

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO STIVAL

Aplicabilidade da Teoria das Essential Facilities à Propriedade Industrial no Sistema Antitruste Brasileiro

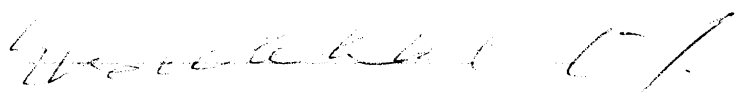
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Orientador



CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO
Primeiro Membro



ROBERTO ALTHEIM
Segundo Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDO STIVAL

**APLICABILIDADE DA TEORIA DAS ESSENTIAL FACILITIES À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO**

CURITIBA
2011

FERNANDO STIVAL

**APLICABILIDADE DA TEORIA DAS ESSENTIAL FACILITIES À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a.Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Curso de Direito
Direito Empresarial

Curitiba

2011

FERNANDO STIVAL

**APLICABILIDADE DA TEORIA DAS ESSENTIAL FACILITIES À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO SISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof^a. Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof. Roberto Altheim

Curitiba, 21 de outubro de 2011

A meus pais Marcelo e Soraya, pelo amor, carinho, apoio, confiança, paciência e por todos os ensinamentos que me deram ao longo desses anos. A quem devo tudo que consegui até hoje e cujos modelos de caráter, dedicação e disciplina espero atingir algum dia.

A minha Vó Maria, sempre presente em minha vida, compartilhando alegrias, sempre com seu jeito irreverente e descontraído.

Agradeço à Professora Dr^a Márcia Carla Pereira Ribeiro, que, com sua dedicação e rigidez, fez com que eu despertasse interesse pelo estudo do Direito Empresarial e sempre demonstrou paciência e compreensão diante da minha inabilidade em cumprir prazos.

Agradeço, também, aos grandes amigos que fiz ao longo deste período faculdade (e ao Carlitos). Sempre buscaram incessantemente me desviar da vida acadêmica em empreitadas muitas vezes bem sucedidas. Não fosse assim, os cinco anos na Santos Andrade não teriam a menor graça.

RESUMO

O presente trabalho apresenta a interação existente entre a propriedade industrial e as normas antitruste e busca demonstrar como a inovação adquire um papel central no processo competitivo. Além disso, analisa a propriedade industrial sob um aspecto funcional, destacando como seus objetivos fundamentais o incentivo econômico à inovação e a disseminação de tecnologia, a partir de conceitos derivados da análise econômica do direito e da economia da informação. Posteriormente, trata da teoria das essential facilities e descreve seus pressupostos de aplicação, bem como trata da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, versa das características das condutas anticoncorrenciais envolvendo o uso de propriedade industrial e as situações em que se apresenta como um bem essencial ao desenvolvimento de uma atividade econômica, ponderando-se sobre as possibilidades de aplicação da teoria das essential facilities a estes casos.

Palavras-chave: Livre-concorrência. Propriedade industrial. Informação. Posição dominante. Abuso de poder econômico. Essential Facilities. Recusa de acesso. Compartilhamento.

ABSTRACT

This work presents the interaction between intellectual property and antitrust rules and seeks to demonstrate how innovation acquires a central role in competition. Moreover, analyses intellectual property under a functional aspect, remarking as its main goals the economic incentives to innovation and the promotion of technological progress, derived from economic analysis and the economics of information. After, treats of the essential facilities doctrine and describes the requisites for its application and also about its compatibility with the brazilian legal system. Ultimately, deals with the aspects of IP related abusive conducts and the circumstances when it is characterized as an essential facility, weighing up the possibilities of application of the doctrine to these cases.

