

# DOCTRINAS

Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa à livre concorrência – o caso ebay inc. and half.com v. maercexchange, l.l.c.



## OS LIMITES ENTRE O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA – O CASO EBAY INC. AND HALF.COM V. MERCEXCHANGE, L.L.C.

Daniele Nogueira Milani

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB).

Auxiliar de Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura (DISSET) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em Brasília/DF.

E-mail: dnmilani@gmail.com

1. Introdução. 2. Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência: uma abordagem teórica. 3. Estudo comparado: diferenças na legislação brasileira e americana quanto à defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual. 4. O caso eBay Inc. and Half.com Inc. v. MercExchange, L.L.C.: uma análise. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### RESUMO

Nesse artigo, apresentaremos uma análise teórica e jurídica que afasta o antagonismo identificado entre o direito à propriedade intelectual e o direito antitruste. Nossa discussão centra-se na obrigatoriedade de licenciamento de patente por titular ou depositário que não tiver condições econômicas ou interesse de explorar comercialmente suas descobertas, permitindo-nos afirmar que, a legislação de propriedade intelectual, apresenta mecanismos para evitar potencial abuso de poder mercado, que também podem ser observados na legislação antitruste dos países comparados, Brasil e Estados Unidos. Para o caso norte-americano analisado, critica-se decisão judicial por conceder poder discricionário à titular na questão do licenciamento de patente à concorrente infratora, a despeito do caráter punitivo dessa medida.

### ABSTRACT

In this article, we present a theoretical analysis and legal which would lessen the antagonism between the law identified intellectual property and antitrust law. Our discussion focuses on compulsory licensing for patent holder or custodian who has no interest in economic conditions or commercially exploit their discoveries, enabling us to say that the law of intellectual property, has mechanisms to prevent potential abuse of market power, which can also be observed in the antitrust laws of the countries compared, Brazil and the United States. For the U.S. case analyzed, it criticizes court decision to grant discretion to the holder on the issue of patent licensing the infringing competitor, despite the punitive nature of the measure.

**Palavras-chave:** Fundos de Investimentos – Private Equity – Controle de Estrutura – Fundos de Investimento e Concorrência – Riscos à concorrência.

## 1. Introdução

Em função da elevada rivalidade existente entre os ofertantes de serviços de TIC, as inovações tecnológicas ocorrem com grande rapidez e são facilmente incorporadas aos seus produtos e serviços; da mesma forma, os conhecimentos tecnológicos que deram origem às inovações são difundidos com a mesma facilidade com que são incorporados, em função da própria estrutura do setor, permitindo a replicação de uma mesma tecnologia e reprodução por diversas empresas concorrentes nesse mercado com a criação de produtos e serviços substitutos.

As rápidas modificações tecnológicas por que passam esse setor são responsáveis pela estruturação do que hoje os economistas costumam chamar de Economia do Conhecimento que começou a ser desenhada entre 1980 e 1990. Verspagen (2004) define esse status quo como "era da informação", baseada na aplicação das tecnologias da informação e comunicação (TICs) na economia. A introdução dessas tecnologias nas firmas reestruturou as organizações empresariais sistematicamente, aumentando de forma crescente variedade de novas práticas de negócios.

Para garantir que a reserva de mercado produzida por essas inovações não seja tão breve, durando até o momento em que as empresas concorrentes conseguem colocar no mercado bens e serviços substitutos, muitas empresas recorrem à proteção intelectual de suas marcas e soluções tecnológicas por meio de patentes, criando barreiras mais resistentes à entrada de concorrentes nesses mercados. Ocorre, desta forma, o monopólio temporário dos mercados de serviços de TIC, muito embora a situação que promove o aumento do bem-estar social supõe-se ser aquela em que existe a livre concorrência entre os produtores.

A despeito do direito à propriedade intelectual, a defesa da concorrência em mercados de serviços de TICs justifica-se pelo aumento do bem-estar social proporcionado pela elevação da eficiência que ocorre em mercados competitivos; sendo preciso expor os mecanismos pelos quais se identifica as rupturas entre ambos (direito à propriedade intelectual e à defesa da concorrência) e que se dará por meio da análise de um processo real nesse estudo. Também é necessário que a análise de casos antitruste nesse setor, pois podem ajudar as autoridades a criarem familiaridade com litígios em que existe sobreposição dessas duas áreas, que, até então, foram bastante raros no âmbito do CADE<sup>1</sup>, mas tendem a crescer a medida que aumenta a importância do setor de TIC e do uso de suas tecnologias na economia como um todo.

Assim, esse trabalho está dividido em quatro partes, além dessa introdução. Na primeira delas é apresentada uma breve discussão, em abordagem teórica, sobre os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência, buscando responder se é possível conciliar a defesa da concorrência com o direito à propriedade intelectual. Na segunda, realizar-se-á um estudo comparado das legislações brasileira e americana no que tange justamente aos limites entre a defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual. Na terceira seção, será analisado o processo julgado pela Divisão Antitruste da Suprema Corte dos Estados Unidos de uma ação empenhada pelas empresas eBay Inc. and Half.com Inc. contra a MercExchange, L.L.C. por violação intencional da Patente dos EUA nº 5845265, envolvendo a metodologia de comercialização de bens por meio de um dispositivo eletrônico na internet, permitindo-se entender as repercussões da decisão no ambiente concorrencial. Na última parte apresentaremos as considerações finais desse trabalho.

---

<sup>1</sup> Segundo Cueva (2009), p. 134: "Apesar de compreender poucos casos, quase todos relativos a direitos de propriedade intelectual na área de biotecnologia (sementes transgênicas), além de um caso atinente à tecnologia para a produção de cartões de segurança e outros dois sobre software, a jurisprudência do CADE concernente aos efeitos dos licenciamentos de patentes no ambiente competitivo é significativa, por seu apego à regra da razão, e consistente, por procurar evitar danos à concorrência mediante o emprego de remédios fundados no princípio da proporcionalidade, com intensidade mínima necessária a se atingirem os fins colimados."

