicidas destinados àquelas sementes. Assim, ela de fato pode se recusar a disponibilizar sua tecnologia para os concorrentes no mercado de sementes, enquanto ela estiver fora do mercado e até mesmo após a sua introdução no mercado, enquanto durar a proteção da patente para as sementes transgênicas, mas para recusar-se a disponibilizá-las ao mercado de herbicidas, seria necessária uma razão além da proteção patentária”.

O primeiro mercado relevante foi definido como o de sementes de soja em geral. A SDE já havia consignado no parecer referente ao AC 08012.003711/2000-17, no qual figuram como requerentes Monsanto e Codetec, que, “não obstante a Monsanto ocupe posição de monopolista no mercado de sementes de soja transgênicas resistentes ao glifosato, deve-se atentar para o fato de que as linhagens e cultivares de soja transgênica objeto do acordo não encerram um mercado relevante isolado, diverso do mercado de sementes orgânicas (não modificadas geneticamente). Com efeito, percebe-se que as sementes transgênicas são substituíveis pelas sementes orgânicas”. O segundo mercado foi caracterizado como o de herbicidas para soja, inclusive o glifosato. Dessas definições decorreu a conclusão de que a empresa não detinha poder de mercado para caracterizar infração à ordem econômica.

Na nota técnica atinente ao processo administrativo, a SDE registrou que é direito da empresa “decidir se e quando disponibilizará o produto no mercado. Há muitos produtos que são patenteados, mas não chegam a ser utilizados pela empresa, não havendo necessidade de justificar tal ato. Trata-se de decisão exclusiva da empresa. Dessa forma, enquanto ela não disponibilizar o produto ao mercado, não há que se falar em nenhum dever de fornecer o produto aos concorrentes, mesmo que para a única finalidade de realizar testes com o mesmo”. O relator acrescentou que situações esdrúxulas poderiam ocorrer caso se entendesse dever a empresa disponibilizar as sementes geneticamente modificadas aos seus concorrentes antes de sua comercializa-

ção, como a hipótese de as concorrentes lançarem seus novos herbicidas antes mesmo da representada, não obstante valerem-se de sua tecnologia.

Cumprе notar que, anteriormente a essa decisão do CADE, de junho de 2007, o colegiado houve por bem determinar à SDE a instauração de averiguações preliminares para “investigar os eventuais efeitos potenciais ou concretos pela requerente Monsanto com a edição do folheto promocional” em que a empresa somente se responsabiliza pela segurança da soja transgênica e pelo controle das plantas daninhas quando o herbicida de sua fabricação for utilizado. Tal decisão foi tomada em ato de concentração³⁶ aprovado com a seguinte restrição, destinada a evitar a prática de venda casada: “A empresa Monsanto não poderá restringir a garantia concedida para a semente somente quando for utilizado o seu herbicida na lavoura em questão, devendo esclarecer nas especificações técnicas das sementes comercializadas que as mesmas poderão ser utilizadas com outras marcas de herbicidas à base de glifosato (...)”.

4.1.2 Atos de concentração

No ato de concentração referido a restrição imposta pelo CADE justificou-se pelo temor de que a empresa detentora de patente referente a um mercado pudesse estender indevidamente seus benefícios a um mercado secundário. Tal preocupação ecoa, de certo modo, aquela manifestada no processo europeu da Microsoft, no qual, como se viu, a segunda imputação dizia respeito à venda casada e à possibilidade de fechamento do mercado-alvo ou mercado secundário, e não apenas, como em julgados anteriores, do mercado originário da patente.

No ato entre a Monsanto e a Syngenta³⁷ a preocupação central foi o caráter exclusivo do licenciamento, o que levou à permissão de que a li-

³⁶ Ato de Concentração 08012.005135/98-01 (requerentes: Monsanto e Cargill; relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer).

