

01

2013 - Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



## **Pools de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência**

André Luis Menegatti<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo aprofundar o debate acerca do papel que pode ser desempenhado pelos *pools* de patentes no contexto da chamada “tragédia dos anticomuns”, que caracteriza o atual mercado de propriedade intelectual. Após a identificação dos principais aspectos dos anticomuns e dos problemas daí decorrentes, busca-se avaliar as virtudes dos *pools* como possível solução, bem como analisar as ameaças que tais arranjos podem representar em termos concorrenciais – visto que a prática de *patent pooling* pode ter conseqüências, ou mesmo intenções, anticompetitivas. O tema é delicado ponto de imbricação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial, motivo pelo qual também serão exploradas as relações entre esses sistemas. A finalidade é identificar os impactos que eventuais desequilíbrios nessa interface podem causar à viabilidade dos *pools* de patentes como uma solução à “tragédia”.

Palavras-chave: *pool* de patentes, antitruste, concorrência, propriedade intelectual, anticomuns

Código de classificação JEL: K21, L41 , O31, O34

### **ABSTRACT**

This study aims to further deepen and clarify the debate regarding the role of patent pools in the context of the so-called “tragedy of the anticommons”, that characterizes the current intellectual property market. After the identification of the main aspects of the anticommons, an evaluation of the possible virtues of patent pools will be sought. Besides, considering that the consequences - or even the intentions – of patent pooling may be anticompetitive, the article also explores the threats such arrangements may pose in terms of Competition Law. The theme is a delicate intersection of Intellectual Property Law and Competition Law, which demands a general analysis of the relations between the two systems. The main goal is to identify the impacts that eventual imbalances in this interface may cause to the viability of the patent pools as a solution to the “tragedy”.

Key words: patent pool, antitrust, competition, intellectual property, anticommons

---

<sup>1</sup>Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Email: [andre.menegatti@hotmail.com](mailto:andre.menegatti@hotmail.com)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Características da informação e os fundamentos do Sistema de Propriedade Intelectual 3. A “Tragédia dos Anticomuns” 3.1. Tendência expansionista do sistema de propriedade intelectual e *patent flooding* 3.2. Relações tecnológicas entre patentes 3.3. *Patent thicket*: custos de transação, marginalização múltipla, *holdup* e insegurança no desempenho de atividades relacionadas à propriedade intelectual 4. *Pools* de patentes: a possível solução 4.1. *Conceito e traços principais* 4.2. *Redução dos custos de transação* 4.3. *Solução do problema da marginalização múltipla* 4.4. *Integração de tecnologias complementares* 4.5. *Solução de situações de bloqueio entre patentes* 4.6. *Redução dos gastos com litígios e atenuação do holdup* 5. *Pools* de patentes: um novo problema? 5.1. *Pools de patentes substitutas e supressão da competição* 5.2. *Proteção de patentes inválidas* 5.3. *Tying* 5.4. *Barreiras à entrada* 5.5. *Pools como estruturas que facilitam comportamentos colusivos* 6. A interface entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial 6.1. *A corrente majoritária: complementariedade e o “fim comum”* 6.2. *A posição de Dina Kallay: ênfase nos aspectos dinâmicos da concorrência* 6.3. *A crítica de Ariel Katz: poder de mercado como consequência da concessão de direitos de propriedade intelectual* 7. Conclusão 8. Referências bibliográficas

## **1. Introdução**

Muitos autores têm alertado sobre as disfuncionalidades que caracterizam o atual sistema de propriedade intelectual. Em mercados nos quais criação e inovação desempenham papel importante, os agentes econômicos vêm enfrentando muitos obstáculos gerados pelo próprio Direito da Propriedade Intelectual, cujo objetivo seria justamente o de promover incentivos à atividade criativa.

Fala-se, por exemplo, de uma proliferação desordenada de patentes, bem como de uma “diminuição dos espaços de liberdade”<sup>2</sup>, tanto no mercado quanto fora dele. Como resultado, tem-se a elevação de custos de transação, o aumento dos riscos da atividade inventiva e o desestímulo à produção de novos bens intelectuais – elementos que compõem a chamada *tragédia dos anticomuns*.

---

<sup>2</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 79, 2003, p. 349

Nesse contexto, um determinado modelo de arranjo de direitos de propriedade intelectual é apontado como possível solução: os *pools* (ou consórcios)<sup>3</sup> de patentes, acordos por meio do qual dois ou mais detentores cedem ou licenciam suas patentes a uma única entidade, que então as explorará, diretamente ou licenciando-as “em pacote”.

Todavia, a tentativa de contornar a tragédia dos anticomuns por meio de *pools* pode trazer consigo ameaças à concorrência, uma vez que estes podem facilitar práticas colusivas e de venda-casada, levantar barreiras à entrada e proteger patentes inválidas. Por esse motivo, o Direito Concorrencial volta seus olhos à questão e passa a ser necessária a compreensão de como este se relaciona com o Direito da Propriedade Intelectual, uma vez que eventuais desequilíbrios nessa interface podem comprometer a viabilidade dos consórcios de patentes como uma solução ao problema dos anticomuns.

O presente trabalho é organizado da seguinte forma. No capítulo 2 procura-se explicar os fundamentos econômicos do Direito de Propriedade Intelectual. Na sequência, o capítulo 3 se aprofunda na temática da tragédia dos anticomuns, buscando descrever seus diversos aspectos. No capítulo 4 são apresentadas as possíveis virtudes dos consórcios de patentes; que são contrapostas, no capítulo 5, às ameaças anticompetitivas trazidas por esses acordos. Por fim, o capítulo 6 tem o objetivo de apresentar alguns dos pontos de vista defendidos pela literatura acerca da interface Direito Concorrencial-Direito da Propriedade Intelectual. As conclusões são apresentadas no capítulo 7.

---

<sup>3</sup>Neste trabalho, utilizam-se como sinônimos as expressões “*pool* de patentes” e “consórcio de patentes”, conforme a terminologia adotada por Fabrício Polido, Mônica S. G. Rosina e Priscilla M. D. G. César. Ver POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica S. G.; CÉSAR, Priscilla M. D. G. “Propriedade intelectual: potencialidades e fragilidades do ambiente jurídico-institucional brasileiro para a inovação” in TRUBEK, David M.; SCHAPIRO Mario G. (orgs.) *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, p. 135-190, 2012.

## **2. Características da informação e os fundamentos do Sistema de Propriedade Intelectual<sup>4</sup>**

A *informação*, em virtude de sua intangibilidade, possui propriedades que a diferenciam da propriedade física. Em termos econômicos, fala-se que ela é exemplo de “bem público”, dadas suas características de *não-exclusividade* e *não-rivalidade*.

É um bem não-exclusivo porque não é simples impedir que alguém a utilize<sup>5</sup> - ao contrário do que ocorre, por exemplo, com um terreno, em que se pode construir uma cerca que bloqueia o acesso por outras pessoas. Se um empresário opta pelo segredo para proteger uma tecnologia que desenvolveu, sempre correrá o risco de que ela seja descoberta – por meio de espionagem industrial, engenharia reversa, ou mesmo de pesquisas independentes – e difundida entre seus concorrentes. A situação é ainda mais complicada quando se quer vender uma informação: a partir do momento em que ela se torna conhecida fora de um pequeno grupo, não se pode mais controlá-la<sup>6</sup>.

Decorre disso a dificuldade ou impossibilidade de se cobrar pelo uso de bens não-exclusivos. Como indivíduos específicos não podem ser facilmente privados do acesso ou dos benefícios gerados por bens não-exclusivos, há grandes incentivos a que produtores e consumidores não paguem por eles, na expectativa de que outros o façam. Esse é o problema dos *free-riders*, que buscam obter os benefícios de um bem sem contribuir com seus custos de produção<sup>7</sup>.

Além disso, a informação é um bem não-rival em razão de o seu uso por uma pessoa não impossibilitar sua utilização por terceiros. Quando alguém senta sobre uma cadeira, impede que outros façam o mesmo. Por outro lado, não deixa de ter acesso a uma informação

---

<sup>4</sup>No presente trabalho, são exploradas apenas as justificativas econômicas do Direito de Propriedade Intelectual. Todavia, não se ignora a existência de outros fundamentos filosóficos, como a teoria personalista de Hegel e a teoria lockeana, que destaca o valor do trabalho humano. Simone Lahorgue Nunes defende, inclusive, que a função econômica não teria sido determinante para o surgimento da proteção dos bens intelectuais e que, se o atual modelo de direitos de propriedade intelectual soluciona falhas de mercado, isso se deveria apenas ao acaso (NUNES, Simone Lahorgue. *Direito Autoral e Direito Antitruste*. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 7). Para maior aprofundamento, ver FISHER, William W. Theories of intellectual property. in MUNZER, Stephen (org.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University, 2001.

<sup>5</sup>Exemplos de bem não-exclusivos comumente apresentados nos livros de Microeconomia são a segurança (ou defesa) nacional e faróis marítimos. Ver, por exemplo, PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução por Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010, p. 602.

<sup>6</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 4

<sup>7</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 13.

quem a compartilha com outra pessoa<sup>8</sup>. Quem ensina um teorema matemático, por exemplo, não vê diminuída sua capacidade de tirar proveito desse conhecimento para que outras pessoas possam utilizá-lo<sup>9</sup>. Em outras palavras, afirmar que informação é um bem não-rival implica dizer que ela é um “bem cujo custo marginal de produção é zero para um consumidor adicional”<sup>10</sup>. De fato, uma vez escrito um livro ou um artigo científico, seu autor não gastará nem mais um minuto para que a obra se torne disponível a um segundo - ou ao milionésimo - leitor. Papel e impressão têm algum custo, mas o texto só precisa ser escrito uma vez<sup>11</sup>, pois a existência de custos associados à transmissão da informação em nada altera sua natureza de bem público<sup>12</sup>. De qualquer forma, tais custos tendem a ser muito baixos – e, com o advento da internet, praticamente inexistente em alguns casos.

Em razão da não-rivalidade e da não-exclusividade, na ausência de algum tipo de proteção legal torna-se impossível cobrar pela informação mais do que seu preço de distribuição: concorrentes, que não arcaram com os custos de produção (*free-riders*, portanto), sempre aceitariam explorá-la por um preço menor. No limite, a competição igualaria o preço ao custo marginal, que é nulo. Potenciais inventores e criadores, então, sem perspectivas de recuperar os custos de produção de determinada informação, deixariam de produzi-la<sup>13-14</sup>. É justamente essa *falha de mercado* que o sistema de direitos de propriedade intelectual procura resolver: por meio de uma “intromissão”, “atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado sob o ponto de vista econômico”<sup>15</sup>. Por meio desse mecanismo legal, no âmbito de patentes, cumpridas algumas condições (requisitos de patenteabilidade, limitações de procedimento, escopo e duração), inventores passam a deter o direito de excluir terceiros do uso e da exploração de bens que incorporam a informação

---

<sup>8</sup>STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, Durham, v. 57, 2008, p. 1700.

<sup>9</sup>STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good. In: KAUL, Inge ; GRUNBERG, Isabelle ; STERN Marc A. (org.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*. New York: Oxford University, 1999, p. 308.

<sup>10</sup>PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, p. 602.

<sup>11</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University, 2006, p. 36.

<sup>12</sup>STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good, p. 309.