## 2. Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência – uma abordagem teórica

Segundo a teoria Schumpeteriana, em uma economia capitalista, a concorrência é entendida como um processo de interação entre as empresas que se baseia e reproduz sistematicamente assimetrias de natureza produtiva e tecnológica promovidas por elas, o que implica afirmar que nessa visão a concorrência envolve a criação de diferenças, assim como a eliminação das mesmas, cujo objeto é a geração temporária de lucros de monopólios ou quase-rendas pelas firmas, derivado de um esforço endógeno que resulta em uma concorrência bem-sucedida enquanto a inovação ainda não é bem difundida ou imitada por concorrentes. Esse processo é sintetizado no trecho a seguir:

*“(...) O impacto das inovações — novas técnicas, por exemplo — sobre a estrutura de uma indústria reduz consideravelmente o efeito de longo prazo e a importância de práticas que visam, através da restrição da produção, à conservação de posições tradicionais e à exploração ao máximo dos lucros que nelas se baseiam. (...) A estratégia da restrição produziria apenas um aumento dos lucros às custas dos compradores, exceto nos casos de progresso equilibrado, em que poderia ser ainda o meio mais fácil e eficiente de acumular meios para financiar novos investimentos”. (SCHUMPETER, 1942 [1961], p. 114).*

Esses “novos investimentos” citados por Schumpeter irão depender do grau de apropriação dos lucros derivados de uma vantagem competitiva obtida por uma inovação – ou mesmo, diferenciação produtiva ou tecnológica *a priori* –, que, conseqüentemente, é dependente de fatores que impedem ou dificultam a sua imediata difusão e diluição dessa, destacando-se entre esses: o tempo e o custo de imitação. Esses fatores estão materializados nos direitos de propriedade intelectual, um importante instrumento de concorrência, que aumenta a capacidade de apropriação dos ganhos diferenciais derivados de estratégias competitivas centradas na inovação, o que acaba por incentivar o aumento do financiamento em inovações e, em decorrência disso, o aumento do depósito de patentes.

A criação dessas tem como objetivo criar um sinal distintivo para um produto, serviço ou marca, criando uma representação de satisfação que vai fazer com que os consumidores optem repetidamente pelo consumo desse bem, a despeito de similares, substitutos próximos ou perfeitos, que praticam preços diversos, sobretudo, menores. A patente também tem como intuito estimular o desenvolvimento econômico, social e tecnológico do país por meio da introdução de inovações no mercado, criando um incentivo por meio da proteção jurídica temporária dessa que permite aos criadores serem remunerados pela sua invenção (pagamento de royalties por licenciamento) e reduzindo a substituíbilidade de um bem ao impedir que se criem confusão entre produtores ou entre produtos e serviços, prejudicando a reputação de uma firma.

Em relação ao inventor, que arcou com os custos de P&D e implantação no mercado da inovação, os direitos de propriedade intelectual têm como objetivo recuperar os investimentos realizados. Posner (2005) afirma que os direitos de propriedade intelectual devem permitir que os produtores pratiquem ao menos temporariamente os preços de seus produtos acima do preço marginal a fim de que possam recuperar os custos fixos associados ao investimento realizado, sem que ocorra o acesso de *free riders* a esses mercados. Ainda, com o intuito de que o inventor recupere todos os custos da inovação, a duração de uma

patente que induz um monopólio temporário deve ser igual ao tempo necessário para que as receitas geradas igualem-se aos custos de desenvolvimento e implantação da inovação.

A despeito dos benefícios sociais e econômicos da geração de patentes, pode um produtor, ao exercer seu direito de propriedade lesar o direito antitruste ao conferir um monopólio ainda que temporário ao detentor da patente? A princípio, segundo Kaplow e Shapiro (2007), em uma economia de mercado, sendo permitida a livre entrada de competidores, as firmas irão competir agressivamente pela eliminação das concorrentes, com o intuito de ganhar posição dominante, até que as rivais sejam excluídas; ficando a cargo da firma restante a oferta mais eficiente possível de produtos e serviços nesse mercado relevante, sendo que futuramente essa concorrerá com competidores mais inovadores do que aqueles que foram excluídos, haja vista que não há restrição à entrada de novos produtores. No entanto, a firma cuja posição é dominante no mercado poderá adotar estratégias anticompetitivas, objetivando a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes por meio do controle de preços – *poder de monopólio*.

Complementando a análise exposta acima, Singh (2002) afirma que uma forma de incentivar a produção de inovações em um mercado poderia ser financiada pelo governo, por meio do financiamento de atividades de P&D nas universidades e laboratórios e posterior transferência tecnológica para as empresas, o que evitaria a geração de monopólios temporários; no entanto, esse sistema não seria eficiente, produzindo um nível aquém de pesquisa científica e, conseqüentemente, privando a sociedade do desenvolvimento econômico que essa poderia alcançar caso as patentes fossem dominadas pelas empresas privadas, como sistema de propriedade intelectual que conhecemos.

Sob essa perspectiva econômica de mercado, Basso (2009) observa que direitos de propriedade intelectual não conferem nenhum poder de monopólio, uma vez que a lei cria unicidade suficiente sobre uma criação a fim de se obter exclusividade de gozo de direitos, não concedendo o poder de excluir concorrentes desse mercado. Os direitos de propriedade intelectual não conferem aos seus titulares o controle preços de um mercado, mas o de impedir que se pratiquem a cópia ou a replicação de uma patente sem a autorização do titular, sem que se excluam concorrentes que desenvolvam seus próprios produtos, serviços e marcas substitutas que sejam corretas e leais para competir nesse mercado.

No entanto, é possível que uma característica de criação satisfaça o requisito da unicidade do direito de propriedade e da unicidade de mercado – gerando um monopólio –, apesar de esse último resultado ser independente da conferência ou não de um direito de propriedade. Em legislações antitruste de países avançados, Cueva (2009) afirma que a propriedade intelectual não é identificada imediatamente com a existência de poder de mercado, gerando por si só preocupações concorrenciais, haja vista que, por exemplo, a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual seria limitada pelo aparecimento de produto novo para o qual houvesse demanda; pois, caso não existam justificativas objetivas para a recusa ou se essa recusa de licenciamento tendesse a fechar um mercado secundário, essas condições poderiam ser vetadas em situações típicas do direito da concorrência (atos de concentração e condutas anticompetitivas) quando analisadas pelas autoridades antitruste.