³⁷ Ato de Concentração 08012.000311/2007-26 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda.; relator: Conselheiro Luís Schuartz; redator do acórdão: Conselheiro Abraham Sicsú). Em seu voto condutor, o Conselheiro Abraham Sicsú distinguiu o mercado de geração de tecnologia do mercado de produção e venda de sementes: “No mercado de produto acabado, a concorrência é caracterizada pela maior eficiência na produção e distribuição – terá vantagem, por exemplo, o agente com estrutura produtiva de baixo custo e rede de escoamento abrangente. Já no mercado de P&D, a concorrência é caracterizada pela capacidade de desenvolver

cenciada firmasse contratos semelhantes. O Conselheiro Abraham Sicsú, no voto condutor, registrou que “tem havido entendimento de que operações envolvendo licenciamento de tecnologia ao desenvolvimento, produção e comercialização de sementes, em geral, não têm o condão de gerar danos à concorrência. Tais operações possibilitam a uma empresa ter acesso à tecnologia-chave para a produção de produto (no caso sementes), o que não seria possível dada a existência de monopólio dessa tecnologia por parte de outra empresa atuante no mercado. Nesse sentido já nos pronunciamos que o pleno benefício social da tecnologia se dá por sua difusão”. Sicsú sustenta, então, que tais contratos de licenciamento de tecnologia suscitam duas preocupações: a primeira seria o risco de fechamento de mercado de tecnologia de sementes transgênicas, por meio de cláusulas de exclusividade que impediriam o acesso a outras rotas tecnológicas que com o tempo possam mostrar-se mais eficientes, e a segunda consistiria na possibilidade de que tais cláusulas contratuais permitam à empresa detentora da tecnologia estender a proteção de seu direito de propriedade intelectual a outro mercado, no caso o de defensivos agrícolas. Na hipótese em exame, o único risco considerado ponderável foi o de exclusividade, razão por que o ato de concentração foi aprovado com a restrição de que a licenciada poderá firmar acordos semelhantes ao analisado, de modo a não sofrer qualquer impedimento a desenvolver, produzir e/ou comercializar sementes com tecnologias outras que não as da empresa licenciadora.³⁸

um produto no menor espaço de tempo e na forma que melhor atenda aos interesses do comprador – terá vantagem, por exemplo, o agente que contratar melhores pesquisadores ou que estabelecer a melhor estrutura laboratorial. Obviamente, a definição que se propõe enseja inúmeras dificuldades. É muito mais difícil aferir o poder de mercado de um laboratório de desenvolvimento do que medir o *market share* na venda de um produto. Mas trata-se da única opção disponível. Pretender que o mercado de tecnologia siga o mercado do produto é ilusório e induz a uma descrição inadequada da realidade. O mercado de tecnologia no caso concreto engloba o licenciamento de patentes e de *know-how* (segredos industriais e de negócio) necessários ao desenvolvimento das linhagens e cultivares de soja tolerantes ao glifosato, bem como as multiplicações através de agentes específicos. Neste caso, acredito que há importante especificidade que limita o mercado relevante. Trata-se da questão do defensivo glifosato, não mais protegido por patente, mas cuja eficiência e produtividade garantem sua particularidade para fins de definição de mercado”, o qual foi por ele definido como o mercado internacional de desenvolvimento de tecnologia para a produção de sementes de soja resistentes ao glifosato.

³⁸ No mesmo sentido, Ato de Concentração 08012.006198/2008-73 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda.; relator: Conselheiro Luiz Carlos