<sup>13</sup>Ao decidir quanto investe em P&D, uma empresa leva em consideração apenas os benefícios que obterá para si, e não aqueles gerados a outros ou à coletividade. Dessa forma, se ela não puder se apropriar dos retornos da produção de determinada informação, seus incentivos a produzi-la serão limitados. STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good, p. 311.

<sup>14</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 4

<sup>15</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual – Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 11

protegida<sup>16</sup>. Dessa forma, os detentores de patentes podem gerar uma *escassez artificial* de seus bens intelectuais, podendo assim explorar suas invenções por preço superior ao custo marginal, o que lhes permite recuperar os investimentos feitos<sup>17</sup>.

Parece evidente que essa proteção, em tese, promove incentivos à inovação. Esse é um aspecto importante, uma vez que inovação guarda relações com o desenvolvimento econômico: novas e mais eficientes tecnologias aumentam a produtividade – ou seja, passam a ser necessários menos *inputs* para a produção de um mesmo número de *outputs* -, permitindo uma expansão da produção total e do crescimento da economia<sup>18</sup>.

A ideia, portanto, é a de se favorecer o desenvolvimento econômico e o surgimento de novas tecnologias por meio de um Direito de Propriedade Intelectual que gere um constante fluxo de novas ideias. Nesse sentido, Cláudio Barbosa<sup>19</sup> fala da *função social* dos direitos de propriedade intelectual, consistente na “manutenção de um fluxo de criação e circulação de informação, criando-se um valor econômico e social.” Em se tratando de patentes, mais especificamente, tal fluxo é estimulado por meio da possibilidade de o detentor recuperar os (elevados) custos iniciais de P&D ao longo do período de proteção, o que cria as condições necessárias para que capital seja arriscado no desenvolvimento de novos produtos. Nas palavras de Barbara Rosenberg:

Ao se conceder àquele que inova, o direito exclusivo e temporário de explorar uma patente, autoriza-se a extração de lucros supracompetitivos, lucros estes que permitem recompensar os investimentos efetuados em P&D e, conseqüentemente, induzir o investimento em pesquisa<sup>20</sup>.

Além disso, um dos requisitos para a obtenção de uma patente é o fornecimento, no chamado “relatório descritivo”, de detalhes acerca da invenção, com o objetivo de que a inovação seja incorporada ao conhecimento técnico comum<sup>21</sup>.

Todavia, ao conferir ao detentor o poder de cobrar preços superiores ao custo marginal, o sistema de patentes – e o sistema de direitos de propriedade intelectual, de modo geral – promove uma *ineficiência estática*. O sistema jurídico não tem o condão de alterar as

---

<sup>16</sup>Esse direito é previsto no art. 42 da Lei nº 9.279/96, segundo o qual “a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.”

<sup>17</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, 2007, p. 841

<sup>18</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 13

<sup>19</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, 2008, p.3

<sup>20</sup>ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 271.

<sup>21</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 14

características intrínsecas daquilo sobre que incide<sup>22</sup> e, como visto, a informação, por ser um bem não-rival, não corre risco de “sobre-utilização” (*overusing*) ou “sobre-distribuição” (*over-distributing*): todos podem se aproveitar dela sem que seu valor seja diminuído<sup>23</sup>. Lembrando-se, ainda, do custo marginal de produção nulo dos bens não-rivais, conclui-se que, do ponto de vista do bem-estar de uma sociedade em um dado momento, seria mais eficiente que aquele que detém uma informação a compartilhasse gratuitamente - ou, no máximo, pelo custo desse compartilhamento<sup>24</sup>. Em outras palavras, eficiência *no uso* da informação significa ela estar livremente disponível<sup>25</sup>. Mas, pelas razões já expostas, isso teria como consequência desincentivos à atividade de produção de informação e, no longo prazo, menos pessoas se dedicariam a atividades de pesquisa e inovação. Em outros termos, o resultado seria *ineficiência dinâmica*.

Dessa forma, o sistema de direitos de propriedade intelectual é baseado em um *trade-off*: sacrifica-se alguma eficiência estática para se alcançar eficiência dinâmica<sup>26</sup>. Propriedade intelectual cria uma distorção que não é apenas tolerada, mas incentivada porque se espera que tal distorção promova inovação<sup>27</sup>.

Todavia, além de ser um bem público (bem não-exclusivo e não-rival, portanto), a informação possui uma segunda característica que torna mais delicada a questão. Com efeito, quando se atenta para o fato de que *todo conhecimento se baseia em conhecimento preexistente*, vislumbram-se os problemas que podem surgir da imposição de limites artificiais ao uso da informação. Segundo Yochai Benkler<sup>28</sup>, os economistas chamam essa característica de “efeito ‘sobre ombros de gigantes’” (“*on the shoulders of giants’ effect*”), aludindo a uma frase atribuída a Isaac Newton<sup>29</sup>. A dificuldade que daí advém é bem explicada por Joseph Stiglitz:

Conhecimento é o mais importante insumo para a produção de conhecimento. A propriedade intelectual restringe esse insumo; de fato, ela opera por meio da limitação do acesso ao conhecimento. Uma maneira de se pensar sobre isso é em termos de um processo de produção convencional. Se há um aumento no preço de um insumo, isso reduz a oferta do produto. Nesse caso, o insumo é conhecimento; patentes aumentam o preço desse insumo, o que, por sua vez, reduz a produção<sup>30</sup>.

<sup>22</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 12

<sup>23</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 2

<sup>24</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 37

<sup>25</sup>STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700

<sup>26</sup>Esse trade-off, como será visto no capítulo 6, é justamente um dos pontos de atrito entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

<sup>27</sup>STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700.

<sup>28</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 37

<sup>29</sup>Teria dito o cientista: “Se eu vi mais longe, foi por estar de pé sobre ombros de gigantes”

<sup>30</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*Knowledge is the most important input into the production of knowledge. Intellectual property restricts this input; indeed, it works by limiting access to knowledge. One way*



Levando-se em conta, portanto, que os usuários da informação não são apenas consumidores, mas também atuais produtores e futuros inovadores, uma proteção mais forte aumenta os custos de produção de mais informação. Uma maior proteção pode elevar mais esses custos do que incrementar a capacidade de apropriação do novo inovador em relação ao valor de sua contribuição<sup>31-32</sup>.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Cláudio Barbosa alerta para o fato de que:

Quando a proteção é excessiva, perde-se a função de incentivo, estanca-se a criação e a circulação da informação, e, conseqüentemente, constata-se que a proteção gera externalidades negativas, acarretando um custo social<sup>33</sup>.

Portanto, um sistema de propriedade intelectual ótimo deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a concessão de direitos que recompensem suficientemente os inventores e os obstáculos que esses mesmos direitos colocam diante de cada potencial inovador<sup>34</sup>. Vê-se aqui uma segunda dimensão do já mencionado *trade-off* entre eficiência estática e eficiência dinâmica, ou, em outros termos, *entre acesso e incentivo*<sup>35</sup>. No que tange a patentes, a questão envolve complexos questionamentos acerca do escopo ideal e do período de proteção, das matérias patenteáveis, da interpretação dos requisitos de “atividade inventiva” e “novidade”, etc. Em função de tais dificuldades, identificar tal ponto ótimo não é tarefa que se tenha conseguido realizar com sucesso até hoje. Conseqüentemente, tem-se um sistema de direitos de propriedade intelectual que dificulta a produção de novos conhecimentos em muitos setores.

---

*of thinking about this is in terms of any standard production process. If you increase the price of an input, it reduces the supply of the output. In this case, the input is knowledge; patents increase the price of this input, which in turn reduces the output.”* STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700.

<sup>31</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 38-39

<sup>32</sup>Como será visto mais adiante, isso guarda relações com a chamada “tragédia dos anticomuns”.

<sup>33</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 53

<sup>34</sup>HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 251. O mesmo Herbert Hovenkamp, em outra obra, expõe a mesma ideia em termos diferentes: “*An optimal IP policy creates just enough incentive to cause creative people to innovate at the optimal level, but not so much so as to restrain excessively others who want to build on their work*” (*Innovation and the Domain of Competition Policy*. 2008, p. 5).

<sup>35</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004, p. 4-7. Disponível em:

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=642622](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=642622)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

### 3. A “Tragédia dos Anticomuns”

Na verdade, vão muito além as dificuldades e disfunções que caracterizam o atual sistema de propriedade intelectual – com destaque, no presente trabalho, para o sistema de patentes. Ademais, principalmente em razão do efeito “sobre ombros de gigantes”, ineficiências no manejo da informação podem ter conseqüências de grandes proporções – o que justifica o estudo e a busca por possíveis soluções.

Algumas dessas falhas trouxeram para âmbito da propriedade intelectual a noção de “tragédia dos anticomuns”, desenvolvida por Michael Heller em estudo sobre a regulação da propriedade privada no regime pós-socialista na antiga URSS<sup>36</sup>. Para criar sua teoria, Heller se baseou na conhecida “tragédia dos comuns”<sup>37</sup> em que se tem sobre-utilização de um recurso escasso em decorrência de o seu uso ser comum - todos detêm privilégio de uso e ninguém possui o direito de *excluir* os demais. A conseqüência é esgotamento ou depredação, motivo pelo qual se fala em “tragédia”. Uma das soluções apontadas para esse problema é a propriedade privada. Não obstante, a privatização excessiva pode criar entraves. É o que se verifica na “tragédia dos anticomuns”, na qual há a subutilização de um recurso, em razão de a propriedade se encontrar fragmentada a ponto de várias pessoas possuírem o direito de excluir as demais, sem que alguém detenha efetivo direito de gozo<sup>38</sup>. Para que se possa utilizar determinado recurso, passa a ser necessário obter a autorização de todas as pessoas que possuem direitos a ele relacionados. Mas, em razão de os custos de transação não serem inexistentes ou desconsideráveis, “uma vez que o problema dos anticomuns emerge, colecionar direitos para fazer propriedade utilizável é, muitas vezes, algo brutal e lento”<sup>39</sup>.

O sistema de propriedade intelectual, como já explicado acima, baseia-se em certa ineficiência estática e em algum grau de sub-utilização de informação. Contudo, o que se tem na “tragédia dos anticomuns” é uma ineficiência de outra natureza, mais grave e intensa. No

---

<sup>36</sup>HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, Cambridge v. 111, n. 3, p. 621-688, 1998.

<sup>37</sup>A expressão foi criada por Garrett Hardin, que a utilizou para explicar problemas como poluição, extinção de espécies e, principalmente, superpopulação. Em seu artigo pioneiro, Hardin, após descrever os perigos da sobre-utilização de recursos e negar validade absoluta à “mão invisível” de Adam Smith, alerta: “*Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.*” Atualmente a ideia é bastante importante em alguns temas na Economia e no Direito, além de ser uma das justificativas para a propriedade privada. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, New York, v. 162, n. 3859, dez. 1968, p. 1244.

<sup>38</sup>HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, New York, v. 280, n. 5364, mai. 1998, p. 698.

<sup>39</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*once anticommons emerges, collecting rights to make usable property is often brutal and slow.*” HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, p. 698

primeiro trabalho que aplicou a teoria dos anticomuns ao mercado de propriedade intelectual, Rebecca Eisenberg e Michael Heller, analisando o setor biomédico, afirmam:

O problema que identificamos é distinto da subutilização inerente a qualquer sistema de patentes que funcione bem. Ao conferir monopólios sobre descobertas, patentes necessariamente aumentam preços e restringem o uso – um custo que a sociedade paga para motivar invenção e sua revelação. A tragédia dos anticomuns se refere a obstáculos mais complexos que surgem quando um usuário precisa ter acesso a vários insumos patenteados para criar um único produto utilizável. Cada patente em um nível superior da cadeia produtiva permite que seu detentor instale uma cabine de pedágio na estrada que leva ao desenvolvimento do produto, aumentando os custos e diminuindo, na outra ponta da cadeia, o ritmo da inovação biomédica<sup>40</sup>.