Keywords: Competition. Intellectual Property. Information. Dominant position. Abusive dominance. Essential facilities. Refusal to grant access. Sharing obligation.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	9
II. OS OBJETIVOS DO SISTEMA ANTITRUSTE: OS INTERESSES PROTEGIDOS.....	12
II. 1. A livre concorrência como fundamento da ordem econômica.....	12
II. 2. A Escola de Chicago.....	14
II. 3. A Escola de Freiburg ou Ordo-liberalismo.....	17
II. 4. A concorrência instrumental: a concepção européia.....	19
II. 5. O sistema antitruste brasileiro e as infrações à ordem econômica.....	21
II. 5. 1. Infrações à ordem econômica e posição dominante.....	23
II. 5. 1. 1. Definição de mercado e poder sobre o mercado.....	24
III. A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O PAPEL DA INOVAÇÃO NO PROCESSO COMPETITIVO.....	31
III. 1. Estabelecimento empresarial e propriedade industrial.....	31
III. 2. O regime de concessão de patentes e suas características.....	35
III. 3. A propriedade industrial em seu aspecto funcional: incentivo a inovação, progresso tecnológico e disseminação de informação.....	37
III. 4. Desvio de finalidade na utilização de patentes e concessão de licenças compulsórias.....	44
IV. ESSENTIAL FACILITIES E PROPRIEDADE INDUSTRIAL: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO.....	49
IV. 1. Origem da teoria das essential facilities e seus pressupostos de aplicação.....	49
IV. 2. Essential facilities e o ordenamento jurídico brasileiro: livre concorrência, acesso necessário e desenvolvimento.....	54
IV. 2. 1. Essential facilities, free-riding e a posição do CADE: análise do caso Petrobrás x British Gás do Brasil Ltda. e Energia do Brasil Ltda.....	57
IV. 3. Negativa de acesso a essential facility e caracterização da conduta abusiva.....	59
IV. 4. A teoria das essential facilities e a propriedade industrial: pontos de convergência e possibilidades de aplicação.....	60
V. CONCLUSÃO.....	67
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

I. INTRODUÇÃO

O estudo tradicional do direito concorrencial esteve por muito tempo ligado a questões estruturais dos mercados e preocupou-se com questões atinentes à oferta, demanda e ao preço, evidenciando a grande influência que a economia neoclássica exerceu sobre o tema.

Sob essa ótica a atuação dos agentes econômicos em um regime de concorrência era meramente passiva. Vale dizer, de reação às condições impostas pelo mercado, tendo como objetivo principal a promoção da eficiência econômica e do bem estar do consumidor.

Releva, portanto, uma visão não intervencionista e a crença na capacidade dos mercados de corrigirem suas próprias falhas, de modo que bastaria a existência de normas eficientes para que se garantisse o bom funcionamento da economia.

Entretanto, com a evolução da teoria econômica e conseqüentemente da doutrina acerca da concorrência constatou-se que o a dinâmica de interação entre os agentes é muito mais complexa do que se pensava.

O modelo de concorrência schumpeteriana, a teoria dos jogos, a análise das estratégias empresariais, dentre outras construções teóricas, demonstram tal preocupação, imputando aos agentes econômicos uma postura ativa na transformação dos mercados e das condições por este oferecidas.

Nesse contexto, a análise pautada na averiguação de práticas de preço cede espaço à concorrência entre os agentes por meio de estratégias de inovação e diferenciação de produtos, de modo que se amplia o rol de condutas passíveis de apreciação pelas autoridades antitruste.

Além disso, a evolução legislativa e a crescente preocupação com o bem estar e o desenvolvimento socioeconômico dão à disciplina contornos menos individualistas, de modo que os tradicionais institutos jurídicos passam a ser encarados sob uma perspectiva funcional.

Nesta senda, a propriedade industrial, antes tida apenas como um elemento interno a cada empresa no exercício da atividade econômica, passa a ser inserida num espectro muito maior, cuja utilização se submete à observação de requisitos fundamentais que garantam sua correta utilização em prol do progresso tecnológico.

O mesmo se dá com a disciplina da concorrência. A partir do momento em que se constata que o bom funcionamento dos mercados e a correção das falhas neles existentes promovem a melhoria e o aumento da circulação de bens e prestação de serviços e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico, a manutenção destas condições se mostra como uma das preocupações fundamentais do ordenamento jurídico, de modo conciliar os diferentes interesses existentes.

Diante destes fatores, a interface entre a tutela jurídica da propriedade industrial e a defesa da concorrência é quase que inevitável.