Já no ato que envolveu a Fundação Mato Grosso e a Unisoja,³⁹ entendeu o CADE que o contrato de licenciamento de tecnologia que permite à licenciada o desenvolvimento, produção e comercialização de sementes de soja transgênica, tolerantes ao glifosato, não pode exigir da licenciada exclusividade da tecnologia objeto do contrato para a pesquisa, desenvolvimento e/ou comercialização das sementes transgênicas, nem impedir ou rescindir o licenciamento a terceiros que porventura produzam ou comercializem sementes resistentes ao glifosato que não contenham tecnologia Monsanto. Isto porque ficou claro que as cláusulas originalmente pactuadas dificultavam “a entrada de empresas que busquem desenvolver tecnologias concorrentes à da Monsanto[licenciadora] no segmento de soja transgênica, pois dificultam o acesso de concorrentes ao banco de germoplasma de uma das principais empresas do setor”. À alegação da licenciadora, no sentido de que as disposições contratuais seriam necessárias para a garantia da segurança das sementes e para evitar a responsabilização civil por eventuais danos causados por sementes erroneamente comercializadas como dotadas de tecnologia da Monsanto, contrapôs-se o argumento de que a empresa poderia proteger-se contratualmente, “exigindo que o agricultor que adquire a semente geneticamente modificada seja notificado pela Unisoja da procedência tecnológica da semente. Com isso, poderá proteger sua imagem e resguardar-se de eventuais demandas de responsabilidade. O que não se admite é que, para alcançar tais fins, por si legítimos, imponha condições de exclusividade (...). É que tais cláusulas, de cuja existência não decorre qualquer ganho de bem-estar social, implicam risco de fechamento de mercado por parte da Monsanto”, não havendo justificativa “para que a Monsanto, que detém o monopólio da tecnologia transgênica resistente ao glifosato (...) amplie seu monopólio também para as sementes produzidas com o germoplasma da FMT/Unisoja (...). A prevalecerem tais cláusulas, estará impedida a entrada de eventuais concorrentes da Monsanto”. Garantiu-se à licenciadora, contudo, o direito de impedir que a licenciada admitisse a introdução direta ou indireta de outras tecnologias nas linhagens e cultivares de soja desenvolvidas de acordo com o contrato analisado, sem anuência prévia da licenciadora, pois a Embrapa havia informado que a “inclusão de nova tecnologia para

Prado).

³⁹ Ato de Concentração 08012.003997/2003-83 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda., Fundação Mato Grosso e Unisoja S.A.; relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva).

atuar em conjunto com a tecnologia RR da Monsanto poderia causar modificações no Cultivar e pôr em risco o desenvolvimento da tecnologia, bem como alterar seu resultado de forma prejudicial”.

Semelhantemente, no ato de concentração que teve por requerente Brasmax Genética Ltda.,⁴⁰ admitiu-se que a licenciada fosse proibida de introduzir nos cultivares desenvolvidos com a tecnologia Monsanto outras tecnologias que não a da licenciadora, pelas mesmas razões técnicas apresentadas em outros casos, “inclusive para evitar a polenização não controlada das sementes, o que pode trazer impactos ecológicos não planejados, pela miscigenação de tecnologias”. Como, entretanto, “a polenização e o possível cruzamento não controlado de duas variedades transgênicas só ocorre quando são desenvolvidos os produtos no mesmo campo experimental”, determinou-se que o contrato de licenciamento fosse alterado para que dele constasse a ressalva de que tal vedação não impede a licenciada de pesquisar, desenvolver, produzir e comercializar sementes de soja tolerantes ao glifosato com tecnologias outras que não a tecnologia Monsanto. Por outro lado, para impedir o fechamento do mercado de melhoramento de sementes de soja resistentes ao glifosato, determinou-se alteração contratual no sentido de permitir que a Monsanto só deixe de licenciar sua tecnologia, ou rescinda o licenciamento, se o licenciado produzir e/ou comercializar sementes de soja com tolerância ao glifosato que não contenham sua tecnologia “sem comprovarem que a instalação e gestão dos campos experimentais de melhoramento, multiplicação e produção, bem como a embalagem, armazenamento e comercialização de tais sementes será realizada de forma segregada, separada e diferenciada dos procedimentos relativos às sementes com a tecnologia Monsanto; ou quando demonstrarem que não possuem viabilidade técnica e/ou econômica para realizar tal segregação”. Com isso, procurou-se prevenir o impacto ambiental adverso que a cláusula contratual visava combater, mas, ao mesmo tempo, evitar o fechamento de mercado e o uso exclusivo de banco de germoplasma por uma empresa que a mesma cláusula ensejava.