A “tragédia dos anticomuns” ajuda a entender porque o avanço tecnológico e a crescente utilização de direitos de propriedade intelectual podem ter como consequência, de forma aparentemente paradoxal, o retardamento da inovação<sup>41</sup>. O problema se relaciona à chamada *knowledge-based economy*, em que a valorização da informação - e da propriedade intelectual -, aliada à complexificação das tecnologias, põe em cheque alguns os fundamentos do sistema de patentes tradicional. De acordo com Cláudio Barbosa:

[...] as modificações tecnológicas que presenciamos não nos autorizam a admitir que institutos jurídicos moldados no século XIX possam perfeitamente regulamentar toda a situação lançada pela constante evolução tecnológica<sup>42</sup>.

As causas e conseqüências da “tragédia dos anticomuns” no mercado de propriedade intelectual são de diversas ordens. As próximas seções buscam explicar, de forma sintética, os pontos que guardam maiores relações com os arranjos de consórcios de patentes. Primeiramente, no item 3.1, tratar-se-á do fenômeno chamado *patent flooding* e das tendências expansionistas do direito de propriedade intelectual. Na sequência, será apresentado no item 3.2 o papel das diferentes relações tecnológicas entre patentes. Por fim, em 3.3 serão indicados, problemas específicos advindos da “tragédia dos anticomuns” – os quais, como se discute no próximo capítulo, poderiam ser solucionados por *pools* de patentes.

---

<sup>40</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*The problem we identify is distinct from the routine underuse inherent in any well functioning patent system. By conferring monopolies in discoveries, patents necessarily increase prices and restrict use – a cost society pays to motivate invention and disclosure. The tragedy of the anticommons refers to the more complex obstacles that arise when a user needs access to multiple patented inputs to create a single useful product. Each upstream patent allows its owner to set up another tollbooth on the road to product development, adding to the cost and slowing the pace of downstream biomedical innovation.*” HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, p. 699

<sup>41</sup>RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: Uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2012, p. 20.

<sup>42</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 60.

### 3.1. Tendência expansionista do sistema de propriedade intelectual e *patent flooding*

Recentemente, a literatura tem chamado a atenção para uma explosão no número de patentes, sem que se verifique, contudo, proporcional aumento na taxa de inovação<sup>43</sup>. Fala-se em uma inundação – *flooding* - de direitos de propriedade intelectual, que teria, como resultado, a “diminuição dos *espaços de liberdade* de atuação das pessoas no mercado econômico e fora dele”<sup>44</sup>.

Uma das causas do aumento do número de patentes reside na atual tendência de “alargamento do conjunto de realidades que podem ser protegidas por direitos de propriedade intelectual”<sup>45</sup>. Por um lado, o TRIPS<sup>46</sup> obrigou seus signatários a um rol mínimo de matérias patenteáveis – incluindo produtos farmacêuticos, que não eram protegidos em muitos países, inclusive no Brasil. Por outro, brotam modelos híbridos e proteções *sui generis*, como aquelas relativas a cultivares e a circuitos integrados. Além disso, em alguns ordenamentos, passam a ser aceitas patentes em matérias nas quais os tradicionais requisitos de patenteabilidade dificilmente podem ser cumpridos satisfatoriamente<sup>47</sup>.

Ao lado dessa tendência expansionista, a análise dos requisitos para a concessão de patentes – novidade, atividade inventiva (*non-obviousness*) e aplicação industrial (*utility*) – tem se mostrado uma tarefa extremamente difícil em se tratando de novas e complexas tecnologias. Como consequência, inúmeras patentes inválidas são concedidas<sup>48</sup>, privatizando conhecimento que deveria ser de uso comum.

---

<sup>43</sup>BOLDRIN, Michele et al. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*, Washington, v. 1, 2011, p. 15-19.

<sup>44</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público, p. 349.

<sup>45</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público, p. 344.

<sup>46</sup>O Acordo TRIPS (do inglês, *Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*) é um tratado assinado em 1994, no contexto do encerramento da Rodada do Uruguai do GATT e da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). O TRIPS promoveu a adoção, por parte de todos os seus signatários, de um nível mínimo de proteção à propriedade intelectual, impondo – inclusive, e principalmente, a países em desenvolvimento – um “pisso” muito próximo ao regime já adotado pelos países desenvolvidos. Além disso, o Acordo transferiu a discussão e regulamentação internacional da propriedade intelectual da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) para a OMC, viabilizando maior pressão aos países que não o cumprissem, por meio da possibilidade de sanções internacionais efetivas. Como resultado, houve a expansão da proteção à propriedade intelectual em nível internacional, conforme os interesses das nações desenvolvidas, “grandes detentores do conhecimento global”. Ver BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 36 e ROSINA, Mônica Steffen Guise. *A regulamentação internacional das patentes e sua contribuição para o processo de desenvolvimento do Brasil: análise da produção de novos medicamentos no setor farmacêutico*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19-21.

<sup>47</sup>A polêmica proteção aos *business methods*, nos EUA, ilustra bem essa realidade. Nesse sentido, GLEICK, James. *Patently Absurd*. *New York Times Magazine*, New York, p. 44-49, 12 mar. 2000.

<sup>48</sup>SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004, p. 15.

Por fim, dada a importância dos direitos de propriedade intelectual na economia contemporânea, verifica-se uma crescente “propensão a patentear” (“*propensity to patent*”)<sup>49</sup>. Um dos motivos é a prática de patenteamento defensivo, por meio da qual um agente econômico busca uma patente com o único objetivo de evitar que outros consigam um “direito de exclusivo” que o impeça de utilizar livremente eventual invenção futura<sup>50</sup>. Nesse caso, a obtenção da patente é totalmente desligada da lógica do Direito da Propriedade Intelectual descrita no capítulo 2.

James Boyle utilizou a expressão “*enclosing the commons*” para se referir à privatização de algo que estava (e talvez devesse permanecer) no domínio público<sup>51</sup>. É exatamente o que se verifica no fenômeno de *patent flooding*, cuja correnteza cada vez mais arrasta o mercado de propriedade intelectual aos anticomuns.

### **3.2. Relações tecnológicas entre patentes**

O sistema tradicional de direitos de propriedade intelectual foi construído sobre um paradigma de invenção no qual cada nova patente correspondia a uma nova máquina ou dispositivo. No entanto, essa premissa é posta em cheque por novas e complexas tecnologias<sup>52</sup>. Atualmente, é comum que um único bem ou processo envolva dezenas, centenas ou até mesmo milhares de patentes<sup>53</sup>, como é o caso da indústria de semicondutores. Surge, então, a questão das “patentes complementares” (*complementary patents*), que, cobrindo diferentes componentes de uma invenção “maior”, são inúteis ou tem pouco valor individualmente.<sup>54</sup> Tais patentes referem-se, portanto, a tecnologias que se complementam, no sentido de que o uso de uma aumenta o valor do uso da outra<sup>55</sup>.

Todavia, quando várias patentes incidem sobre um determinado produto ou processo, ocorre o fenômeno chamado de *royalty stacking*: para que a invenção seja explorada, passa a

---

<sup>49</sup>SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004, p. 15.

<sup>50</sup>LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Belknap, 2003, p. 320

<sup>51</sup>*Apud* STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1708.

<sup>52</sup>LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, 2007, p. 2.

<sup>53</sup>Como escreve Michael Heller: “*Today, the leading edge of wealth creation requires assembly. From drugs to telecom, software to semiconductors, anything high tech demands the assembly of innumerable patents*” (HELLER, Michael. *Gridlock Economy*. New York: Basic Books, 2008, p. xiv).

<sup>54</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004, p. 31.

<sup>55</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. New York: Aspen, 2011, capítulo 34, p. 7

ser necessária a obtenção de licenças dos diversos detentores das patentes relacionadas e o total de *royalties* a serem pagos dependerá dos valores acertados em cada licenciamento<sup>56</sup>. Ocorre que estes últimos tendem a ser ineficientemente elevados – principalmente em razão de problemas como o *holdup* e a marginalização múltipla, explicados no item 3.3.

Outra possível relação tecnológica entre as diferentes patentes que incidem sobre uma mesma invenção é a de *bloqueio*, que se dá quando existe um produto ou conjunto de produtos que infringe pelo menos uma reivindicação de diferentes patentes de diversos detentores. O caso mais comum de “patentes bloqueantes” (*blocking patents*) é aquele que envolve uma invenção básica criada por uma empresa e um melhoramento desenvolvido por outra: nenhum dos agentes econômicos poderá explorar a invenção superior – o melhoramento – se não obtiver a autorização do outro, o que pode levar a um impasse<sup>57</sup>. Segundo Steven Carlson, a existência de patentes bloqueantes é consequência natural de um *processo difuso de inovações incrementais*<sup>58-59</sup>. Isso porque o sistema de patentes assume que o inventor inicial de um produto é o mais apto a desenvolvê-lo e trazê-lo ao mercado de maneira eficiente. No entanto, essa premissa é outra que se mostra inadequada<sup>60</sup>. Por conseguinte, com o intuito de se permitir inovação (que ocorre também de forma difusa), concedem-se patentes bloqueantes – não obstante sua tendência a criar impasses legais<sup>61</sup>.

Tendo em mente as dificuldades advindas das patentes complementares e bloqueantes, Michael Carrier traz, respectivamente, as noções de “gargalos intra-geracionais” e “gargalos inter-geracionais”. Nas palavras daquele autor:

Gargalos podem assumir duas formas. A primeira ocorre em indústrias caracterizadas por inovação cumulativa, em que cada produto é construído com base no seu predecessor. Nessas indústrias, o primeiro inventor pode criar um gargalo ao se recusar a licenciar seu produto, que é bloco necessário à construção de inovações subseqüentes. Esse artigo se refere a tal situação como gargalo entre gerações, ou “gargalo inter-geracional.” O segundo tipo de gargalo ocorre quando um produto contém múltiplos componentes patenteados. Aqui, a recusa de um dos detentores a licenciar seu componente impedirá a prática da invenção. Esse bloqueio será chamado de gargalo dentro de uma geração, ou “gargalo intra-geracional”<sup>62</sup>.

<sup>56</sup>LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, p. 1992-2048, 2007.

<sup>57</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 6-7

<sup>58</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 16, 1999, p. 362

<sup>59</sup>Inovações incrementais, ao contrário das inovações radicais, envolvem pequenas mudanças em produtos já existentes. Ver CARRIER, Michael A. *Innovation for the 21st Century – Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*. 2009. *Kindle E-Book*, loc316.

<sup>60</sup>REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 16, n. 2, 2007, p. 156.

<sup>61</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 363

<sup>62</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “Bottlenecks can take one of two forms. The first occurs in industries marked by cumulative innovation, where each product builds on its predecessor. In these industries,

Tanto no caso de patentes complementares quanto no caso de patentes bloqueantes, os agentes com a intenção de explorar determinada tecnologia precisam celebrar contratos de licenciamento com (todos) os detentores de (todas as) patentes necessárias. Nessa situação, portanto, os direitos de propriedade se encontram tão fragmentados entre múltiplos detentores que nenhum deles possui um pacote comercialmente significativo – e instala-se facilmente a tragédia dos anticomuns<sup>63</sup>.