Deve-se, desta maneira, encontrar um ponto de equilíbrio entre as regras que disciplinam ambas, de modo a se garantir a existência de inovação e investimentos em tecnologia através de incentivos econômicos, mas ao mesmo tempo impedir que sua utilização se dê de maneira abusiva e prejudicial ao desenvolvimento do mercado.

Há, assim, uma dupla face no que se refere à proteção à propriedade industrial. Ao passo em que se garante ao inovador o direito de exclusividade de exploração de sua criação, conferindo-lhe uma vantagem competitiva frente a outros agentes, deve-se primar pela preservação da concorrência e, mais do que isso, pelo desenvolvimento científico e econômico, estendendo os benefícios da inovação a toda sociedade.

Ao se analisar esta questão mais a fundo, verifica-se a complexidade do tema. Muito embora o agente detentor de uma patente esteja à frente de seus concorrentes, até que ponto é válido limitar seus direitos sobre sua criação, uma vez que incorreu em todos os custos e riscos para desenvolvê-la, de modo que sua proeminência no mercado se deve unicamente a sua própria eficiência? Sob que circunstâncias o exercício dos direitos de propriedade industrial é de fato anormal e prejudicial à concorrência?

É nessa linha que o presente trabalho se desenvolve.

Assim sendo, o primeiro capítulo destina-se a apresentar as teorias que influenciaram e embasam a análise da disciplina da concorrência. Tais construções teóricas descrevem como as regras antitruste devem ser delineadas, de modo a atingir os objetivos que cada uma delas enxerga como o principal quando se trata do assunto.

Passa-se, assim pela idéia de consumer welfare da Escola de Chicago, pela dispersão do poder econômico e da preservação da liberdade dos agentes típicas do Ordo-liberalismo, até o modelo europeu de concorrência, marcado pela peculiaridade de ter como uma de suas finalidades promover a integração econômica entre os Países-membros da União Europeia.

O segundo capítulo traz uma análise acerca dos aspectos referentes à proteção da propriedade industrial, tratando das características necessárias à concessão de patentes no regime brasileiro e das implicações decorrentes da concessão de uma patente a um determinado agente econômico.

Além disso, destaca o aspecto funcional da inovação, delineando quais os objetivos existentes por trás de um sistema de concessão de patentes a inovações introduzidas no mercado, assim como as conseqüências do uso anormal de tais direitos, merecendo destaque a questão do licenciamento compulsório.

O terceiro capítulo, a seu turno, traz à discussão a teoria das essential facilities, originária do direito norte-americano, que estabelece um dever de compartilhamento de infra-estruturas e bens de produção essenciais ao desenvolvimento de uma atividade econômica quando se verificar uma situação de dominância de uma empresa com relação a outra em um mercado específico.

Por fim, compara-se os aspectos desta doutrina à propriedade industrial, tendo em vista as características da legislação antitruste brasileira, para que se verifique se há de fato alguma justificativa para sua aplicação a condutas relacionadas ao uso de propriedade industrial por um agente econômico.

II. OS OBJETIVOS DO SISTEMA ANTITRUSTE: OS INTERESSES PROTEGIDOS

II. 1. A livre concorrência como fundamento da ordem econômica

Em que pese as diversas discussões acerca do modelo político e econômico mais adequado a ser adotado pelo Estado, tem-se que a Constituição da República de 1988 encerra uma série de valores e princípios fundamentais de diversas ordens.

Note-se, por exemplo, a garantia constitucional do direito de propriedade, de natureza marcadamente liberal e uma das bases de uma economia de mercado, mas cujo exercício encontra-se condicionado ao atendimento de sua função social, conforme estampado no art. 5º, XXIII, assumindo, portanto, uma característica típica da concepção do Estado do Bem Estar Social.

Nesse contexto é que a ordem econômica assume papel de destaque e passa a ser uma das preocupações centrais do ordenamento jurídico, de modo que, somada aos princípios fundamentais consubstanciados na Carta Maior, forma toda uma estrutura com objetivos e fundamentos próprios.

Ao se analisar o art. 170 da Constituição da República pode-se constatar que, para além daqueles valores típicos da atividade econômica propriamente dita, notadamente a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência, encontram-se também a valorização do trabalho humano, bem como a garantia de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O que se quer dizer com isso é que

“Os princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição do Brasil e todas as regras que a partir dele se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação.”¹.