Uma das preocupações centrais do CADE quanto às cláusulas de exclusividade tem sido, como se viu, a possibilidade de a licenciada continuar as pesquisas e o desenvolvimento de sementes com tecnologias outras que não a da detentora da patente. Por isso, ao examinar o acordo de coopera-

⁴⁰ Ato de Concentração 08012.003296/2007-78 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Brasmax Genética Ltda.; relator: Conselheiro Abraham Sicsú).

ção técnica firmado entre Monsanto e Embrapa,⁴¹ o qual foi aprovado sem restrições em vista da supressão de cláusulas de exclusividade, entendeu-se relevante salientar que sobre a Embrapa não pesava qualquer impedimento contratual para atuar com outras empresas na pesquisa e no desenvolvimento de sementes de soja. A demonstrar a importância dessa ressalva, foi analisado e aprovado pelo CADE, posteriormente, um acordo celebrado entre a Embrapa e a Basf para o desenvolvimento e comercialização das sementes e da tecnologia “para a produção de uma nova linhagem de cultivar de soja resistente aos herbicidas da família imidazolinona, que tem o potencial de competir com a soja resistente ao glifosato”.⁴²

A indústria de biotecnologia, em virtude de seu rápido crescimento e de sua alta complexidade tecnológica, apresenta importantes desafios para análise antitruste. Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, apesar do pequeno número de casos que envolvem biotecnologia, muitas autoridades da concorrência ao redor do mundo consideram-se despreparadas e sem recursos para proceder a uma análise adequada dessa indústria, razão por que são aconselhadas a proceder com cuidado, a fim de evitar resultados indesejados e desestímulo à inovação.⁴³ No Brasil, como reflexo da importância e do sucesso do agronegócio, a maior parte dos poucos casos de intersecção entre o direito de propriedade intelectual e o direito antitruste diz respeito à indústria de biotecnologia na agricultura, a qual depende, para manter sua competitividade internacional, do desenvolvimento de variedades híbridas adaptadas a cada região do país.⁴⁴ Em todos os casos mencionados, as decisões do CADE resultaram de análise segundo a regra da razão; as restrições impostas, a seu turno, fundaram-se nos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.

⁴¹ Ato de Concentração 08012004808/2000-01 (requerentes: Monsanto e Embrapa; relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva).

⁴² Ato de Concentração 08012.010000/2007-75 (requerentes: Basf e Embrapa; relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos).

⁴³ Cf. OECD, “Intellectual Property and Competition Policy in the Biotechnology Industry” (Policy Brief, June 2005), p. 7, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/36/4/35040373.pdf>.

⁴⁴ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 226.

4.2 Cartões SIM e licenciamento compulsório de patentes

Ao apreciar o ato de concentração Axalto/Gemplus,⁴⁵ o CADE condicionou a aprovação da operação à assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho, “pelo qual a Gemalto se compromete a conceder licença de suas patentes registradas no Brasil, relevantes ao mercado de cartões SIM, para qualquer empresa interessada que atue no mercado brasileiro de cartões SIM, ou que tenha, de boa-fé, intenção de adentrar esse mercado, mediante condições justas, razoáveis e não discriminatórias”.

É que o padrão de competição no mercado de cartões SIM, um dos produtos envolvidos na operação, caracteriza-se por grande dinamismo tecnológico, que tem “no sistema de patentes um importante instrumento de apropriação de retornos do esforço inovativo. Em linhas gerais, as empresas que atuam nesse mercado dividem-se em dois grupos estratégicos. O primeiro, do qual fazem parte [as requerentes], compreende as empresas que possuem recursos tecnológicos para competirem em inovação e apropriarem receita decorrente não apenas da venda de cartões, mas também do licenciamento oportuno de tecnologia. O segundo grupo compreende as empresas que, por meio de acesso a tecnologia de terceiros, competem exclusivamente na produção de cartões, apoiando-se, portanto, menos em recursos tecnológicos de inovação de produto e mais na redução de custos de produção”.