### **3.3. *Patent thicket*: custos de transação, marginalização múltipla, *holdup* e insegurança no desempenho de atividades relacionadas à propriedade intelectual**

Aliado ao fenômeno de *patent flooding*, o problema advindo da dispersão de patentes interdependentes (complementares ou bloqueantes) resulta na formação de um “emaranhado” de patentes (*patent thicket*): “uma densa rede de direitos de propriedade intelectual sobrepostos, que uma companhia deve cortar, abrindo caminho para que possa efetivamente comercializar nova tecnologia”<sup>64</sup>. A questão é particularmente preocupante em algumas indústrias como as de semicondutores, biotecnologia, *software* e Internet.

Disso decorrem diversos problemas. Primeiramente, elevados custos de transação podem inviabilizar a atividade de potenciais inovadores e de empresas que pretendem utilizar determinada tecnologia<sup>65</sup>: será necessário identificar todas as patentes relevantes, localizar seus detentores, celebrar múltiplos contratos de licenciamento e enfrentar poderes de barganha eventualmente elevados. Por outro lado, os detentores de patentes incorrerão em consideráveis gastos para monitorar o cumprimento das disposições do licenciamento e levar a juízo eventuais desvios<sup>66</sup>.

---

*the earlier inventor can create a bottleneck by refusing to license its product, which is the necessary building block for subsequent innovation. This article refers to such setting as bottleneck between generations, or “intergenerational bottleneck.” The second type of bottleneck occurs when one product contains multiple patented components. Here, a refusal by one of the patent holders to license its component part will prevent the invention from being practiced. This holdup will be referred to as bottleneck within a generation, or “intragenerational bottleneck.”* CARRIER, Michael A. Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 56, 2003, p. 134.

<sup>63</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 8

<sup>64</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “a dense web of overlapping intellectual property rights that a company must hack its way through in order to actually commercialize new technology.” SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*. 2001, p. 1-2.

<sup>65</sup>Nesse sentido, Michael Heller: “Rather than waste time and money trying to assemble fragmented ownership rights that might profit them and benefit us all, many of the world’s most powerful businesses simply abandon corporate assets. They redirect investment toward less challenging areas, and innovation quietly slips away.” HELLER, Michael A. *The Gridlock Economy*, p. 2.

<sup>66</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 2.

A “marginalização múltipla” (ou “*complements problem*”) é um segundo fenômeno que, por ter maiores chances de ocorrência sob o “emaranhado de patentes” e sob a necessidade de *royalty stacking*, ameaça ainda mais o funcionamento eficiente do atual sistema de patentes. Cournot, que em 1838 descreveu o problema pela primeira vez, analisou a dificuldade enfrentada por um produtor de latão que tinha que comprar seus principais insumos – cobre e zinco – de dois monopolistas diferentes. O economista francês então demonstrou que o preço final do latão seria menor se um único monopolista fornecesse os dois insumos a uma indústria de latão competitiva. E mais: nesse caso o lucro total dos produtores seria maior do que na existência de dois “monopólios complementares”. Direitos balcanizados em relação ao cobre e ao zinco trariam, portanto, prejuízos tanto aos consumidores quanto aos produtores<sup>67</sup>. Essa conclusão aparentemente paradoxal se deve a externalidades negativas que envolvem a atuação dos dois monopolistas: o fornecedor de cobre, ao fixar seu preço, não levaria em consideração a conseqüente redução na quantidade de zinco comprada da outra empresa, e vice-versa. As lições de Cournot, aplicadas ao mercado de patentes<sup>68</sup>, indicam que, em uma situação de múltiplas patentes complementares (ou bloqueantes), os *royalties* exigidos por cada detentor e os *royalties* totais serão muito elevados em comparação com o que seria economicamente ótimo. Como consequência, os custos de se utilizar a tecnologia patenteada (ou de se comercializar o produto patenteado) serão excessivamente altos, limitando a difusão da tecnologia (ou o uso do produto). Concomitantemente, os detentores de patentes receberão menos *royalties* do que obteriam se coordenassem o licenciamento<sup>69</sup>.

Em terceiro lugar, considerando a incerteza típica dos direitos conferidos por patentes<sup>70</sup> e o perigo representado por patentes adormecidas (das quais não se tem conhecimento) ou submarinas (que “emergem” subitamente), o “emaranhado de patentes” culmina em grave insegurança no desenvolvimento de criações<sup>71</sup>. Como consequência, recursos que poderiam ser utilizados em P&D passam a ser destinados a (extremamente

---

<sup>67</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 4-5.

<sup>68</sup>Tal aplicação é absolutamente lícita em função da extrema diferenciação de produtos que caracteriza o mercado de propriedade intelectual. Como aponta Hovenkamp, “[...] *IP rights often are unique in the sense that for a particular user only one (or a small number) will do what that user needs to get done*” HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 252.

<sup>69</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 3.

<sup>70</sup>Tanto que alguns estudiosos sustentam que as patentes conferem, na verdade, “*probabilistic rights*”, visto que seu titular tem um direito de apenas *tentar* excluir os demais. Essa incerteza se deve à indefinição quanto à validade e quanto ao escopo da patente. São grandes as chances de uma patente questionada em juízo ser considerada inválida e, independentemente disso, a dificuldade de se interpretar suas reivindicações, bem como a aplicação da chamada “doutrina dos equivalentes” tornam incerta a delimitação de seu escopo. LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. *Probabilistic Patents*, 2004.

<sup>71</sup>RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual*, p. 21.



custosos) litígios que buscam clarear os limites da atuação dos diversos detentores de direitos de propriedade intelectual<sup>72</sup>. Em razão dos riscos, algumas empresas podem simplesmente optar por não entrar no mercado.

Um quarto aspecto que merece análise é o perigo de *hold-up*, que torna ainda mais arriscada a atuação em setores em que a propriedade intelectual desempenha papel importante. O *hold-up*, no âmbito das patentes, é o problema que surge quando uma empresa é surpreendida por uma patente de cuja existência não tinha conhecimento, após ter produzido em larga escala um produto que a infringe. Nessa situação, o detentor da patente poderá exigir o pagamento de *royalties*, podendo recorrer aos tribunais para exigir o fechamento da fábrica ou a retirada dos produtos do mercado. Mesmo que a empresa que foi pega de surpresa possa “redesenhar” sua invenção e contornar a patente, nesse caso: (i) serão necessários mais esforços e gastos, que podem prejudicar sua produção; (ii) ela poderá, eventualmente, ser responsabilizada pelos produtos vendidos antes de adaptar sua invenção e; (iii) aumentam as chances de ocorrer problemas de compatibilidade entre as diferentes versões do produto<sup>73</sup>. Diante disso, o detentor da patente poderá exigir *royalties* mais elevados do que seria capaz se a negociação tivesse ocorrido antes do desenvolvimento ou da produção da tecnologia ou bem que infringe a patente - o que, em última análise, refletirá no preço final do produto<sup>74</sup>. Deve-se notar que esses *royalties* mais polpidos não guardam relações com o valor representado pela invenção do detentor da patente e não seguem a racionalidade do sistema de propriedade intelectual apresentada no capítulo 2. Na verdade, eles apenas refletem os custos impostos à empresa infringente. Segundo Carl Shapiro, o problema do *hold-up* é muito real hoje em dia e em algumas indústrias o risco de “se pisar numa mina terrestre” é imenso, o que demanda atenção por parte das autoridades do Direito da Propriedade Intelectual e do Direito Concorrencial<sup>75-76</sup>.

---

<sup>72</sup>REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation, p. 68.

<sup>73</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 7.

<sup>74</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 8.

<sup>75</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 7-8.

<sup>76</sup>Embora ainda não receba muita atenção da comunidade acadêmica, também merece ser mencionada uma questão que tem ocupado papel de destaque em discussões relativas a propriedade intelectual no mundo dos negócios: os chamados “*patent trolls*.” Apesar existir certa indefinição no alcance da expressão, ela geralmente é utilizada em referência a entidades que constroem e mantêm um portfólio de patentes sem explorar as respectivas invenções, com o objetivo único de obter lucros por meio da oposição de seus direitos de propriedade intelectual contra outras empresas – geralmente contra muitas, simultaneamente. Por esse motivo, às vezes é utilizada como sinônimo de “*patent troll*” a sigla “NPE”, correspondente à expressão em língua inglesa “*non-practicing entity*”.

Assim como as criaturas do folclore escandinavo escondiam-se sob pontes que não tinham construído para surpreender passantes, ameaçando-os e exigindo o pagamento de pedágio, um *patent troll* adquire e acumula patentes para atacar e extorquir as empresas que, julgando estar em domínio público determinada tecnologia,

A partir do exposto nas duas últimas seções se conclui que, diante do *patent flooding* e do “emaranhado de patentes”, os efeitos do sistema de propriedade intelectual, em alguns casos, colidem frontalmente com seus próprios objetivos. O resultado é sub-aproveitamento do conhecimento, custos de transação elevados, gastos ineficientes, desestímulo à atividade inventiva e estagnação tecnológica, com efeitos negativos na economia. Por conseguinte, a expressão “*tragédia dos anticomuns*” não é despropositada, motivo pelo qual são bem-vindos arranjos capazes de neutralizar seus efeitos.

#### 4. *Pools* de patentes: a possível solução

Conforme aponta a literatura, uma das possíveis soluções (ou, pelo menos, um dos possíveis meios de se contornar) os problemas gerados pelos anticomuns consiste na formação de *pools* de patentes, também chamados de consórcios de patentes. Estes, como se verá, apresentam alguns efeitos reconhecidamente pró-competitivos quando envolvem patentes complementares ou bloqueantes.

---

efetivamente a exploram. Em vez de um porrete, os *patent trolls* se armam com patentes que nunca haviam sido executadas em juízo e que geralmente possuem reivindicações vagas e amplas, escopo indefinido e validade duvidosa. Aproveitam-se, portanto, das disfunções geradas pelos fenômenos de *patent flooding*, expansão das matérias patenteáveis e complexificação tecnológica para conseguir acordos vantajosos com as empresas acusadas de infringir suas patentes. Estas, vendo-se ameaçadas por litígios longos, custosos e de desfecho incerto, tendem a ceder aos termos impostos pelo *troll*. Como consequência da prática de *patent trolling*, agravam-se os perigos das patentes adormecidas e do *hold-up*, aumentando ainda mais a incerteza e os riscos de se investir em inovação. Ver BESSEN, James ; FORD, Jennifer ; MEURER Michael J. *The Private and Social Costs of Patent Trolls: Do Nonpracticing Entities Benefit Society by Facilitating Markets For Technology? Regulation*, Boston, v. 34, n. 4, inverno 2011-2012; MAGLIOCCA, Gerard N. *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*. 2007; SANDBURG, Brenda. *You May Not Have a Choice: Trolling For Dollars*. 2001.