Diante disso, a livre concorrência é considerada uma das bases do ordenamento jurídico e de toda a atividade econômica, norteando a atuação

¹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. 2ª edição revista e atualizada. RT: 2005. p. 192.

dos agentes privados, bem como a postura do Poder Público frente a tal atuação, na medida em que este assume papel relevante na persecução daqueles objetivos constitucionalmente estabelecidos.

A relevância e a necessidade de uma atuação estatal efetiva, é evidenciada pelo que estabelece o art. 173, §4º, também da Constituição ao estabelecer que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. ”.

Em face de tal dispositivo, pode-se afirmar, portanto, que o sistema de defesa da concorrência presente na Lei 8.884/94 é dele derivado. Por outro lado, a análise deste sistema não pode abrir mão das influências doutrinárias tanto no campo jurídico, quanto econômico, que constituem sua base e orientam a aplicação das regras que o estruturam.

Tal constatação se deve ao fato de que

“todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.”²

Vale dizer, o estudo do direito concorrencial deve ter por base, acima de tudo, a finalidade a que se destina, bem como o objetivo das regras que o compõem. Este sistema normativo deve ser interpretado levando-se em conta que a livre concorrência constitui, no dizer de ULHOA COELHO, “uma das estruturas básicas de organização da economia ”³.

Desta feita, a proteção da livre concorrência é na realidade uma defesa da própria ordem econômica e do regular funcionamento do mercado e, além disso, é uma prática multifacetária, eis que leva em conta conceitos fundamentais da Ciência Econômica, do Direito, e que toma por base o interesse do consumidor, dos agentes econômicos, das estruturas do mercado e da busca pelo desenvolvimento econômico.

² SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2ª ed. 2002. p. 19

³ ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. v. 2. 15ª ed. p. 219.

Diante desse quadro, tem-se que a aplicação das regras relativas à disciplina da concorrência e da atividade econômica não se dá de maneira absoluta e imutável. Pelo contrário, depende de aspectos objetivos verificados em situações concretas, além de refletir o modelo de economia que cada Estado pretende construir.

Para tanto, ainda que brevemente, com a intenção de verificar tais fundamentos e objetivos do antitruste, o presente trabalho tratará dos fundamentos da Escola de Chicago (Teoria Neoclássica ou Liberal), da Escola de Freiburg (Teoria Ordo-liberal) e da concepção europeia de concorrência instrumental, até as teorias econômicas que explicam os modos de funcionamento dos mercados, bem como de interação entre os agentes.

Portanto, passa-se nesse momento a apresentar os fundamentos teóricos que embasam a aplicação das normas concorrenciais e que expõem quais os objetivos reais de uma política antitruste.

II. 2. A Escola de Chicago

A teoria econômica neoclássica, construída pelos teóricos da Universidade de Chicago aponta que as normas disciplinadoras da economia e por via de consequência do antitruste podem ser resumidas à idéia de eficiência. De acordo com tal corrente de pensamento, esse é o objetivo maior de todo o direito concorrencial e da ordem econômica propriamente dita.

Vale dizer, para seus teóricos admite-se a existência de monopólios ou restrições à concorrência desde que tais estruturas sejam verdadeiros instrumentos de maximização da eficiência. Aqui se entende tal conceito como a “habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor”⁴.

Ou seja, a partir do momento em que se tem uma estrutura produtiva que seja capaz de produzir a custos menores, automaticamente se verifica uma redução dos preços ao consumidor, que poderá alcançar seu bem estar pelo fato de ter acesso aos bens e serviços de que necessita a um custo menor.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2ª ed. 2002.

Em face disso, tem-se que o objetivo principal do direito concorrencial é garantir o bem-estar do consumidor, que se sobrepõe a qualquer outro interesse, o que está diretamente ligado com o conceito de eficiência. Em última análise, basta que as normas relativas à concorrência se ocupem de garantir a atuação dos agentes sem a imposição de restrições que importem em aumento de custos de qualquer ordem.