Assim, a restrição do direito de propriedade intelectual pelo direito antitruste depende de uma análise sob o critério da razoabilidade da análise dos efeitos líquidos das questões patentárias em atos de concentração ou conduta. Em Possas e Mello (2009), amplia-se essa discussão ao afirmarem que embora certas condutas ou atos de concentração possam gerar restrições à competição, a contenção da dissipação prematura dos ganhos e incentivos privados à inovação gerariam provavelmente ganhos de eficiência, como o incremento da qualidade de produtos e serviços e o estímulo à difusão dessas inovações, que compensam seus efeitos negativos. Observam que existe um consenso na área de defesa da concorrência que situações anticompetitivas, desde que não incorram em crime, não devem ser proibidas “quando seus eventuais efeitos restritivos forem devidamente compensados pelas eficiências

por eles geradas; do contrário, a aplicação da lei provocaria ineficiências nos mercados e teria um resultado contrário ao interesse social” (POSSAS; MELLO, 2009, p. 11).

Da exposição empreendida, pode-se inferir que o direito de propriedade intelectual cria mecanismos para o ressarcimento do investimento de uma empresa no desenvolvimento de inovações, assim como lhe confere estímulo ao atuar como estratégia competitiva, não sendo ao contrário, especialmente no que tange a esse último quesito, aos objetivos da defesa da concorrência. No entanto, a adoção de algumas estratégias competitivas pautadas em restrições patentárias podem ser identificadas como abuso de poder econômico em situações de atos de concentração ou conduta quando analisados pela autoridade antitruste, que deverá, sob o princípio da razoabilidade, as eficiências líquidas da aplicação ou não de restrições legais ao direito da concorrência cujos dispositivos para o caso brasileiro e norte-americano serão analisados mais atentamente na seção a seguir.

### **3. Estudo comparado – diferenças na legislação brasileira e americana quanto à defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual**

A princípio, pode-se afirmar que as legislações de propriedade intelectual no Brasil e nos Estados Unidos, da mesma forma como os processos para a obtenção de registros de patentes e a resolução judicial de litígios, são bastante semelhantes entre esses países. Essas similaridades, mais do que fruto da cooperação e troca de experiências entre as autoridades competentes desses dois países, são resultado da aderência deles a um tratado internacional: o *Agreements TRIPS* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai no GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), e criou a Organização Mundial do Comércio.

O estabelecimento de um novo acordo internacional, que definiria novos critérios normativos e práticos aos sistemas nacionais de inovação, resulta de pressão internacional firmada pelos Estados Unidos desde 1979, embora só tenha ganhado espaço nas mesas de negociações a partir de 1989 devido à resistência dos países em desenvolvimento contrários à proposta. Esse considerava insuficiente a proteção à propriedade intelectual oferecida pelo Convênio de Paris (esse era o tratado de propriedade intelectual que vigorou até a assinatura do *Agreements TRIPS*). Segundo Gontijo (2005), a proposta dos norte-americanos era a de transferir para o âmbito do GATT essa discussão, esvaziando a atuação do WIPO (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) administradora do Convênio de Paris, com o intuito de reforçar os mecanismos de proteção dos direitos dos titulares atrelando-os às políticas de comércio internacional dos Estados Unidos, conforme trecho a seguir:

*“(...) Sua inclusão foi a culminação de um programa de intenso lobby pelos Estados Unidos, com o apoio da União Européia, Japão e outras nações desenvolvidas. Campanhas de apoio econômico unilaterais sob o Sistema Generalizado de Preferências e coerção dentro da seção 301 das Leis de Comércio tiveram um papel importante em derrotar políticas em oposição que eram favoráveis a países em desenvolvimento, principalmente Coréia e Brasil, mas também Tailândia, Índia e países do Caribe. Em troca, a estratégia dos Estados Unidos de ligar políticas de comércio a padrões de propriedade intelectual (...) mobilizou corporações nos Estados Unidos e fizeram com que a maximização dos privilégios de propriedade intelectual fosse a prioridade número um da política de comércio nos Estados Unidos. (BRAITHWAITE; DRAHOS, 2000, p. 76, tradução nossa)”*

A despeito das motivações comerciais dos Estados Unidos, o Acordo de TRIPS diferenciava-se bastante daquela proposta pelo Convênio de Paris que definia apenas princípios práticos básicos, dava ampla liberdade legislativa aos países e não condicionava o tratamento nacional à reciprocidade entre os seus membros. Tendo sido aprovado, o novo acordo fixa regras-padrão mínimas que devem constar das legislações nacionais dos países aderentes; além da uniformização de procedimentos administrativos e judiciais, promovendo a aproximação das instituições que defendem a proteção intelectual ao redor do mundo, o que permite a criação de um forte sistema internacional de solução de controvérsias.

Desta forma, esse acordo impeliu a criação e aprovação de uma nova lei de propriedade intelectual no Brasil, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, assim como nos Estados Unidos que produziu o *The American Inventors Protection Act*, de 29 de novembro de 1999. Nesse capítulo, analisaremos os dispositivos legais dessas legislações que tratam tanto da concessão de licenciamentos a patentes, quanto dos aspectos punitivos referentes à infração da patente, que serão necessários à compreensão do caso estudado. Posteriormente, faremos uma análise do tratamento dado à restrição patentária no direito antitruste americano em termos procedimentais, além de apresentar as diferenças desse no direito antitruste brasileiro.

Para o caso brasileiro, a concessão de licença, que constitui o direito de exploração comercial de uma patente outra empresa mediante contrato com a titular da patente, por estar atrelada ao restrito de uma patente, está sob o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, que, em nível nacional, assegura proteção jurídica adequada e eficaz ao empresário titular da patente, assim como aos titulares da licença. Conforme Capítulo VIII, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, uma licença pode ser oferecida no mercado, por meio de três meios: o licenciamento voluntário; a oferta de licença; e, a licença compulsória.