Um exemplo importante dos perigos da prática de *patent trolling* é dado pela controvérsia que se deu, nos EUA, entre as empresas *NTP* e *Research in Motion (RIM)*, responsável pelos *smatphones BlackBerry*. A primeira delas não possui nenhum empregado e não fabrica nenhum produto, mas promoveu ação contra a *RIM*, alegando violação de cinco de suas patentes, referentes a uma tecnologia de integração e sistemas de e-mail com redes sem-fio. Ninguém sustentou que a *RIM* houvesse copiado tais patentes: parecia evidente que ela havia desenvolvido a tecnologia por si e, além disso, tinha lhe dado aplicação comercial, ao contrário da *NTP*. No entanto, de acordo com o sistema de patentes dos EUA (e também com o do Brasil), bastava que a *NTP* tivesse obtido a patente anteriormente para que a *RIM* pudesse ser responsabilizada. O processo se arrastou por quatro anos, ameaçando inativar o serviço de e-mail de três milhões de usuários. Finalmente, em 2006, a *RIM* aceitou pagar US\$612,5 milhões para por fim à disputa. Cf. KELLEY, Rob. *BlackBerry maker, NTP ink \$612 million settlement: Research in Motion averts shutdown of wireless e-mail service, announces fourth-quarter warning. CNNMoney.com*, 3 mar. 2006. Ver também PARLOFF, Roger. *BlackBerry held hostage: RIM's patent trials (ant tribulations) show how 'patent trolls' can shut companies down: analysis. CNNMoney.com*, 29 nov. 2005.

#### **4.1. Conceito e traços principais**

Da mesma forma que o licenciamento cruzado (*cross-licensing*), *pools* de patentes consistem em trocas mútuas de direitos de propriedade intelectual. No entanto, licenciamentos cruzados são acordos bilaterais, ao passo que *pools* abrangem arranjos mais complexos: geralmente possuem múltiplas partes e possibilitam que as patentes agrupadas sejam licenciadas a não membros, mediante pagamento de *royalties* pré-determinados<sup>77</sup>.

Assim, *consórcio de patentes é um acordo por meio do qual dois ou mais detentores cedem ou licenciam suas patentes a uma única entidade* (que pode ser um dos detentores originais ou uma sociedade criada especificamente para esse fim), *a qual então as explorará diretamente* (utilizando as patentes em algum processo industrial ou em algum produto), *ou as licenciará “em pacote”*. As disposições contratuais, restrições impostas aos membros e as estruturas organizacionais dos *pools* variam bastante, podendo ser simples contratos plurilaterais ou constituir complexa agregação de dezenas de membros e centenas de patentes (“*mega-pools*”)<sup>78</sup>.

Não obstante essa enorme variabilidade, duas características são comuns a todos os *pools*. Primeiramente, sempre se estabelece um mecanismo regularizado de transação que substitui a necessidade de se negociar individualmente com cada detentor os termos de um licenciamento<sup>79</sup>. Em outras palavras, o *pool* de patentes busca criar um “*one-stop shop*”, em que se pode obter, de uma só vez e mediante um só contrato, todas as patentes (ou, pelo menos, várias delas) necessárias à utilização de determinada tecnologia. A segunda característica é a elaboração, pelos membros, de um sistema de partilha dos *royalties* pagos por terceiros – partilha esta que geralmente se dá segundo os resultados de algum método de avaliação acerca do valor da contribuição dada por cada uma das patentes agregadas<sup>80-81</sup>. Mark Janis, atentando a esses dois traços, comuns a todos os *pools*, propõe interessante terminologia:

---

<sup>77</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 4-5

<sup>78</sup>MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999, p. 18-27.

<sup>79</sup>GILBERT, Richard. Ties That Bind: Policies to Promote (Good) Patent Pools. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, 2010, p. 4.

<sup>80</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004, p. 30

<sup>81</sup>Robert Merges também identifica as mesmas características: “[*Patent pools*] reveal what brings individual right holders together to resolve transactional bottlenecks. Soon after coming together, one of the first things they do is to settle two issues of valuation: the rates licensees will pay for access to the entire pool; and rules for dividing the spoils among the pool’s members” (*Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999, p. 12-13).

Como um primeiro passo rumo à simplificação da análise concorrencial dos *pools* de patentes, pode ser útil definir *patent pooling* como um conceito que abarca duas classes de transações relacionadas a patentes: **acordos de agregação** e **acordos de disseminação**<sup>82</sup>.

#### 4.2. Redução dos custos de transação

A partir da descrição feita nos parágrafos anteriores infere-se uma das principais vantagens dos consórcios de patentes, consistente na diminuição dos custos de transação. Essa redução opera tanto externa quanto internamente ao *pool*. Os usuários da tecnologia são beneficiados pelo o fim da necessidade de se localizar todos os detentores e de com eles celebrar contratos individuais, bem como pelos termos relativamente uniformes oferecidos pelo *pool*. Por outro lado, as normas organizacionais internas sobre divisão de *royalties* reduzem os custos entre os próprios membros<sup>83</sup>.

#### 4.3. Solução do problema da marginalização múltipla

Quando há muitas (e dispersas) patentes complementares, a criação de um *pool* de patentes também pode pôr fim à marginalização múltipla. Ao contrário do que ocorre com o problema original proposto por Cournot, em que a fusão entre os fornecedores de cobre e zinco poderia ser uma saída viável, a concentração de todos os detentores das patentes relevantes em relação a certa tecnologia geralmente não é uma alternativa possível<sup>84</sup>. A formação de um *pool*, no entanto, é uma opção mais realista e tem efeitos similares, dado que as externalidades negativas serão igualmente internalizadas<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “As a first step towards simplifying the antitrust analysis of patent pools, it may help to define patent pooling as an umbrella concept that encompasses two classes of patent transactions: aggregation agreements and dissemination agreements.” JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005, p. 3.

<sup>83</sup>MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions*, p. 14.

<sup>84</sup>De fato, seria pura fantasia imaginar uma fusão entre Canon, France Telecom, Samsung, Fujitsu, General Electric, Bosch, Sony e a Universidade de Colúmbia como solução ao problema da marginalização múltipla no caso da implementação do padrão MPEG-2, por exemplo. LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 4.

<sup>85</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*, p. 4.

#### **4.4. Integração de tecnologias complementares**

Em decorrência da solução do problema da marginalização múltipla, bem como da redução dos custos de transação envolvendo *royalty stacking* de patentes complementares, *pools* podem ser extremamente úteis na integração de tecnologias complementares<sup>86</sup>, possibilitando seu rápido desenvolvimento<sup>87</sup>. Isso é muito bem exemplificado pelos recentes (e exitosos) *pools* relacionados aos padrões MPEG-2<sup>88</sup> e DVD<sup>89</sup>.

#### **4.5. Solução de situações de bloqueio entre patentes**

Outro possível efeito positivo da criação de um *pool* é a solução de impasses gerados por patentes que guardam entre si relação de bloqueio<sup>90</sup>. Nesse sentido, um consórcio de patentes pode ser uma forma de se viabilizar a exploração de produtos ou processos sobre os quais incidem patentes bloqueantes. Como apontam Hovenkamp et al., as cortes americanas

---

<sup>86</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 28-35

<sup>87</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 32.

<sup>88</sup>A tecnologia MPEG-2 refere-se a um formato para compressão e transmissão de sinais digitalizados. A Universidade de Colúmbia e mais oito empresas (Fujitsu, General Instrument, Lucent, Matsushita, Mitsubishi, Philips e Scientific-Atlanta) agruparam 27 patentes relacionadas à tecnologia, criando uma nova sociedade – MPEG LA – para atuar como administradora dos licenciamentos. O arranjo foi aprovado pelo *Department of Justice* dos EUA em 1997, o qual considerou importantes para a decisão os efeitos pró-competitivos da integração de invenções complementares, bem como a adoção de certas salvaguardas estruturais. Em relação a esse último ponto, merece destaque a previsão de que o *pool* é aberto, mas a inclusão ou retirada de uma patente deve se dar segundo o critério de sua “essencialidade” à tecnologia MPEG-2, o que é aferido por um perito independente. Já no ano de 2002, o *pool* contava com 525 patentes, de 22 detentores diferentes. Modelo semelhante foi adotado nos *pools* da tecnologia DVD. Ver COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 58-61; HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 31-33 e LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004, p. 97-98.

<sup>89</sup>Atualmente, existem dois *pools* que reúnem as patentes necessárias à exploração da tecnologia de DVD. Formado em 1998, o primeiro deles foi estruturado por meio de acordos bilaterais da Sony e da Pioneer com a Phillips, a qual licencia suas próprias patentes em conjunto com aquelas das outras duas companhias. O segundo foi constituído em 1999 e congrega as patentes das empresas Toshiba, Time Warner, Matsushita, Hitachi, JVC e Mitsubishi, atuando a primeira como licenciante comum do grupo. Em relação à tecnologia DVD, portanto, não se tem um verdadeiro “one-stop shop”, mas um “two-stop shop”. Todavia, conforme o entendimento do *Department of Justice* dos EUA, o arranjo ainda assim reduz significativamente os custos de transação, pois os agentes econômicos interessados na tecnologia precisam negociar apenas com os dois *pools*, e não mais com nove empresas, separadamente. Ver COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 61-63. O *pool* 3C já foi analisado pelo SBDC, na Averiguação Preliminar N° 08012.001315/2007-21, iniciada após representação das empresas CCE e Gradiente. Estas alegaram, entre outras coisas, que as participantes do *pool* teriam praticando venda-casada ao incluírem no arranjo conhecimentos e direitos não-relacionados à tecnologia DVD, o que caracterizaria abuso de posição dominante e de direitos de propriedade intelectual. Entretanto, em maio de 2009, entendendo inexistirem indícios de infração à ordem econômica, o Cade determinou o arquivamento da Averiguação Preliminar.

<sup>90</sup>Ou “clearing blocking positions”, na expressão consagrada nas diretrizes estadunidenses para o licenciamento de propriedade intelectual (“*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*”), de 1995.

defendem acordos de *pool* levados a juízo com base nessa possibilidade desde, pelo menos, o famoso caso *Standard Oil*<sup>91</sup>.

#### 4.6. Redução dos gastos com litígios e atenuação do holdup

Por fim, *pools* podem reduzir gastos com litígios e atenuar o problema do *holdup*. Se forem “empacotadas” todas ou, pelo menos, boa parte das patentes necessárias à utilização de determinada tecnologia, aqueles que a exploram ou utilizam correrão menos riscos de infringir alguma patente no desempenho de suas atividades. Além disso, um *pool* pode ser formado com a intenção de se por fim a um litígio atual ou iminente, o que evita os altos gastos com o processo e reduz a incerteza quanto ao desfecho do conflito<sup>92-93</sup>. Nesse caso, sustenta-se ainda que haveria diminuição da incerteza quanto ao escopo das patentes<sup>94</sup>. Steven Carlson, após por em relevo as dificuldades relativas à interpretação de reivindicações de patentes, explica: “Pondo fim a um litígio por meio da criação de um *pool* ou de um licenciamento cruzado, detentores de patentes podem evitar a **adivinhação** relacionada ao escopo de seus direitos de propriedade intelectual”<sup>95</sup>.

Entretanto, consórcios de patentes podem trazer não apenas soluções às disfunções do sistema de propriedade intelectual, mas também ameaças à dinâmica concorrencial, motivo pelo qual a questão passa a ser de interesse do Direito da Concorrência.

### 5. Pools de patentes: um novo problema?

Apesar de todo o potencial dos consórcios de patentes no tocante à mitigação da tragédia dos anticomuns, sua formação pode ter efeitos anti-competitivos. Mais do que isso, *pools* podem ser – ao invés de um instrumento para o rompimento do “emaranhado” de patentes – um meio de se orquestrar colusão e estratégias anticompetitivas<sup>96</sup>, conforme explicado nos próximos parágrafos.