Cumprido nesse ponto ressaltar que a noção de eficiência para os neoclássicos se divide entre a eficiência alocativa e a eficiência produtiva.

A primeira delas consiste no emprego, pelos produtores, dos recursos em atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam. Já no que se refere à eficiência produtiva consiste verificar o uso dos recursos pelas empresas. Esta última é, "portanto, um dado interno de cada empresa, representando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem"⁵.

De qualquer forma, tendo em vista o objetivo desse tópico, o que se pretende dizer é que para a Escola de Chicago é irrelevante a maneira pela qual se organizam e interagem os agentes econômicos. Seja na forma de monopólios ou concentrações empresariais, desde que haja o emprego de recursos de modo a atender as necessidades dos consumidores e havendo a utilização destes recursos de maneira a reduzir os custos suportados pelo próprio produtor, não cabe ao direito censurar tal estrutura, mas, ao contrário, garantir sua existência e seu funcionamento. O enfoque aqui não é tanto na proteção de competidores em si, mas sim na promoção de benefícios ao consumidor, pela redução de preços que este processo proporciona.

Conforme afirma BORK:

"the whole task of antitrust can be summed up as an effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare"⁶.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2ª ed. 2002. p. 177.

⁶ "Toda a tarefa da defesa da concorrência pode ser resumida como o esforço para aumentar a eficiência alocativa, sem prejudicar a eficiência produtiva tão grandemente a produzir ou nenhum ganho ou uma perda do bem estar do consumidor" Tradução livre de: BORK, Robert. The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself. The Free Press, 1978. p. 91.

O autor também critica o processo de proteção a empreendimentos de pequeno e médio porte frente a rivais mais eficientes e destaca a tensão existente entre a proteção da concorrência propriamente dita e a proteção de concorrentes, e afirma que ao se proteger excessivamente os competidores, pode-se estar criando uma ineficiência prejudicial aos consumidores⁷.

Em outras palavras, se por acaso houver um agente monopolista eficiente, na concepção da Escola de Chicago, não há nada a ser censurado com relação a isso. No entanto, se em tal estrutura se verificar uma ineficiência alocativa e, mais do que isso, uma barreira à entrada de novos competidores no mercado, aí sim é que a implementação ou incremento da concorrência passam a ser buscados.

Além disso, práticas tradicionalmente consideradas como excludentes e prejudiciais à concorrência são encaradas pelos teóricos de Chicago como reflexos da eficiência dos agentes. Como afirma HOVENKAMP:

“many of the practices identified in the case law and literature as exclusionary in fact reflected aggressive competition or innovation. These practices were either not exclusionary at all, or else they excluded rivals only because competing with na efficient firm is difficult”⁸.

O modelo proposto pela Escola de Chicago mostra-se dessa forma como uma visão pró-mercado e anti-intervencionista⁹ das normas antitruste.

A teoria neoclássica não foi imune a críticas, tendo encontrado na chamada Escola de Freiburg, ou Ordo-liberal, uma das maiores contraposições a seus postulados, de modo que passa-se agora a expor os fundamentos teóricos preconizados por esta corrente.

⁷ BORK, Robert, BOWMAN JR, Ward S. *The Crisis in Antitrust*. *Columbia Law Review* Vol. 65, No. 3 (Mar., 1965), p. 363-376.

⁸ “Muitas das práticas identificadas na jurisprudência e doutrina como excludentes na verdade refletiam a competição ou inovação agressiva. Essas práticas não eram de modo algum excludentes ou excluíaam rivais somente porque competir com uma empresa eficiente é difícil” Tradução livre de: HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Harvard University Press, 2008. p. 32.

⁹ Idem. p. 32.

II. 3. A Escola de Freiburg ou Ordo-Liberalismo

Em contraposição aos teóricos de Chicago, a Escola de Freiburg entende que a preocupação fundamental do direito concorrencial deve ser a garantia da pluralidade de escolha por diferentes produtos ou serviços ofertados no mercado.

O sistema antitruste, mais que a eficiência dos agentes, deve garantir a existência da competição entre eles, seja ela real ou potencial, o que é essencial para o regular funcionamento de uma economia de mercado.