No caso do licenciamento voluntário, o titular da patente, da mesma forma como o depositante, poderá celebrar contrato de licença de exploração em que o licenciado pode ser investido pelo primeiro de todos os poderes para agir em defesa da patente (art. 61), havendo a necessidade de averbar o contrato junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) a fim de que a licença possa ter validade para terceiros (art. 62, § 2º). A lei ainda protege o direito de exclusividade do inventor de melhorias realizadas tanto pelo titular, quanto pelo licenciado, durante a vigência da licença (art. 63), dando, inclusive, prioridade de licenciamento para as partes contratadas.

Quando o titular da patente não tiver condições econômicas de exploração econômica da patente e também não tiver interessado voluntário para firmar contrato de exploração econômica dessa, o titular poderá solicitar ao INPI que promova a publicação de oferta de licenciamento (art. 64, § 1º), não podendo essa, no momento da oferta ou em período anterior, ser alvo de licenciamento voluntário, ou estar sob sua vigência. No caso de oferta de licenciamento, é necessário lembrar que o valor da anuidade da patente será reduzido à metade no período compreendido entre o oferecimento e a concessão da primeira licença (art. 66). É assegurado ao titular o direito de desistir da oferta antes de firmado qualquer contrato averbado no INPI (art. 65) ou após o contrato, com o cancelamento da licença, quando comprovar que não houve exploração econômica ou sua interrupção em prazo superior a um ano, assim como quando houver comprovação de uso ilegal da mesma (art. 67).

Se em um período superior a três anos (art. 68, § 5º), a empresa não explorar o objeto da patente no território brasileiro por falta ou incompleta fabricação do produto ou do uso integral do processo patenteado, exceto nos casos de inviabilidade econômica em que será admitida a importação (art. 68, § 1º, I), incorrendo em exercício abusivo do direito de patente; ou, a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado (art. 68, § 1º, I), o que implica abuso do poder de mercado, a patente será licenciada compulsoriamente. O titular da patente, ao ser requerida a licença compulsória, poderá justificar-se e impedir que ela ocorra,

comprovando os seguintes quesitos: o desuso por razões legítimas (art. 69, I); a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração (art. 69, II); ou, a falta de fabricação ou comercialização por obstáculo de ordem legal (art. 69, III).

No que tange ao abuso do poder econômico, na legislação do direito antitruste brasileiro (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) declara-se como infração à ordem econômica o exercício de forma abusiva da posição dominante do mercado (art. 20, IV), sendo a posição dominante presumida quando uma empresa detém parcela de mercado superior à 20% na maioria dos setores econômicos (art. 20, § 3º), que é uma situação plausível no caso de uma empresa que possui o direito de exclusividade de uma patente e recusa-se a licenciá-lo, de forma indiscriminada à outra empresa que tenha intenção de explorá-la comercialmente.

Portanto, pode-se afirmar que nessa situação pode-se incorrer, sob à ótica legislação de defesa da concorrência, em condutas que caracterizam infração à ordem econômica, levando-nos a presumir que a restrição injustificada ao acesso de um interessado a uma patente de outra empresa pode-se caracterizar como abuso de poder econômico, que pode ser caracterizada pela realização de condutas infrativas, consideradas ilícitos antitruste, como as seguintes: limitação ou impedimento do acesso de novas empresas ao mercado (art. 21, IV); regulação mercados de bens e serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (art. 21, X), impedindo que se façam aperfeiçoamentos nas tecnologias patenteadas; e, de forma mais explícita, impedir a exploração de direitos de propriedade industrial, intelectual ou de tecnologia (art. 21, XVI).

A própria Lei de Propriedade Intelectual brasileira traz um capítulo especial acerca de crimes de concorrência desleal. Para o caso que iremos analisar, em que houve infração contra a patente de uma empresa concorrente, situação na qual o infrator apropriou-se indevidamente de uma metodologia de comércio on-line patente, a legislação brasileira teria um dispositivo legal contra esse tipo de conduta, haja vista que possui dispositivo que criminaliza a venda, exposição ou oferta de produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida (art. 195, XIII).

No entanto, a despeito da existência de mecanismos legais que protejam o direito de exclusividade de uma patente e tornem quase obrigatório seu licenciamento, caso o próprio titular não tenha condições de explorá-la economicamente, a fim de que se alcancem os objetivos pretendidos como o estímulo à inovação, ao desenvolvimento da ciência e tecnologia de um país que ajudem a promover o desenvolvimento social e econômico; no país, não existem guias nos quais estejam dados de forma clara metodologias de análise de casos de concessão de licenças pelo direito antitruste nacional, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos em que o *U.S. Department of Justice* e o *Federal Trade Commission* disponibilizaram o *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995) cujo objetivo não é o de remover o poder do julgamento e da discricionariedade da lei antitruste, mas de oferecer diretrizes que podem ser utilizadas em diversas circunstâncias.

As leis de propriedade intelectual norte-americanas não são tão distintas daquelas existem no Brasil, em virtude, até mesmo, da presença do *Agreements TRIPS*, que contribuiu para a uniformização das leis antitruste de seus associados, como é o caso dessas nações; essa particularidade do relacionamento estreito entre essas legislações que defendem a propriedade intelectual, aumenta a importância do *Guidelines* na definição de condições anticoncorrenciais e de situações, e não apenas condutas como propõem as leis, em que se incorre em um ilícito antitruste ao defender-se o direito de exclusividade sobre uma patente e, conseqüentemente, sobre o licenciamento.

Segundo o *Guidelines*, quando um sistema de licenças afeta as partes de uma relação horizontal (essa pode ser entendida como a relação de empresas concorrentes em um mercado), modificações nesse arranjo podem aumentar o risco de estabelecimento de preços coordenados, restrições à produção, ou a aquisição e manutenção de poder de mercado. Restrições à competição também podem ocorrer, se mudanças nessa estrutura significarem o aumento do risco de retardar ou restringir o desenvolvimento e produção de novos bens ou serviços, como pode ocorrer no caso apresentado, no qual há concessão de poder discricionário à titular da patente para restringir licenciamento à concorrente, implicando o aumento da concentração da titular no mercado e o que poderia promover o abuso de poder dominante.