<sup>91</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 25.

<sup>92</sup>CARLSON, Steven C. *Patent Pools and the Antitrust Dilemma*, p. 380

<sup>93</sup>O juiz pode, por exemplo, declarar a invalidade de uma ou de ambas as patentes.

<sup>94</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 32.

<sup>95</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “By resolving patent disputes through a patent pool or cross-licensing arrangement, patentees can avoid the guesswork related to the scope of their intellectual property rights.” CARLSON, Steven C. *Patent Pools and the Antitrust Dilemma*, p. 381.

<sup>96</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 33

### **5.1. Pools de patentes substitutas e supressão da competição**

Como visto, *pools* podem ter efeitos benéficos quando congregam patentes complementares ou bloqueantes. No entanto, a situação é completamente distinta quando as patentes reunidas são substitutas (*competing patents* ou *substitute patents*) – ou seja, quando as patentes se referem a produtos ou processos que são vistos como concorrentes (substitutos) no mercado. O agrupamento de patentes substitutas, como se bloqueantes ou complementares fossem, pode eliminar a competição entre seus detentores. O *pool* pode, então, servir como um mecanismo de fixação de preços, aumentando o valor cobrado pelos produtos ou serviços que utilizam suas patentes<sup>97</sup>. É por essa razão que tem ganhado espaço a noção de “*essencialidade*” das patentes envolvidas, principalmente após os *pools* dos padrões MPEG-2 e DVD. Assim, se o *pool* inclui apenas as patentes essenciais – complementares e bloqueantes – à exploração de determinada tecnologia, sua formação deve ser permitida. No entanto, enquadrar as patentes nessas categorias não é uma tarefa fácil<sup>98</sup> e esses “rótulos”, apesar de serem úteis em alguns casos, podem também ser simplificadores e levar a erros<sup>99</sup>.

### **5.2. Proteção de patentes inválidas**

Um segundo perigo é o *pool* proteger patentes inválidas. As chances de isso ocorrer são particularmente altas quando o *pool* é criado como solução a um litígio e a outra parte é um dos únicos agentes econômicos suficientemente interessados em questionar a patente em juízo. O problema é grave porque, uma vez que uma patente é integrada ao *pool*, os membros deste passam a ter menos incentivos em buscar a declaração de invalidade do direito de propriedade intelectual. O mesmo ocorre com terceiros que celebram contratos de licenciamento com o *pool*, pois correrão o risco de ver prejudicadas suas relações com a

---

<sup>97</sup>O caso do *pool* formado pelas empresas *Summit Technology, Inc. e VisX, Inc.*, julgado nos EUA, ilustra bem esse problema. As duas empresas, possuindo patentes de tecnologias concorrentes de *laser* para cirurgias de correção de vista, cederam-nas a uma nova sociedade – *Pillar Point Partners* –, criada especificamente para esse fim. As partes acordaram em pagar, ao *pool*, um valor de 250 dólares cada vez que um cirurgião realizasse um procedimento utilizando alguma das tecnologias. A *Federal Trade Commission* entendeu que o acordo constituía um mecanismo de fixação de preços. Além disso, sustentou que na ausência do *pool* as empresas teriam competido, tanto no mercado de equipamentos cirúrgicos quanto no mercado de licenciamento das patentes. Ver HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 20-22

<sup>98</sup>Mark Janis destaca o fato de ainda não existirem critérios definidos para se classificar patentes como bloqueantes. O bloqueio deve ser literal (depreendido dos termos das reivindicações) ou comercial (no sentido de que não há outra alternativa economicamente viável)? Além disso, patentes que hoje são essenciais podem, em razão da evolução tecnológica, deixar de sê-lo no futuro. JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005, p. 12-34.

<sup>99</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 6.

organização. Além disso, pode ser mais custoso e difícil litigar contra um grande *pool*, estruturado e cioso de seus lucros<sup>100</sup>. Como consequência, aumentam as chances de se pagar por informação que deveria estar em domínio público<sup>101</sup>, aumentando indevidamente a ineficiência estática própria do sistema de patentes.

### 5.3. Tying

Ademais, o próprio “empacotamento” das patentes, com oferecimento de um licenciamento único pode dar margens a práticas de *tying*: o *pool* (ou seus membros), detentor de poder de mercado, impõe àqueles que desejam utilizar algumas de suas patentes a obrigação de pagarem pelo licenciamento de outras<sup>102-103</sup>. Quanto a isso, merecem especial atenção contratos de agrupamento de patentes que incluem cláusulas proibindo os membros de licenciarem seus direitos de propriedade intelectual de forma independente. Na verdade, pode ocorrer *tying* mesmo não havendo vedação a licenciamentos individuais, desde os preços efetivamente exigidos sejam desproporcionais, tornando a opção inviável. O problema se torna ainda mais grave quando somado ao das patentes inválidas: o *pool* pode não apenas protegê-las de litígios como pode também ser uma arma para se exigir o pagamento dos respectivos (e indevidos) *royalties*.

### 5.4. Barreiras à entrada

Soma-se ao exposto o fato de *pools* potencialmente constituírem barreiras à entrada – mesmo em caso de patentes complementares. Imagine-se, por exemplo, a situação de um não-membro que desenvolve uma nova tecnologia, aperfeiçoando uma tecnologia prévia cujas patentes são controladas por um *pool*. Esse inovador possivelmente não será capaz de explorar sua invenção sem um mínimo de cooperação dos membros do consórcio de patentes e, assim, provavelmente enfrentará dificuldades ao tentar convencer estes a se reestruturarem para a adoção da nova tecnologia<sup>104</sup>. Como apontado por Calixto Salomão Filho:

---

<sup>100</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 386-87

<sup>101</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 34.

<sup>102</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 20-22.

<sup>103</sup>Isso não ocorreria em um *pool* que abrigasse apenas “patentes essenciais”: não seria possível se falar em coação, uma vez que ninguém teria interesse em apenas parte do pacote. CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 386-387. No entanto, como já explicado, a análise das relações tecnológicas entre as patentes oferece complicações.

<sup>104</sup>SCOTCHMER, Suzanne. *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT, 2004, p. 178.



Os acordos entre detentores de patentes de certa indústria, na medida em que reúnem todo o progresso tecnológico e, sobretudo, reúnem os detentores do maior potencial de progresso tecnológico do mercado, representam importantíssima barreira à entrada de novas empresas. Assim, setores em que as patentes têm importância estratégica (como o setor químico e farmacêutico, por exemplo) requerem particular atenção dos órgãos de controle concorrencial<sup>105</sup>.

Em casos como esse, levantam-se barreiras à entrada e, com elas, sérias preocupações. Como explica Paula Forgioni, na presença de barreiras à entrada, o agente econômico (no caso, o membros do *pool*) pode se valer de sua posição dominante, aumentando seus lucros excessivamente sem que tal posição seja ameaçada<sup>106</sup>.

### **5.5. Pools como estruturas que facilitam comportamentos colusivos**

Finalmente, consórcios de patentes podem facilitar a colusão. Como eles estabelecem certos canais de comunicação entre os detentores de patentes, há a facilitação de troca de informações referentes a futuros preços e quantidades, ainda que de maneira informal. De acordo com Massimo Motta, esse tipo de comunicação auxilia as empresas a se coordenarem para a manutenção de um equilíbrio que lhes seja mais vantajoso<sup>107</sup>. Além disso, cláusulas do contrato de criação do *pool* e/ou dos contratos de licenciamento podem estabelecer mecanismos de fixação de preço e de restrição de produção que contribuem para que se alcance e mantenha esse equilíbrio.

Como se pode ver, consórcios de patentes constituem importante ponto de interseção entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial. De um lado, os detentores de patentes, em sua liberdade negocial, podem constituir *pools* como forma de organizar a exploração de seus direitos de propriedade intelectual e de contornar as dificuldades que caracterizam certos mercados, com isso objetivando licitamente tirar maior proveito *daquilo que a própria lei lhes confere*. De outro, esses mesmos direitos legalmente garantidos podem ser utilizados para supressão da dinâmica concorrencial e a obtenção de retornos distintos, que vão além daqueles previstos pelo sistema de propriedade intelectual. Diante disso, surge a necessidade de se compreender melhor a relação entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual.

---

<sup>105</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 7, jul./set. 2004, p. 43.

<sup>106</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 276

<sup>107</sup>MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. New York: Cambridge University, 2004, p. 153-154.

## 6. A interface entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial

Apesar de não ser novidade em outras jurisdições, a interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência ainda não mereceu atenção proporcional a sua real importância por parte da literatura nacional. Conforme aponta Barbara Rosenberg, essa “aparente falta de interesse” pode ter como razões o fato de a aplicação moderna de ambos os ramos do Direito ser relativamente recente no Brasil, bem como a própria situação de desenvolvimento econômico do País<sup>108</sup>. De todo modo, à medida que o Brasil se insere na chamada “nova economia”, a questão tende a assumir papel de crescente destaque.

As relações entre o concorrência e propriedade intelectual chamam a atenção em razão de um aparente *paradoxo*.

O Direito Concorrencial vê com maus olhos poder de mercado e monopólios, pois resultam não só em maiores preços, como também em diminuição da oferta, o que tem por efeito o chamado “peso morto” ou “*deadweight loss*”. Além disso, monopólios reduzem as opções de escolha do consumidor<sup>109</sup>, tendem a ser menos eficientes e, protegidos da pressão concorrencial, têm menos incentivos a inovar<sup>110</sup>.

Apesar de atualmente também demonstrar, em alguma medida, preocupações com a eficiência dinâmica<sup>111</sup>, o Direito Concorrencial dá *maior destaque à eficiência estática*, focando no curto prazo, promovendo práticas que tendem a reduzir os preços ao custo, eliminando lucros excessivos da economia e estimulando a entrada de competidores<sup>112</sup>. O Antitruste, portanto, busca defender a competição de mercado, com o objetivo de evitar os problemas descritos no parágrafo anterior e assim aumentar o bem-estar social<sup>113</sup>.

Por outro lado, como visto no capítulo 2 desta obra, o Direito da Propriedade Intelectual confere “direitos de exclusivo” (ou “monopólios temporários”) permitindo assim

<sup>108</sup>ROSENBEG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p.169-170

<sup>109</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 6. Sobre a possibilidade de escolha como um valor concorrencial, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25-29.

<sup>110</sup>MOTTA, Massimo. *Competition Policy*, p. 39-58.

<sup>111</sup>O Direito Concorrencial atualmente tem alguma abertura a preocupações referentes ao bem-estar social no longo prazo e reconhece que o poder de mercado não é maléfico *per se*, podendo a expectativa de sua obtenção funcionar como incentivo à inovação. Ver MOTTA, Massimo. *Competition Policy*, p. 55-58 e COTTER, Thomas F. *The Precompetitive Interest in Intellectual Property Law*. 2005, p. 7.

<sup>112</sup>HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust Interface*. 2008, p. 1979. Ver também LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, p. 85

<sup>113</sup>Na verdade, existe grande discussão sobre os objetivos do Direito Concorrencial. O que se apresentou aqui foi uma simplificação, suficiente para os propósitos deste trabalho. Para maior aprofundamento, ver FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 159-192.

que seus titulares criem uma escassez artificial da informação protegida e consigam cobrar preços supra-competitivos. O objetivo é contornar as falhas de mercado que caracterizam a informação e proporcionar incentivos à atividade criativa, dando-se maior peso à eficiência dinâmica.