Insta salientar, ainda, que aqui a liberdade de escolha consubstancia-se como um valor em si mesmo e estende-se tanto aos consumidores quanto aos produtores.

Sobre o ordo-liberalismo tem-se que:

“it was a school of thought that agreed with earlier conceptions of liberalism in considering a competitive economic system as necessary for a prosperous, free, and equitable society. However, its members were convinced that this society could only come into existence if the market were constrained by a “constitutional” framework aimed at protecting the process of competition from distortions and abuses, at warranting the equitable distribution of the benefits of the market, and at minimizing government intervention in the economy”¹⁰.

Além disso, a teoria ordo-liberal tem por premissa básica a imprevisibilidade dos efeitos do sistema concorrencial.

“Para os ordo-liberais, a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão da informação e da existência de liberdade de escolha, o sistema de

¹⁰ “Era uma escola de pensamento que concordou com as primeiras concepções do liberalismo ao considerar um sistema econômico competitivo como necessário para uma sociedade igualitária, livre e próspera. Entretanto, seus membros estavam convencidos de que tal sociedade somente poderia existir se o mercado fosse limitado por um arcabouço constitucional, destinado a proteger o processo de concorrência de distorções e abusos, garantindo a igual distribuição dos benefícios do mercado, e minimizando a intervenção estatal na economia” Tradução livre de: GIOCOLI, Nicola. Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the early years of European Competition Policy. *Journal of Competition Law and Economics*. p. 26. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987788> acesso em 4/10/2011.

mercado permite *descobrir* as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar ”¹¹.

E, dada essa imprevisibilidade, nasce uma das críticas dessa corrente aos teóricos de Chicago, no sentido de que não se pode atribuir ao sistema qualquer objetivo econômico predeterminado, como a eficiência.

Outro elemento da teoria neoclássica que é alvo de críticas refere-se ao fato de que parte de um modelo de concorrência perfeita para fundamentar seus conceitos básicos. Neste modelo de funcionamento de mercado (que será analisado mais adiante) presume-se que haja homogeneidade de produtos e a informação completa dos agentes, o que, sabe-se, não existe frequentemente na realidade fática.

Outro ponto de destaque no tocante à teoria ordo-liberal, está no fato de que a organização das relações entre os agentes, bem como da estrutura econômica em que atuam, deve ser aquela que permita a autocoordenação e o autocontrole, além de promover uma dispersão do poder econômico privado, de modo a impedir que haja a preponderância de um agente em relação a outro¹².

Os agentes, portanto, devem contar com uma estrutura normativa básica que organize as relações privadas para que possam realizar suas transações. Dessa organização básica e da existência real de concorrência entre estes deve decorrer o funcionamento espontâneo do mercado e de toda a ordem econômica.

Daí que, seguindo nessa linha, a identificação de uma situação de poder de mercado deve conduzir à investigação acerca da criação de barreiras à entrada de outros competidores em determinado mercado. Isso porque, havendo tal limitação, também estar-se-ia limitando a liberdade de escolha tanto dos consumidores quanto dos produtores.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2ª ed. 2002. 27-28.

¹² GIOCOLI, Nicola. Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the early years of European Competition Policy. Journal of Competition Law and Economics. p. 27. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987788> acesso em 4/10/2011

II. 4. A concorrência instrumental: a concepção europeia

Em contrapartida à defesa da concorrência como uma das premissas fundamentais preconizadas pela Escola de Freiburg, e refutando a busca pela eficiência típica da Escola de Chicago, a visão europeia do sistema antitruste adquire um caráter instrumental, encontrando-se vinculado aos objetivos próprios da União Europeia.

Aqui opera-se com o objetivo de formação de empresas e concentrações empresariais que tenham competitividade em relação às empresas extracomunitárias. Ou seja, com vistas à criação de um bloco econômico europeu forte, a livre concorrência deixou de ser um fim, para se tornar instrumento destinado a atingir as finalidades estampadas no art. 2º do Tratado CE¹³.

Admite-se, assim, que a concorrência seja sacrificada no caso de haver a persecução de um fim maior, cujo referencial está estampado no referido dispositivo.