Isto fez com que, na Europa, a aprovação da operação fosse condicionada ao licenciamento de patentes a terceiros em termos razoáveis e não discriminatórios. No Brasil o número de patentes relativas aos cartões SIM é cerca de cem vezes menor que na Europa, o que torna a concorrência entre nós, nesse segmento, menos influenciada, em princípio, pelo domínio da tecnologia. Contudo, a quantidade de patentes registrada em nome das requerentes no Brasil, acrescida daquelas que potencialmente poderiam ser registradas em decorrência de tratados internacionais, aumenta a influência das requerentes no Brasil. Por isso, e tendo em vista que a prática de licenças cruzadas (*cross-licensing*) é usual e importante, e que o licenciamento se dá voluntariamente, a critério da licenciadora, entendeu a autoridade antitruste brasileira, a exemplo do que já havia decidido a européia, que a recusa injustificada de licenciamento não se admite, do que decorre a obri-

⁴⁵ Ato de Concentração 08012.011178/2005-71 (requerentes: Axalto Holding N.V. e Gemplus International S.A.; relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo).

gação de a empresa licenciar suas patentes em condições equitativas e não discriminatórias.⁴⁶

A decisão da Comissão Européia fundou-se na percepção de que a empresa fusionada e seus concorrentes continuariam a ter forte incentivo econômico para inovar, pois no mercado de cartões SIM a inovação é estratégica, já que margens de lucros mais altas somente são obtidas no primeiro ano de introdução da novidade tecnológica, após o qual o ingresso de novos concorrentes deprime fortemente os preços, de modo que as empresas que não inovam acabam relegadas ao papel de produtoras de *commodities*. Assim, as partes não teriam incentivo para diminuir seu investimento em pesquisa e desenvolvimento, mas, ao contrário, deveriam incrementá-lo, o que provavelmente aumentaria a velocidade da inovação, como, aliás, era esperado por alguns operadores de telecomunicações.⁴⁷ Contudo, muitos concorrentes manifestaram o temor de que a soma dos dois maiores portfólios de patentes da indústria alteraria substancialmente o poder de barganha dos participantes do mercado, sobretudo em vista do enorme conjunto de patentes detido pela nova empresa, que dificultaria saber com precisão se uma específica patente estaria ou não sendo violada. Na prática, as requerentes fazem engenharia reversa dos produtos de seus concorrentes, a fim de descobrir se eles se baseiam, ao menos em parte, na tecnologia protegida por suas patentes. Sempre que isso ocorre, os concorrentes são informados da possibilidade de uma ação judicial para proteger as patentes, o que acaba por constrangê-los a assinar contrato de licenciamento. Essa estratégia acaba por reduzir o poder de barganha dos concorrentes quando disputam novos contratos ou por diminuir drasticamente suas margens de lucro, a ponto de levá-los a sair do mercado.⁴⁸ Por essas razões, a transação efetuada com a Comissão Européia incluiu não apenas a obrigação de a empresa resultante da operação licenciar, por dez anos, quaisquer de suas patentes a terceiros interessados, em condições equitativas e não discriminatórias, mas também a obrigação de, por oito anos, revelar informações sobre a interoperabilidade dos cartões SIM com a plataforma OTA. As requerentes

⁴⁶ Cf. voto do relator, Cons. Paulo Furquim de Azevedo.

⁴⁷ Decisão da Comissão Européia. Processo COMP/M.3998, parágrafos 52-53, disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3998>.