Fica então evidente o suposto paradoxo: o Direito Concorrencial defende a *competição*, ao passo que o Direito da Propriedade Intelectual é baseado na ideia de *exclusão*<sup>114</sup>. De uma maneira simplista: o primeiro combate monopólios; o segundo além de protegê-los, confere títulos legais para seu exercício.

Na verdade, essa colisão de objetivos reflete o *trade-off* entre acesso e incentivo apresentado no capítulo 2. A história da relação entre proteção a bens intelectuais e normas concorrenciais pode então ser vista como uma tentativa de calibrar e recalibrar esse *trade-off* e assim encontrar o ponto ideal entre os valores internos de cada um dos sistemas<sup>115</sup>.

Desse conflito que se dá no plano abstrato, surgem algumas dificuldades práticas. De um lado, a prevalência pouco criteriosa do Direito da Propriedade Intelectual sobre o Direito da Concorrência pode imunizar condutas e concentrações anticompetitivas ao escrutínio antitruste. Já na situação inversa, uma aplicação firme - mas irrefletida - do Direito Concorrencial pode minar os incentivos que a propriedade intelectual busca proporcionar.

A questão foi objeto de análise por diversos autores e várias tentativas de harmonização foram propostas. Alguns desses entendimentos serão expostos na sequência.

### **6.1. A corrente majoritária: complementariedade e o “fim comum”**

Atualmente, a tese mais difundida<sup>116</sup> é aquela segundo a qual, em última análise, o Direito da Concorrência e o Direito da Propriedade Intelectual seriam esforços complementares para a promoção de um mercado eficiente e, no longo prazo, de competição dinâmica por meio de inovação. Sob essa perspectiva, ambos compartilhariam o mesmo fim: maximizar a riqueza por meio da produção daquilo que os consumidores desejam, ao menor

---

<sup>114</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 25.

<sup>115</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 842.

<sup>116</sup>Ver, por exemplo, LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*; HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 1, p. 1-17; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p.82-87; HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise*, p. 255; ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico, p. 270; ROSENBERG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p.170-178.

preço<sup>117</sup>, o que seria obtido por meio do equilíbrio perfeito entre concorrência e proteção à inovação<sup>118</sup>.

Na literatura nacional, esse é o entendimento de Barbara Rosenberg, segundo a qual, apesar da tensão entre os sistemas, suas finalidades são complementares no tocante ao estímulo à inovação, empreendimento e concorrência. Por esse motivo, “[...] o direito patentário e o concorrencial perseguem a promoção do bem-estar social, ainda que por meios diversos”<sup>119</sup>. Segundo a autora citada, em razão da existência desse “denominador comum”, não haveria conflito normativo no plano da legislação ordinária – entre a Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) e a Lei de Defesa da Concorrência (à época, Lei n. 8.884/94; atualmente, Lei n. 12.529/11) -, nem no plano constitucional – entre o art. 173, §4º e o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Nas palavras de Barbara Rosenberg:

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

Mesmo que não expressamente contida no texto constitucional, pode-se afirmar que a adoção de um regime de livre-iniciativa e de livre concorrência também tem como um dos seus fundamentos de legitimidade a promoção do incentivo à inovação, por meio dos processos inerentes aos mecanismos de concorrência. No mesmo sentido, a repressão ao “abuso do poder econômico” visa a preservar o processo competitivo e, assim, possibilitar a manutenção dos benefícios gerados pelo processo competitivo entre as empresas, entre os quais a própria inovação<sup>120</sup>.

Como fica bastante claro em artigo de Mark Lemley<sup>121</sup> e na obra de François Lévêque e Yann Ménière<sup>122</sup>, essa conclusão - de que entre as normas concorrenciais e o sistema de propriedade intelectual não haveria conflito, mas complementariedade - é baseada em duas premissas.

---

<sup>117</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 12.

<sup>118</sup>Segundo Herbert Hovenkamp, apenas não seria assim quando os sistemas agem de forma míope, com o Direito Concorrencial buscando sempre mais competição e o Direito da Propriedade Intelectual sempre querendo conferir maior proteção ao “direito de excluir”. Portanto, segundo o autor, o conflito seria ilusório, em sua maior parte. A única exceção seriam acordos horizontais de licenciamento de patentes. Nesses casos, o conflito seria real porque sérios resultados anticompetitivos são possíveis e, simultaneamente, há importantes direitos de propriedade intelectual que devem ser levados em consideração. Merece destaque, no presente trabalho, o fato de *pools* de patentes poderem ser reconduzidos a essa categoria. HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*, p. 255-259.

<sup>119</sup>ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico, p. 270.

<sup>120</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.175.

<sup>121</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*.

<sup>122</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*.

A primeira delas consiste no fato de o Direito Concorrencial não punir o monopólio em si, mas apenas vedar condutas anticompetitivas que visem à obtenção ou manutenção do poder de mercado<sup>123</sup>, Já a segunda é a assunção de que direitos de propriedade intelectual não conferem necessariamente poder de mercado. Isso porque, de acordo com aqueles autores, haveria uma diferença entre, de um lado, o poder de mercado objeto das preocupações concorrenciais e, de outro, a capacidade do detentor de uma patente de cobrar preços supracompetitivos. Esta capacidade existiria em razão da diferenciação de produtos, que seria facilitada pela propriedade intelectual. Todavia, segundo Lévêque e Ménière, mesmo com essa diferenciação haveria certo grau de substituição entre os bens protegidos, de forma que o mercado, sob o ponto de vista da análise antitruste, geralmente seria maior do que o mercado para um único processo, obra ou invenção<sup>124</sup>. A insulina humana, por exemplo, pode ser produzida por meio de enzimas que eliminam um aminoácido da insulina suína ou por bactérias geneticamente modificadas; todavia, nenhuma das patentes sobre esses processos conferiu poder de mercado a seus detentores – *Novo* e *Gentech*<sup>125</sup>.

Seria regra, por conseguinte, a competição *entre* produtos ou processos patenteados, de forma que a aplicação do chamado “teste do monopolista hipotético” demonstraria que um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preço de um produto ou processo levaria a um aumento no consumo dos demais<sup>126</sup>.

Entretanto, mesmo os autores que buscam solucionar o conflito dessa forma chamam atenção para o fato de que, apesar da complementariedade, na prática - isto é, no plano da aplicação do direito - podem existir atritos entre concorrência e propriedade intelectual<sup>127</sup>. Nestes casos, as autoridades deverão “identificar, no contexto da análise dos efeitos competitivos da prática, a *tênue linha* que divide a *legítima proteção* da invenção industrial do *uso abusivo* dessa proteção”<sup>128</sup>, reconhecendo que patentes limitam, de certa forma, o alcance

---

<sup>123</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 11; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 83.

<sup>124</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 10.

<sup>125</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 9.

Mark Lemley ilustra com romances policiais: praticamente todos são protegidos por direitos autorais, mas não pareceria razoável alegar que um autor específico detém monopólio em um mercado relevante. LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 11.

Barbara Rosenberg também dá exemplo hipotético semelhante, no setor farmacêutico. ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.184-185.

<sup>126</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.185.

<sup>127</sup>Nas palavras de Barbara Rosenberg, “a tradução da complementariedade normativa em práxis de aplicação do direito é que se mostra complexa, e não a própria complementariedade.” ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.178.

<sup>128</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.178. Grifo nosso.

das normas concorrenciais, ao mesmo tempo que o Direito da Concorrência restringe aquilo que um detentor de direitos de propriedade intelectual pode fazer, principalmente no que diz respeito a tentativas de *expandir* o escopo desses direitos<sup>129</sup>. Em outras palavras, não basta reconhecer a complementariedade e um “fim comum”: ainda existe um equilíbrio a ser atingido e diferentes opiniões sobre sua real localização podem gerar conflitos e incerteza.

Apesar dessa “insuficiência”, o entendimento majoritário tem o mérito de pôr em relevo a inexistência de uma relação de exclusão entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual. Com efeito, ao contrário do que já foi amplamente aceito pelos tribunais estadunidenses nas primeiras décadas após a promulgação do *Sherman Act*<sup>130</sup>, direitos de propriedade intelectual têm orientação publicística e não constituem esfera impenetrável pelo Direito da Concorrência. Nesse sentido, é bastante elucidativa a lição de Calixto Salomão Filho, para quem o moderno direito industrial – marcas e patentes –, por ser construído sobre “princípios concorrenciais institucionais”, é campo no qual estes têm particular incidência, de forma que o Direito da Propriedade Intelectual, ao invés de representar exceção à aplicação do Antitruste, é caso especial de sua aplicação<sup>131</sup>.

## 6.2. A posição de Dina Kallay: ênfase nos aspectos dinâmicos da concorrência

A partir da referida insuficiência do reconhecimento de complementariedade e de um “fim comum”, Dina Kallay elabora sua crítica e defende outro ponto de vista sobre o suposto paradoxo entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Segundo ela, o “fim comum” proposto seria excessivamente amplo e impreciso<sup>132</sup>. Na verdade, no plano abstrato inexistiria conflito, não em razão da complementariedade, mas simplesmente porque Direito Concorrencial e Direito de Propriedade Intelectual buscam resolver *problemas em territórios diferentes*. Enquanto este visa solucionar a questão da informação como bem público; aquele se concentra nas falhas de competição, condutas anticompetitivas, colusão e poder de mercado<sup>133</sup>. Contudo, Kallay também admite que, na prática, os sistemas muitas vezes colidem entre si, em razão de o Direito Concorrencial seguir muito estritamente a Escola de Chicago, menosprezando aspectos dinâmicos da competição, como

<sup>129</sup> LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 13-14.

<sup>130</sup> Ver KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 843-845.

<sup>131</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público*, p. 33-44.

<sup>132</sup> KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 10-11.

<sup>133</sup> KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 15.

empreendedorismo e inovação<sup>134-135</sup>. A principal contribuição de Kallay, portanto, é destacar a necessidade de maior valorização da concorrência dinâmica na análise antitruste e de uma melhor compreensão da competição *pela* inovação.

### **6.3. A crítica de Ariel Katz: poder de mercado como consequência da concessão de direitos de propriedade intelectual**

Por fim, merece menção uma terceira perspectiva sobre a interface Direito da Concorrência-Direito da Propriedade Intelectual, que ataca uma das premissas sobre a qual se baseiam os proponentes da tese da complementariedade e do fim comum. De acordo com esse terceiro entendimento, proposto por Ariel Katz, não seria correta a afirmação de que propriedade intelectual não gera poder de mercado. Isso porque o objetivo da proteção aos bens intelectuais é justamente permitir que os detentores de direitos cobrem preços *substancialmente superiores ao custo marginal* da informação, o que coincide com a definição de “poder de mercado” da teoria antitruste<sup>136</sup>.

De acordo com Katz, seria inconsistente com os princípios do sistema de propriedade intelectual o argumento defendido por Lemley, Lévêque e Ménière, segundo o qual a existência de substitutos impossibilitaria grandes diferenças entre preço e custo marginal. De fato, entendendo-se que o Direito de Propriedade Intelectual é necessário (e efetivo) para que não haja imitação e os preços sejam mantidos em níveis *supra-competitivos*, seria contraditório assumir que estes não serão muito elevados porque existem muitos substitutos próximos<sup>137</sup>.