Porém, o guia lembra à autoridade antitruste que a competição potencial entre concorrentes depende de certo nível de concentração de mercado, devido o aumento da restrição à entrada de novas firmas em um mercado por meio da utilização do direito de propriedade intelectual, e o equilíbrio entre a demanda e a oferta de um bem ou serviço, que influencia diretamente a mudança de preços nos mercados relevantes. Nesse sentido, esse afirma que a concessão de licenças pode incorrer em duas situações concorrenciais complementares: o primeiro concerne à possibilidade de exclusividade na concessão de uma licença, que permite as empresas incorrer em abuso de poder de posição dominante, como já citamos anteriormente, devido da criação de impossibilidade de acesso ao mercado por concorrentes; e, o segundo problema, concerne a extensão da licença, pois a limitação de uma licença em termos de uma tecnologia específica e de seus canais de distribuição pode contribuir para que os concorrentes se sintam incentivados a produzir inovações no mesmo mercado a fim de criar soluções complementares ou substitutas, mas legais, estimulando a competição.

Por fim, cabe ressaltar que a existência de problemas horizontais decorrentes de restrições patentárias pode provocar a redução de eficiências econômicas, como por exemplo: a presença de economias de escala; além, do desestímulo na realização de pesquisas complementares e do desenvolvimento da produção ou capacidades em marketing. No entanto, todos esses princípios apresentados devem ser pautados pela regra da razão, já que a mera aplicação do guia pode gerar análises incoerentes, fazendo necessária a interpretação da autoridade antitruste em relação às leis de defesa da concorrência e de defesa da propriedade intelectual, tendo-se uma mostra disso na próxima seção na qual apresentaremos o entendimento da Suprema Corte em relação ao caso em estudo.

#### **4. O caso ebay inc. And half.com inc. Vs. Mercexchange, I.I.c. – uma análise**

A análise do caso estudado baseia-se no *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent* (No. 05-130), documento produzido pela Suprema Corte daquele país em função da análise do pedido de apelação peticionado pela MercExchange, L.L.C., (denominada “MercExchange”) contra decisão da Corte Distrital do Leste do Distrito da Virgínia em litígio pelo uso indevido de patente contra eBay Inc. and Half.Com, Inc., (denominada “eBay”) peticionária da ação civil em nível distrital. Nesse caso, tem-se decisão bastante rara na qual se adotou tutela jurisdicional permanente para limitação à concessão de licença de comercialização por detentora do direito de propriedade de patente de forma injustificada dentro dos parâmetros recorrentes do sistema de propriedade intelectual norte-americano.

Esse documento inicia-se com um resumo do interesse dos Estados Unidos na análise de litígios que envolvam a questão de patentes, que, nesse caso, está centrado na determinação de remédios jurisdicionais a serem adotados no caso de infração contra patentes. Nesse país, as questões judiciais ligadas às patentes, por afetarem diretamente a competição a inovação em mercados, ficam a cargo da Comissão Federal de Comércio (FTC)

e da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos cujas obrigações são a de regular os litígios sobre a validade e o escopo de patentes, às vezes atuando como proprietários de patentes, mas, mais comumente, como defensores em atos de infração, conforme 35 U.S.C. 1 *et seq.*

Em processo julgado pela Corte Distrital do Leste do Distrito da Virgínia, a MercExchange, réu que apela revisão dessa decisão judicial junto à Suprema Corte, foi condenada pelo júri por infringir a patente '265 – U.S. Patent No. 5,845,265 –, que envolve métodos de comercialização de bens por meio comércio eletrônico, a pagar indenização de US\$ 35,0 milhões à eBay e a última teria uma tutela judicial permanente que permitiria a mesma impedir a infratora de utilizar, mesmo que de forma legal, sua patente após decisão. Após revisão do processo pela Corte Distrital por decisão da Suprema Corte, a multa foi reduzida para US\$ 29,5 milhões, declinada a imposição dessa tutela judicial (originalmente, injunctive relief), sem que houvesse a possibilidade de apelação às instâncias superiores.

A Constituição dos Estados Unidos, por intermédio da “Cláusula de Patentes” (U.S. Const. Art. 1, § 8, Cl. 8), como ficou conhecida, e dos Atos de Patentes<sup>2</sup> dão condições para a obtenção de uma patente, assegurando aos inventores o direito de exclusividade sobre suas descobertas, e protege também esse direito, o que leva a permissão de instauração de uma ação civil contra o infrator de uma patente. O ressarcimento do direito de propriedade intelectual infringido pode ocorrer por meio de dois mecanismos no direito norte-americano: i) pagamento de indenização que compense o ator lesado que seja equivalente no mínimo ao valor do royalty devido ao proprietário do direito de exclusividade pelo tempo de uso indevido da patente, podendo ser esse valor multiplicado em até três vezes no caso de agravantes; ou, ii) o estabelecimento de uma tutela judicial permanente, que é um remédio jurisdicional permitido às Cortes Federais e aplicados a mais de 185 anos, que possibilita o estabelecimento de uma pena alternativa acordada com a Corte Distrital a partir da análise do caso específico, respeitando-se o princípio de igualdade.

No caso em questão, foi adotado o segundo remédio jurisdicional, tutela judicial permanente, cuja decisão pautou-se pela análise de quatro fatores tradicionais: i) a peticionária ter sofrido injúria irreparável; ii) a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; iii) o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela; iv) o interesse público não seria contrariado com a adoção dessa tutela jurisdicional permanente. Quanto ao primeiro quesito, “o da injúria irreparável”, a Corte Distrital enquadrou a infratora nesse aspecto, pois a MercExchange tinha conhecimento da validade da patente da eBay e, mesmo assim, continuou a infringi-la, muito embora pudesse ter licenciado seu uso, já que a princípio não houve recusa unilateral por parte da peticionária quanto ao licenciamento da patente, e tendo, o réu, feito uso legal de outras patentes no passado.

No que tange ao interesse público, normalmente defende-se o direito de exclusividade de uma patente; no entanto, a tutela jurisdicional permanente, que garantiria a discricionariedade do proprietário da patente com o intuito de evitar seu uso indesejado, impedindo dessa forma o licenciamento da patente pela infratora sem que haja justificativa plausível para isso, é contrário ao interesse público, haja vista que limitaria os canais de comercialização on-line e a própria difusão legal desse tipo de tecnologia, que contribuiria para o desenvolvimento econômico e social; o que torna a análise desse critério favorável à infratora, que teria sua penalidade limitada à aplicação de multa.