⁴⁸ Ibidem, parágrafos 58-60.

concordaram, por fim, em nomear agente fiduciário encarregado de monitoramento da decisão.⁴⁹

Como se vê, as preocupações expressas nas decisões da Comissão Européia e do CADE decorrem sobretudo da possibilidade de que um grande portfólio de patentes seja utilizado como instrumento para reduzir o poder de barganha dos concorrentes ou mesmo excluí-los do mercado. A transação, nos dois casos, parece o remédio adequado para substituir a sanção de licenciamento compulsório, sempre mais drástica e de mais difícil implementação.⁵⁰ A esse propósito, deve ser aplaudida, na decisão européia, a obrigação de instituir um monitoramento externo do acordo.

4.3 *Microsoft*

Em duas averiguações preliminares, o CADE examinou acusações contra a Microsoft. Na primeira, instaurada em 2000, a empresa foi acusada das seguintes práticas: fixação arbitrária da margem de lucro; concessão de licenças de uso restrito; cobrança de preços excessivos; prática de venda casada de seu sistema operacional e navegador e de seus aplicativos; e

⁴⁹ Ibidem, parágrafo 82.

⁵⁰ Cf. Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 6. ed., Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 353-354. Os autores observam que o licenciamento compulsório “parece ser uma opção atrativa, porque pode reduzir alguns dos custos sociais do sistema de proteção da propriedade intelectual. Pode-se argumentar que reduziria o desperdício de duplicar pesquisa por rivais que buscam acesso a tecnologia existente, mas patenteada, encorajar o desenvolvimento de inovação incremental por terceiros que de outro modo temeriam não ter acesso à patente-base, e facilitar a disseminação de tecnologia, melhorando a concorrência assim que a patente expirasse. Essas são as vantagens usuais do licenciamento. Deve-se considerar, entretanto, porque o proprietário da patente não teria escolhido voluntariamente licenciar sua criação, e como os tribunais iriam fixar royalties pela licença compulsória – duas questões que se provam relacionadas”. Além disso, “ao julgar a atratividade do licenciamento compulsório, devemos nos lembrar de que o sistema de patentes é baseado em algo como o princípio da loteria, o que força os criadores a suportar suas próprias perdas no fracasso, mas mantendo a perspectiva de monopólio na hipótese de sucesso. O licenciamento compulsório presume que os juízes possam determinar qual deva ser a recompensa correta. Mas se isso fosse possível não seria melhor confiar a medida a especialistas e recompensar diretamente os criadores? Um tal substituto ao sistema de patentes compensaria os criadores sem incorrer nas reduções monopolísticas de output, que ainda ocorrem com o licenciamento compulsório a um royalty razoável”.

imposição de cláusulas abusivas e anticoncorrenciais nos contratos de treinamento, pelos quais interferiria nas atividades educacionais.⁵¹ Todos os pareceres convergiram pelo arquivamento da averiguação preliminar, mantido pelo CADE, por se cuidar de questão eminentemente privada. Tratava-se de saber, resumidamente, se o contrato de licenciamento de software com finalidade educacional – AATP (*Microsoft Authorized Training*) – celebrado entre a Microsoft e a representante, entidade mantenedora da Universidade Cândido Mendes, continha ou não provisões anticoncorrenciais. Em seu voto-vista, o Conselheiro Luiz Carlos Tadeu Delorme Prado lembrou que, ao decidir por esta modalidade de licenciamento, a requerente – que pôde escolher entre vários tipos de licenciamento específicos para fins educacionais – tinha pleno conhecimento das condições exigidas pela Microsoft, consideradas razoáveis do ponto de vista concorrencial pela SDE. A reforçar o entendimento de que se tratava de questão eminentemente privada, destacou-se no voto-vista que a representada “foi compelida a licenciar os softwares que utilizava por sentença judicial, que constatou que várias cópias de produtos Microsoft estavam sendo utilizadas sem a devida licença”. Essa decisão, embora aparentemente singela, é expressiva do respeito com que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência trata a proteção da propriedade intelectual e a liberdade de contratar, que fundamenta o princípio da liberdade de licenciar a propriedade intelectual.