De qualquer maneira, a prática demonstrou que os países-membros, mesmo com os princípios estabelecidos pela União Europeia, acabaram por lançar mão de medidas protecionistas, que tem como objetivo o fortalecimento das empresas nacionais, frente às internacionais, utilizando-se dos os sistemas antitruste internos a cada um deles como instrumento protecionista.

Como bem explicita FORGIONI, verifica-se com tais práticas

“o dilema enfrentado pela União, que, a fim de permitir o fortalecimento de uma indústria “europeia”, acaba por anuir a criação de agentes nacionais com elevado poder econômico, aptos a prejudicar o desenvolvimento de atividades de empresas de outros Estados-membros”¹⁴.

¹³ Tratado CE. Art. 2º - A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união econômica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, um elevado nível de emprego e de protecção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.

¹⁴ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. p. 187.

Afirma a autora também que

“em um primeiro momento, acreditou-se que as concentrações e os acordos entre empresas se dariam entre agentes econômicos situados em diversos países da comunidade, criando, assim, os “campeões europeus”¹⁵.

Pode-se dizer, desta maneira, que o sistema concorrencial europeu tem por função primordial a promoção do desenvolvimento e fortalecimento das empresas de seus Estados-membros, de modo que possam atingir um nível de competitividade internacional, beneficiando a comunidade como um todo. Veda-se, nesse caso, quaisquer tipos de acordo ou de abuso de posição dominante quando puderem causar algum tipo de prejuízo ao livre comércio entre os países-membros.

Entretanto, a política antitruste europeia passou por um processo de modernização e passa a ter como foco principal a maximização do bem-estar do consumidor, em conjunto com o fortalecimento do comércio entre Estados-membros, além de prever uma análise menos formalista dos casos concorrenciais¹⁶.

No que se refere à integração do mercado singular europeu WHISH afirma que

“competition Law can be moduled in such way as to encourage trade between Member States, partly by ‘levelling the playing fields of Europe’ (...) and partly by facilitating cross-borders transactions and integration”¹⁷.

Além disso, o autor também afirma que:

¹⁵ Idem. p. 187.

¹⁶ “As a general proposition competition law consists of rules that are intended to protect the processo f competition in order to maximise consumer welfare.” Ainda, “A central concern of competition policy is that a firm or firms with market power are able, in various ways, to harm consumer welfare, for example by reducing output, raising prices, degrading the quality of products on the market, suppressing innovation and depriving consumers of choice” WHISH, Richard. Competition Law. 6th ed. Oxford University Press, 2009. p. 1 – 2.

¹⁷ “O direito concorrencial pode ser formulado de tal moda a encorajar o comércio entre os Estados-membros, parcialmente através do nivelamento das condições e parcialmente ao facilitar as transações e integração transfronteiriça” Tradução livre. Idem. p. 23.

“it is important do stress that EC competition Law is applied by the Commission and the Community Courts very much with the issue of single market integration in mind. (...) The existence of ‘single market’ competition rules as well as ‘conventional’ competition rules is a unique feature of Community competition law”¹⁸.

Dessa maneira, o modelo europeu diferencia-se dos demais ao ter como um de seus escopos a integração econômica dos integrantes da União Europeia, sem, no entanto, deixar de lado a análise das condutas a partir das premissas básicas da defesa da concorrência comuns a outros sistemas, como o norte-americano.

II. 5. O sistema antitruste brasileiro e as infrações à ordem econômica

A Lei 8.884/94 instaurou no Brasil um sistema de defesa da concorrência em que se encontra presente a tutela de interesses diversos, sempre tendo em vista a preservação da ordem econômica como um todo, nos moldes previstos na Constituição.

Seu art. 20 acaba por repetir o que estabelece o § 4º do art. 173 da Constituição, caracterizando como infrações à ordem econômica quaisquer atos que possam limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência (I); dominar mercado relevante de bens ou serviços (II); aumentar arbitrariamente os lucros (III); ou exercer de forma abusiva posição dominante (IV).