---

<sup>2</sup> Os Atos de Patentes que regulamentam as Leis Constitucionais de proteção às patentes nos Estados Unidos são as seguintes: Patent Act of 1790, ch. 7, 1 Stat. 109; Patent Act of 1793, ch. 11, 1 Stat. 318; Patent Act of 1836, ch. 357, 5 Stat. 117; Patent Act of 1839, ch. 88, 5 Stat. 353; Patent Act of 1870, ch. 230, 16 Stat. 198; Patent Act of 1939, ch. 450, 53 Stat. 1212; Patent Act of 1952, ch. 950, 66 Stat. 792.

Por fim, no que se refere ao prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela, essa é favorável a petionária, que teve o direito de exclusão preterido de forma ilegal pela réu, e concluiu-se que a limitação do licenciamento do serviço por parte da eBay deveria evitar tanto uma infração futura por parte da MercExchange, quanto ressarcir a petionária na reconstrução de seu sistema de propriedade intelectual infringido por meio do pagamento de um licenciamento compulsório através do cálculo de um “royalty futuro”.

Da análise dos quatro quesitos necessários à justificação da aplicação da tutela jurisdicional permanente como remédio à infração de patentes, pode-se inferir que o ressarcimento do réu a petionária não se daria apenas em termos da infração da patente (situação para a qual o júri definiria indenização não superior a US\$ 25,0 milhões), mas por ter continuado a infringir a patente mesmo sabendo de sua validade, excluindo-se do dever de pagamento de licença pelo seu uso, o que constituiu, no entendimento da Corte Distrital, agravo a lesão sofrida pela eBay, parte maior prejudicada nesse litígio, que, a princípio, por razões injustificadas, não teria oferecido qualquer restrição unilateral a sua concessão.

Entrementes, da análise dos quatro critérios, observou-se que houve um critério favorável ao réu, que foi aquele que julga o ato em função do interesse público. A despeito da posição defendida de que a restrição à concessão de licença para a comercialização desse serviço diverge de modo crescente com o interesse público, constata-se esse critério não invalida os demais, favoráveis a petionária, e seu peso é menor do que o dos outros, haja vista que a presença de mais canais de comercialização não aumentaria de forma significativa o bem-estar social por meio da provisão eficiente de um bem público, que, nesse caso, claramente não o é. Logo, a Corte Distrital entendeu pela aplicação do remédio da tutela jurisdicional permanente, além de aplicação de indenização cujo valor ficou definido em US\$ 35,0 milhões, e não, da indenização “simples”, que corresponderia a US\$ 25,0 milhões apenas.

Ao recorrer do caso à Suprema Corte (corte de apelação), a MercExchange obteve ganho de causa em sua apelação com a não concessão da tutela jurisdicional permanente à eBay e redução da indenização a ser paga para um valor proporcional ao do agravo, retornando o processo à Corte Distrital para a adequação do remédio adotado quanto ao valor proferido (o que estaria relacionado a mudanças nos pesos dos quatro critérios analisados), conforme argumento a seguir:

*“Neste caso, embora o tribunal de apelação não tenha invocado o teste de quatro fatores tradicional, reconhece-se corretamente que o tribunal de distrito tenha indevidamente invocado considerações impróprias, que ascenderam a um abuso de poder, e o tribunal de apelação, portanto, reverte devidamente a negação do tribunal distrital de pedido de injunção da MercExchange. O acórdão do tribunal de apelação deve ser afirmado e o caso deve retornar ao tribunal de distrito para a entrada de um decreto apropriado.” (Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent No. 05-130, 2006, p. 9).*

No entendimento da Suprema Corte, em conformidade com a Seção 283 do Ato de Patente de 1952, a Corte Distrital tem o poder de escolher dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, em face de determinada situação não regulada expressamente pela lei, o que permitiria a adoção da tutela jurisdicional permanente como remédio no caso da infração de patente. Ainda, é necessário ressaltar que os efeitos desse remédio jurisdicional devem ser efetivamente permanentes, já que essa tutela deve coibir futuros casos de infração às patentes, sendo, portanto, que para estipular as condições do acordo a ser firmado junto à empresa lesionada

(eBay), os tribunais locais têm liberdade para determinar as situações e o período em que se incorreu a infração a fim de que se possa definir essa liminar.

A Suprema Corte recomenda às Cortes Distritais valerem-se do princípio da igualdade na aplicação do teste das quatro abordagens, ou seja, é necessário averiguar se existe o equilíbrio em uma determinada situação entre os critérios seguintes: a petionária ter sofrido injúria irreparável; a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela; e, o interesse público não seria contrariado com a adoção dessa tutela jurisdicional permanente. Aquela afirma que normalmente os tribunais aplicam um teste para verificar se ao menos uma das condições se adéquam ao caso, justificando por exclusão, e não se respeitando o princípio do equilíbrio, o emprego do remédio de tutela jurisdicional permanente; constituindo, portanto, uma antítese do teste tradicional, que é contrariada.

Na análise de um recurso, como nesse caso, assim como em outros, não cabe à Vara Federal recomendar à Corte Distrital que refaça o teste, a despeito da observação de erros metodológicos na aplicação do mesmo, não sendo esse em si uma base de reversão, ou seja, não é obrigação da Suprema Corte reverter em si a decisão por remédio de tutela permanente, decidindo-se pela aplicação de indenização somente, portanto. O que cabe à instância federal é reanalisar os quatro critérios e verificar se houve algum abuso da autoridade descricionária, no caso da Corte Distrital, no padrão da descrição dos quatro critérios, modificando o peso de cada um deles na determinação dos agravantes que definem do valor da indenização a ser paga pelo réu.