Na verdade, o que se verifica na prática é uma grande diferença entre os custos de reprodução de invenções e criações e os preços praticados, o que se dá em razão de tais custos serem muito baixos, aproximando-se de zero<sup>138</sup>. Além disso, em razão dos riscos relacionados

---

<sup>134</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 17-27.

<sup>135</sup>Sobre as diferenças entre concorrência perfeita, concorrência monopolística e concorrência schumpeteriana e as razões de muitos mercados em que propriedade intelectual desempenha papel importante serem caracterizados por este último modelo, ver KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 852-855. Em sentido contrário, BOLDRIN et al., *Competition and Innovation*, p. 9-15.

<sup>136</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 852-855.

<sup>137</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 856.

<sup>138</sup>Esse resultado pode ser alcançado por meio do *Lerner Index*, índice utilizado na quantificação do poder de mercado. Em sua formulação mais simples, tem-se que  $L = (P-MC)/P$ , em que  $P$  é o nível ótimo de oferta de uma empresa maximizadora de lucro e  $MC$  o custo marginal nesse nível.  $L$  pode atingir valores que variam de zero (em concorrência perfeita, quando  $P = MC$ ) a um – quando  $P$  se aproxima do infinito ou quando o custo marginal se aproxima de zero. Como este último caso caracteriza muitas situações envolvendo propriedade intelectual,  $L$  será sempre um valor que se aproxima do mais alto possível, independentemente do preço cobrado (desde que superior a zero). Assim, em razão do baixo custo marginal, qualquer preço positivo será

à atividade inventiva, cobrar preços idênticos ao custo marginal não seria uma estratégia viável. Para que uma empresa decida inovar e entrar em determinado mercado, deve nutrir expectativas de, no futuro, poder cobrar preços que excedam *muitas vezes* o custo marginal do produto, pois apenas assim poderá amortizar o investimento feito<sup>139</sup>.

A partir disso, Ariel Katz conclui que o Direito da Concorrência não colide com o Direito da Propriedade Intelectual *apesar* de direitos de propriedade intelectual geralmente conferirem poder de mercado, e não *porque* eles *não* o fazem. O conflito não existiria porque o Direito Concorrencial não deve ter como maior preocupação a existência de poder de mercado em si, devendo sim focar na mudança de poder de mercado que determinada prática ocasiona e nos respectivos impactos no bem-estar social<sup>140</sup>.

Nesse ponto, ao menos em certa medida, não parece que a conclusão de Katz seja tão distinta daquela a que chegam os proponentes da primeira corrente aqui apresentada. Como visto, estes sugerem que o Direito da Concorrência deve prestar especial atenção aos casos em que o detentor busca *expandir* o escopo de seus direitos de propriedade intelectual – o que parece estar no mínimo relacionado a mudanças no poder de mercado pré-existente.

## 7. Conclusão

Como se buscou demonstrar neste trabalho, *pools* de patentes são arranjos que podem trazer graves ameaças à concorrência, ao mesmo tempo em que envolvem importantes direitos de propriedade intelectual, conferidos pela lei a seus titulares. Por esse motivo, merecem tratamento cuidadoso. Considerando ainda as dificuldades trazidas pela “tragédia dos anticomuns”, percebe-se o quão perigosa pode ser uma relação desequilibrada entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual no que tange à regulação dos *pools* de patentes.

Se a balança pender para um lado, o que se tem é a utilização de *pools* para proteger patentes inválidas, cartelizar indústria e imunizar arranjos anticompetitivos ao escrutínio do Antitruste.

Já se a balança se inclinar em outra direção, em nome da competição se sacrificam todas as virtuosidades dos arranjos de *patent pooling* e o resultado é um sistema de patentes

---

substancialmente superior ao preço competitivo (entendido este como igual ao custo marginal). KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 857.

<sup>139</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 857-860.

<sup>140</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 842 e p. 880-887.



disfuncional, com queda na produção e no aproveitamento de informação, impactos negativos no ambiente de negócios e estagnação tecnológica<sup>141</sup>.

A harmonização entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual na disciplina dos *pools* de patentes, portanto, é de extrema importância. É essencial tanto ao progresso econômico e à atividade empresarial, quanto ao desenvolvimento e à difusão de tecnologias, bens e processos capazes de aumentar a qualidade de vida da população.

Em se tratando de *pools* de patentes, a doutrina e a jurisprudência já puseram em destaque os principais pontos de tensão, que devem ser analisados com maior cautela. Ademais, apesar de ainda serem necessários maiores estudos sobre a interface entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual – principalmente para uma melhor análise antitruste da dimensão dinâmica da concorrência -, parece haver algum consenso de que o primeiro, deparando-se com a proteção conferida pelo segundo, deve se concentrar na alteração de poder de mercado e em tentativas de expansão do escopo dos direitos de propriedade intelectual.

## 8. Referências bibliográficas

BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual – Introdução à Propriedade Intelectual como Informação. São Paulo: Elsevier, 2008

BENKLER, Yochai. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. New Haven: Yale University, 2006. Disponível em: <[http://www.benkler.org/Benkler\\_Wealth\\_Of\\_Networks.pdf](http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2013

BESSEN, James ; FORD, Jennifer ; MEURER Michael J. The Private and Social Costs of Patent Trolls: Do Nonpracticing Entities Benefit Society by Facilitating Markets For Technology? *Regulation*, Boston, v. 34, n. 4, p. 26-35, inverno 2011-2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982139)>. Acesso em: 17 fev 2013

BOLDRIN, Michele et al. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*, Washington, v. 1, p. 2-49, 2011. Disponível em: <<http://www.dklevine.com/papers/cato-ppp-boldrin.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013

CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 16, p. 359-399, 1999

---

<sup>141</sup> Foi o que ocorreu nos Estados Unidos na década de 70, com a chamada “*Nine No-no’s Policy*”, que considerava muitas práticas de licenciamento ilícitas *per se*, não levando em conta eventuais efeitos pró-competitivos. A “*Nine No-no’s Policy*” se fundava em dois entendimentos que vigoravam na época, segundo os quais: (i) direitos de propriedade intelectual confeririam automaticamente poder de mercado; (ii) restrições impostas por detentores de patentes em licenciamentos *seriam sempre anticompetitivas*. Essa orientação passou a ser questionada com a introdução da análise econômica e foi abandonada já na década de 1980. COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 37-38. KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p.845-846.

CARRIER, Michael A. Innovation for the 21st Century – *Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*. 2009. Kindle E-Book.

\_\_\_\_\_. Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 56, p. 101-165, 2003

COLANGELO, Giuseppe. Avoiding the Tragedy of the Anticommons: *Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=523122](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=523122)>. Acesso em: 16 fev. 2013

COTTER, Thomas F. The Precompetitive Interest in Intellectual Property Law. 2005. 96 p. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=870307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870307)>. Acesso em: 19 fev. 2013

FISHER, William W. Theories of intellectual property. in MUNZER, Stephen (org.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University, 2001. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

GILBERT, Richard. Ties That Bind: Policies to Promote (Good) Patent Pools. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, 2010. Disponível em: <[http://works.bepress.com/richard\\_gilbert/23/](http://works.bepress.com/richard_gilbert/23/)>. Acesso em: 18 fev. 2013

GLEICK, James. Patently Absurd. *New York Times Magazine*, New York, p. 44-49, 12 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2000/03/12/magazine/patently-absurd.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 16 fev. 2013

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, New York, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1724745?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21100857422071>>. Acesso em: 16 fev. 2013

HELLER, Michael A. The Gridlock Economy. New York: Basic Books, 2008

\_\_\_\_\_. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, Cambridge v. 111, n. 3, p. 621-688, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1342203?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21100857422071>>. Acesso em: 18 fev. 2013

HELLER, Michael A. ; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, New York, v. 280, n. 5364, p. 698-701, mai. 1998. Disponível em: <[http://www.law.upenn.edu/blogs/polk/property/2011f\\_materials/class07\\_supplement.pdf](http://www.law.upenn.edu/blogs/polk/property/2011f_materials/class07_supplement.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2013

HOVENKAMP, Herbert. Innovation and the Domain of Competition Policy. 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1091488](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091488)>. Acesso em: 18 fev. 2013

HOVENKAMP et al. IP and Antitrust: *An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. New York: Aspen, 2011

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005

- \_\_\_\_\_. The Intellectual Property-Antitrust Interface. 2008. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1287628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628)>. Acesso em: 19 fev. 2013
- JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=715045>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*. Northampton: Edward Elgar, 2004
- KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702462)>. Acesso em: 16 fev. 2013
- KELLEY, Rob. BlackBerry maker, NTP ink \$612 million settlement: Research in Motion averts shutdown of wireless e-mail service, announces fourth-quarter warning. *CNNMoney.com*, 3 mar. 2006. Disponível em:  
<[http://money.cnn.com/2006/03/03/technology/rimm\\_ntp/](http://money.cnn.com/2006/03/03/technology/rimm_ntp/)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Belknap, 2003
- LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=980045>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, p. 1992-2048, 2007
- \_\_\_\_\_. Probabilistic Patents, 2004. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=567883](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=567883)>. Acesso em: 27 fev. 2013
- LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=1133834>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- \_\_\_\_\_. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=642622](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=642622)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MAGLIOCCA, Gerard N. *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*. 2007. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=921252](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921252)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999. Disponível em:  
<<https://2048.berkeley.edu/files/pools.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. New York: Cambridge University, 2004 (impressão 2009)
- NUNES, Simone Lahorgue. *Direito Autoral e Direito Antitruste*. São Paulo: Elsevier, 2012
- PARLOFF, Roger. BlackBerry held hostage: RIM's patent trials (ant tribulations) show how 'patent trolls' can shut companies down: analysis. *CNNMoney.com*, 29 nov. 2005. Disponível em:

<[http://money.cnn.com/2005/11/28/technology/blackberry\\_fortune\\_121205/index.htm](http://money.cnn.com/2005/11/28/technology/blackberry_fortune_121205/index.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução por Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010

POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica S. G.; CÉSAR, Priscilla M. D. G. “Propriedade intelectual: potencialidades e fragilidades do ambiente jurídico-institucional brasileiro para a inovação” in TRUBEK, David M.; SCHAPIRO Mario G. *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, p. 135-190, 2012

REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 16, n. 2, p. 143-166, 2007

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 79, p. 293-354, 2003

RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: Uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2012

ROSENBERG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, pp.169-189

ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005 (impressão 2006)

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007  
\_\_\_\_\_. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 7, p. 29-44, jul./set. 2004

SANDBURG, Brenda. *You May Not Have a Choice: Trolling For Dollars*. 2001. Disponível em: <<http://www.phonetel.com/pdfs/LWTrolls.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013

SCOTCHMER, Suzanne. *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT, 2004

SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*. 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=273550](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=273550)>. Acesso em: 16 fev. 2013

SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=527782](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=527782)>. Acesso em: 16 fev. 2013

ROSINA, Mônica Steffen Guise. *A regulamentação internacional das patentes e sua contribuição para o processo de desenvolvimento do Brasil: análise da produção de novos medicamentos no setor farmacêutico*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15052012-091832/pt-br.php>>. Acesso em: 17 jun. 2012

STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, Durham, v. 57, p. 1693-1724, 2008

\_\_\_\_\_. Knowledge as a Global Public Good. In: KAUL, Inge ; GRUNBERG, Isabelle ; STERN Marc A. (org.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*. New York: Oxford University, p. 308-325, 1999.