No âmbito de averiguação preliminar instaurada em 2005 contra a Microsoft Informática Ltda., para apurar práticas supostamente destinadas a impedir o desenvolvimento de software,⁵² e arquivada, em consonância com a sugestão da SDE, decidiu o CADE, por maioria, após diligências, determinar que aquela secretaria apure na forma que “ache conveniente”: “(i) a ocorrência e os efeitos de possível discriminação, em termos do momento e das condições comerciais em que são disponibilizadas ferramentas essenciais para o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com as últimas versões do sistema operacional comercializado pela Representada; (ii) se a Microsoft, detentora de poder de mercado em sistemas operacionais, provê regularmente e em bases não-discriminatórias recursos suficientes para a adaptação de aplicativos existentes às novas versões de seu sistema

⁵¹ Averiguação Preliminar 08012.004570/2000-50 (representante: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI; representada: Microsoft Informática Ltda.; relator: Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe).

⁵² Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24 (representada: Microsoft Informática Ltda.; relator: Cons. Abraham Benzaquem Sicsú).

operacional; e (iii) os efeitos concorrenciais das práticas de transferência de tecnologia por apurar”.

No voto condutor, a então presidenta da autarquia consignou que “a posição dominante no mercado de sistemas operacionais, associada às práticas a investigar, poderia propiciar os meios para limitar a concorrência nos mercados de aplicativos compatíveis com a classe de sistemas operacionais comercializados pela Representada, bem como para limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado. A inexistência de poder no mercado de aplicativos para a gestão financeira ou no mercado de aplicativos para a instalação de programas, como o Visual Studio Installer, alegada pela Representada, não seria suficiente para justificar a interrupção da análise dos efeitos concorrenciais, já que, ao menos em tese, a reconhecida posição dominante no mercado de sistemas operacionais poderia conferir vantagens artificiais nos mercados de aplicativos, que são software cujo funcionamento depende de sistemas operacionais específicos”. É que os sistemas operacionais são periodicamente atualizados em novas versões que, ao se adequarem às crescentes velocidade e capacidade de processamento dos computadores, introduzem novas funções e nova interface gráfica. Para que os produtores de aplicativos possam em tempo hábil adaptar seus programas às novas versões dos sistemas operacionais, é preciso que disponham de ferramentas de desenvolvimento padronizadas. Por isso, entendeu-se que uma questão fundamental para “decidir quanto ao prosseguimento ou à interrupção da análise concorrencial diz respeito à suficiência dos recursos de programação disponibilizados pela representada para a criação de aplicativos compatíveis com as diversas versões de seu sistema operacional”. Indagou-se, em outras palavras, se o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com o Windows somente pode ser efetuado com as ferramentas comercializadas com exclusividade pela Microsoft ou se ele pode ser feito autonomamente a partir de outras linguagens de programação disponíveis. Se as ferramentas de programação da Microsoft forem essenciais para o desenvolvimento de aplicativos e se se caracterizar que os criadores de aplicativos dependem dessas ferramentas, a investigação deveria prosseguir para determinar se a representada pratica condutas que visem ou possam limitar ou falsear a concorrência no mercado de aplicativos compatíveis com o Windows. Se não se demonstrar essa essencialidade e essa dependência, a investigação não deveria prosseguir. Daí a necessidade de diligências.

Em resumo, o perito esclareceu que “dependendo da funcionalidade que se deseja implementar, o custo de desenvolvimento de aplicativos sem o emprego de componentes da Microsoft pode tornar inviável o projeto. Se,

por um lado, a utilização de componentes da Microsoft reduz o custo de desenvolvimento de aplicativos, por outro lado, reforça-se a dependência em relação à plataforma Windows”.⁵³ Não obstante, entendeu-se necessário aprofundar a investigação, por meio da oitiva de peritos e de desenvolvedores de aplicativos, bem como do exame das práticas e/ou instrumentos jurídicos “que amparam a transferência de tecnologia da empresa detentora do sistema operacional para desenvolvimento de aplicativos”,⁵⁴ razão por que foi o processo devolvido à SDE.