No que tange à análise do primeiro quesito, o da petionária ter sofrido injúria irreparável, a Suprema Corte é favorável ao entendimento do tribunal Distrital, pois compreende que a transgressão aos direitos de propriedade intelectual é uma forma de injúria cujas conseqüências são irreparáveis, pois nega a patente legal durante o período em que essa deveria ser considerada válida. Ainda, de acordo com a Corte do Leste da Virgínia, a Vara Federal reafirma que a infração do direito legal de exclusão estende-se em danos à reputação das inovações e as oportunidades competitivas trazidas por ela (como a oportunidade de ser a firma pioneira em um mercado; o estabelecimento de uma indústria de ponta; ou mesmo o desenvolvimento de outras inovações e depósito de patentes), assim como a promoção de restrições às licenças, o que restringe a imposição de indenização que não se aplica de forma restrita às extensões do dano.

A restrição do agravo, que não se restringiu apenas à infração da patente, não possibilita um cálculo indenizatório, no entendimento da Suprema Corte, que corresponda ao valor do royalty devido à firma lesada, impondo o pagamento de um “royalty futuro” por meio do estabelecimento de uma tutela permanente, que seria equivalente à licença compulsória, e cujo objetivo seria o de ressarcir outros danos provenientes da infração da patente, além de coibir futuras infrações. Entretanto, o Estado norte-americano acredita, em acordo com tratados internacionais e com o interesse do próprio Congresso, que não deve haver abuso do efeito coercitivo futuro proporcionado pela aplicação desse tipo de remédio, concedendo à empresa lesionada plenos poderes para restringir a concessão de patentes.

Ainda, ao pesar o agravo do sofrimento de injúria irreparável, verificando o abuso na aplicação do remédio adotado, a corte de apelação considerou argumento da MercExchange, no qual alega haver remédio legal adequado para reparar e coibir a infração cometida, que seria a aplicação de uma indenização “simples”, aquela proporcional ao valor do royalty devido à firma lesionada. A réu defende que os outros problemas decorrentes dessa infração, as questões de licença e patentes, são instrínsecos aos próprios objetivos da patente, uma vez que essa busca por si só o estabelecimento de incentivos para a promoção da inovação, a introdução de novas tecnologias que tornam os produtos mais aceitos no mercado,

incentiva a requisição de licenças para sua comercialização cujo intuito é de proteger a reputação dos produtos e das inovações.

Quanto ao balanço entre os prejuízos sofridos pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente e aquele sofrido pelo réu, esse invariavelmente depende de uma investigação de fatos específicos, que podem pesar a favor ou contra a aplicação de uma tutela jurisdicional permanente no caso de patentes particular. Nesse sentido, a medida tutelar deve proteger judicialmente o direito de exclusão de uma patente, sem que seja desproporcional ao dano causado pelo réu; da forma contrária, no caso do réu ter infringido o direito de patente de forma intencional, a medida imposta pelo tribunal pode ser inferior ao dano causado ao titular da patente, uma vez que não houve intenção de dano. No caso analisado, pode-se afirmar que a maior prejudicada foi eBay, pois a MercExchange tinha conhecimento da patente, sendo preciso ponderar melhor o prejuízo causado pela última.

Para a corte de apelação, tendo uma vez a petionária provado que a MercExchange violou sua patente, sendo aquela a maior prejudicada, é difícil que a réu reclame, por meio do balanço de prejuízos, as perdas que possa vir a sofrer em decorrência dos encargos sofridos que o cumprimento da decisão pode representar, tal como a limitação do acesso a licenças de comercialização. É, portanto, incongruente sob esse aspecto afirmar que essa decisão do Tribunal Distrital favorece o infrator, pois essa medida já é bastante honerosa para que a infração continue e que se repita.

O prejuízo da infração da patente não limitou-se nesse caso ao prejuízo de interesses privados somente, já que essa também frustrou o interesse público da necessidade de invenção para o aprimoramento da sociedade no âmbito da segurança nacional, saúde ou segurança públicas, o funcionamento do comércio, ou outras áreas comparáveis de vital importância para terceiros inocentes ou o público em geral. Dessa maneira, embora o deferimento da tutela jurisdicional permanente dependa da análise da proporcionalidade e do peso do agravo sofrido pela petionária, também deve-se considerar fatores específicos que não foram listados e ferem o interesse público, pesando contra a redução dessa. Por fim, a corte de apelação entende que a patente do método de venda on-line não é de interesse público o que não justificaria o declínio da medida adotada; argumenta ainda que se a patente não é considerada válida, essa deve ser reexaminada pelo PTO, que já proferiu sua decisão final a respeito.

Normalmente, as petionárias acusam as Varas Federais de estabelecer remédios jurisdicionais com em base de critérios automáticos, que sublimam os prejuízos por elas sofridos em decorrência da infração da patente, não sendo muitas vezes nem considerados. No entanto, ainda que essas considerações das petionárias não tenham espaço em um inquérito descritivo cuja natureza é ampla, é necessário apreciar o fato de que uma aplicação de um remédio muito restritivo poderia provocar igualmente efeitos negativos à concorrência e à inovação, assim como a infração à patente, em uma analogia reversa. Assim a análise adequada dos resultados do teste das quatro abordagens, deve levantar questões que vão bem além das questões específicas do presente caso e que permitam uma melhor entendimento do caso por meio de uma legislação específica, ao invés apenas de declarações gerais sobre a correta aplicação desse teste, como concluiu a Suprema Corte em sua avaliação.

No final do relatório, o tribunal de apelação resume não tem a intenção ditar os termos específicos de revisão da decisão, não impondo um valor específico para a redução da multa a ser paga pelo infrator ou anulação da tutela jurisdicional permanente, pois acredita que a revisão dentro dos critérios estabelecidos deva ficar a cargo do Tribunal do Distrito da Virgínia; mas acredita ser coerente, a despeito o seu papel limitado no poder descritivo em âmbito da Corte Distrital, a negação do pedido da MercExchange que pede pela não aplicação do remédio permanente definido para o caso, já que essa medida têm como objetivo coibir infrações futuras e não, apenas atuar no ressarcimento da parte lesada no presente.

Pode-se classificar esse caso como um caso atípico em que o titular da patente pode limitar seu licenciamento ao infrator, uma vez que no direito antitruste sua restrição injustificada resultaria em um tipo de conduta anticompetitiva, promovendo o fechamento de mercados. Areeda et all (2004) observa que existem pouquíssimos casos na jurisprudência norte-americana, assim como esse, em que os tribunais chegaram a limitar a discricionariedade do proprietário da patente a fim de que fosse evitado o uso indesejado por terceiros; os tribunais desse país constataram em diversos processos violações à patentes, mas deixaram de aplicar esse tipo de remédio, pois tratavam-se de bens essenciais a sociedade e sua aplicação promoveria o uso indevido da patente. Esses autores ainda concluem que o efeito de uma indenização nesses casos seria similar ao da determinação de uma licença compulsória equivalente a essa.

A adoção desse remédio jurisdicional abre espaço para que outras empresas, que têm como objetivo a detenção de patente não para a produção de bens e serviços, mas somente para sua comercialização, beneficiem-se da jurisprudência desse caso. É possível afirmar que, para essas empresas cuja principal atividade seja a comercialização de licenças, suas receitas sejam compostas dos royalties por elas cobrados, o que nos leva a supor que seu intuito como empresa capitalista seja o de elevar suas receitas em consequência do aumento exagerado dos royalties cobrados, que, em uma situação em que existiria limitação à utilização da patente por outras empresas, poderia ser utilizado como instrumento de barganha junto às empresas que tencionassem utilizar as patentes.

## 5. Considerações finais

Do ponto de vista teórico Schumpeteriano, pode-se afirmar que as empresas estão sempre a criar estratégias a fim de retirar seus concorrentes do mercado em que atuam, sendo a principal dessas a geração de inovações que criam monopólios temporários para a empresa. Nessa situação, por um período de tempo limitado, a firma poderá praticar preços acima do custo marginal até o momento que suas seguidoras sejam capazes de imitá-las.

Com o intuito de aumentar o tempo e os custos das concorrentes necessários à realização de imitações, as firmas inovadoras fazem uso do direito de propriedade intelectual, que garante ao seu titular o direito de exclusividade de produção, distribuição e comercialização de bem, serviço ou marca patenteada. A unicidade do direito, contudo, não garante à empresa a unicidade do mercado relevante, a despeito da tentativa de excluir competidores, o que nos permite afirmar que as restrições patentárias não caracterizam abuso de poder de mercado imediatamente.

No entanto, a concessão de uma patente ou a restrição ao acesso a uma licença, quando forem identificadas em situações típicas do direito antitruste (atos de concentração ou conduta), pode levar ao estabelecimento de uma situação anticompetitiva, embora deva ser pesados os efeitos líquidos da concessão de uma patente ou licença frente à instauração do ilícito antitruste. Talvez seus resultados sejam positivos e ainda que haja aumento da concentração no mercado relevante, tornando a posição da titular da patente dominante, o estímulo à inovação e desenvolvimento científico e tecnológico supere o perigo do abuso de posição dominante, ou esse não seja efetivo.

No que tange à análise jurídica, pautada nas legislações de Proteção à Propriedade Intelectual brasileira e americana, observa-se dispositivos que limitam a concentração de mercados, o que levaria ao aumento da possibilidade de abuso de poder econômico, com restrições a discricionariedade dos titulares da patente quanto à concessão de licenças, que em último caso será compulsória a fim de que se atendam as exigências do mercado com a produção de uma inovação por ele demandada, independentemente do seu

titular ter condições econômicas de viabilizar sua produção. Da mesma forma, as leis de defesa da concorrência também possuem mecanismos que impedem a restrição de entrada de concorrentes no mercado relevante e também a exploração de direitos de propriedade industrial, intelectual e de tecnologia.

Para o caso dos Estados Unidos, ainda existe o reforço na análise de processos antitruste que envolvam o licenciamento de propriedade intelectual: o Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, que apresenta diretrizes para a análise de situações dessa natureza. Entrementes, a eficiência na estruturação de uma análise trazida pelo guia não substitui a discricionariedade da interpretação que um juiz faz das leis, impedindo o estabelecimento de análises incoerentes, como no caso estudo (eBay Inc. and Half.com Inc. VS. MercExchange, L.L.C.).

A Suprema Corte decidiu, conforme análise do critério do teste das quatro abordagens (que envolve o equilíbrio entre a probabilidade de a petionaria ter sofrido injúria irreparável; a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; balanço entre os prejuízos sofridos pela petionaria e pelo réu; punição contrária o interesse público) e favorável à decisão do Tribunal Distrital, que a infração cometida pela MercExchange superou o simples desrespeito à patente, o que condicionaria a essa penalidade de pagamento de indenização equivalente ao valor do royalty devido ao titular da patente. A réu também infringiu o licenciamento da patente, que a princípio não havia sido negado pela eBay, e o interesse público, frustrando a necessidade de inovação e aprimoramento tecnológico.

Em virtude do estabelecimento de uma situação irreparável no aspecto monetário somente, foi definido além do pagamento de uma multa, o estabelecimento de tutela jurisdicional permanente pela qual a titular da patente conquistaria poderes para restringir o licenciamento à infratora, justificada como forma de coerção à repetição futura da infração e continuidade do delito.

Ainda que os críticos tenham sido desfavoráveis à decisão pela tutela jurisdicional permanente, uma vez que a concessão desse “benefício” ao titular em virtude da infração, também está potencialmente concedendo-lhe poder de mercado que pode se expressar com o aumento do preço de licenciamento de patentes para outros interessados; pode-se afirmar que o efeito líquido dessa é positivo. A coerção faz com que as empresas do mercado sintam-se estimulada a inovar, posto que estão em um ambiente jurídico que lhes oferece segurança efetiva contra possíveis infratores, superando o malefício gerado pela restrição da patente em questão.

A despeito dessa análise, pode afirmar que a discussão a respeito da adoção desse tipo de instrumento punitivo ainda possibilita outras interpretações, que não se esgotam no espaço de artigo que serviu apenas para atizá-la, uma vez que situações semelhantes ainda não foram identificadas no sistema jurídico antitruste ou sistema de proteção à propriedade intelectual brasileiro e carecem, portanto, de respaldo teórico para sua avaliação.

## 6. Referências

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Loius; EDLIN, Aaron S. Antitrust Analysis: problems, text, cases. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2004.

BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, p. 75-100, 2009.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Global Business Regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000.