A discussão travada nessa última averiguação preliminar guarda semelhança com as decisões européias quanto às práticas da Microsoft, especialmente a imputação de recusa de fornecer informações e de licenciar produto essencial para o desenvolvimento de outro produto. No caso brasileiro, a dúvida que levou à decisão de prosseguir nas investigações consistia em saber se o momento e as condições em que eram disponibilizadas as ferramentas para desenvolvimento de aplicativos do sistema operacional Windows poderiam ter efeitos anticompetitivos, tendo em vista o poder de mercado da Microsoft no mercado de sistemas operacionais e os eventuais incentivos para estendê-lo ao mercado de programas aplicativos. No caso europeu caracterizou-se a infração objeto da primeira acusação ao se verificar que a recusa: a) não fora justificada objetivamente; b) impedira o desenvolvimento de produtos novos, para os quais havia demanda; c) podia significar a eliminação da concorrência; e d) tivera o efeito de reforçar a posição concorrencial da detentora do direito de propriedade intelectual. Além dos critérios analíticos adotados pela Comissão Européia, que poderiam ser adaptados com proveito à nossa prática, a diferença fundamental entre as duas investigações diz respeito à profundidade da análise: na Europa foi possível estudar em detalhe as questões técnicas subjacentes, enquanto aqui, à míngua de recursos materiais e humanos, não foram dissipadas sequer as dúvidas que haviam levado às averiguações preliminares, o que impediu a regular instauração de processo sancionador.

5. Conclusão

Os problemas concorrenciais decorrentes do uso dos direitos de propriedade intelectual e de seu licenciamento, tal como identificados nos paí-

⁵³ Relatório complementar apresentado na averiguação preliminar acima, item 8.

⁵⁴ Cf. voto condutor, item 31.

ses afluentes, onde se concentra a quase totalidade do investimento em pesquisa e desenvolvimento e onde a imensa maioria das patentes é registrada, não têm se manifestado com a mesma frequência e intensidade no Brasil, onde os direitos de propriedade intelectual têm importância relativamente menor enquanto estratégia competitiva.

Não obstante, é possível encontrar nas poucas decisões do CADE sobre a matéria – quase todas atinentes ao licenciamento de biotecnologia para a pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização de sementes – preocupações comuns àquelas demonstradas pelas autoridades antitruste nos EUA e na Europa.

Com efeito, à semelhança de seus congêneres, o CADE tem entendido que os contratos de licenciamento de tecnologia não geram, em princípio, efeitos danosos à concorrência, já que franqueiam a um ou mais agentes econômicos o acesso a uma tecnologia essencial para a produção de um produto ou serviço que, de outro modo, seriam produzidos em regime de monopólio, dada a existência de um direito de propriedade intelectual detido por um único agente. Os contratos de licenciamento tendem, assim, a favorecer a disseminação de inovação tecnológica, a qual, na sua ausência, talvez não fosse introduzida no mercado. Há, portanto, um benefício direto ao consumidor.

Contudo, tais contratos contêm por vezes cláusulas de exclusividade que suscitam preocupações do ponto de vista concorrencial, pois podem ter efeitos indesejáveis: o fechamento de mercado, a eliminação de concorrentes e a extensão indevida dos direitos de propriedade intelectual a outro mercado.

Nessas hipóteses, também ao modo de seus homólogos, o CADE não tem aceito presunções, como a de que a titularidade de um direito de propriedade intelectual, por si só, faria presumir a existência de poder de mercado, mas, ao revés, tem utilizado a regra da razão. Ou seja, se, após a definição de mercado relevante, ficar demonstrada a existência de poder de mercado, a análise deve prosseguir a fim de que se verifiquem os efeitos da prática restritiva, para, somente na hipótese de se constatar efeito líquido negativo à concorrência, adotar-se remédio consoante os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.