Em seguida, seu art. 21 apresenta um extenso rol, meramente exemplificativo das condutas adotadas pelos agentes que podem configurar hipóteses de infração à ordem econômica. Obviamente, em face da dinâmica do mercado e das diversas posturas que os agentes podem adotar, tal previsão legal não esgota as possibilidades de incidência da legislação antitruste.

Em face destas disposições, a regulamentação da atuação dos agentes econômicos e do funcionamento dos mercados assume um caráter duplo. Isto é, protege ao mesmo tempo a liberdade e a lealdade da competição. E não poderia ser de maneira diferente. Conforme lição de SALOMÃO FILHO, no que

¹⁸“É importante destacar que o direito concorrencial comunitário é aplicado pela Comissão e pelas Cortes Comunitárias sempre com a questão da integração do mercado singular em mente. A existência de regras concorrenciais nesse sentido, juntamente com as regras tradicionais da concorrência, é um elemento único do direito concorrencial Comunitário” Tradução livre Idem. p. 51.

se refere à lealdade dos comportamentos, tais regras são essenciais na medida em que “sem as quais a concorrência, ainda que existente e livre, desandaria em um processo autofágico que favoreceria o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas”¹⁹.

Ou seja, no caso de se conceder liberdade excessiva aos agentes, pode-se gerar uma série de situações de abusos e condutas lesivas, ao passo que controlando em excesso as formas de atuação no mercado acaba-se por limitar exageradamente a liberdade desses mesmos agentes, imputando-lhes certos custos que por vezes são desnecessários.

Necessário, portanto, que se estabeleça um ponto de equilíbrio entre tais extremos, levando-se em conta os múltiplos interesses existentes no direito concorrencial, notadamente o dos consumidores e dos concorrentes. A análise a ser feita, portanto, não pode partir de conceitos pré-estabelecidos ou a partir de uma perspectiva estática.

Mais especificamente no sistema brasileiro, tal verificação submete-se a uma regra da razão, que pode ser encontrada no art. 54 da Lei 8.884/94, cuja aplicação destina-se a verificação a partir de um caso concreto acerca da real influência que uma determinada conduta ou estrutura têm sobre o mercado. Somente nos casos em que houver o risco de restrição da concorrência de modo substancial e injustificado é que se configuraria uma infração à ordem econômica propriamente dita.

Percebe-se, portanto, que o direito concorrencial brasileiro contempla ambos os aspectos apresentados acima (lealdade e liberdade), de modo que também possibilita atingir o referido ponto de equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos em uma dada situação.

Confere-se, portanto, às regras antitruste uma maleabilidade que permite contemplá-las frente a situações concretas, em que se possa de fato apreciar os efeitos de determinadas práticas e se tais efeitos alinham-se àqueles objetivos buscados pela política antitruste adotada, além de se lhes permitir a adequação a estes objetivos.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 70

II. 5.1. Infrações à ordem econômica e a posição dominante

Muito embora o direito concorrencial pátrio não tenha como pressuposto para a caracterização de infração à ordem econômica a presença de posição dominante ou poder no mercado, algumas das hipóteses elencadas pelo art. 20 da Lei Antitruste pressupõem a sua existência. Assim sendo, a medição do poder que um determinado agente tem sobre o mercado é essencial para se verificar a licitude de sua postura.

Por exemplo, o aumento arbitrário de lucros somente é possível nas situações em que o agente, através do controle da oferta de um bem, influencia diretamente no preço pago pelo consumidor. Vale dizer, em estruturas de mercado em forma de monopólio, ou análogas a isso, há uma maior facilidade para tais práticas, muito embora seja verdade que a análise de um potencial abuso por parte de um agente dependa de muito mais que a simples análise de sua conduta isoladamente.

A caracterização do poder no mercado e da posição dominante, portanto, adquire papel fundamental ao se analisar o comportamento adotado pelos agentes.

De todo modo, tal verificação tem como pressupostos alguns elementos, sem os quais não é possível identificar de fato qual a influência de determinado agente sobre o mercado.

Não é que o sistema antitruste vise a coibir a existência de poder econômico das empresas. Muito pelo contrário. Numa economia de mercado é perfeitamente normal e aceitável que haja desigualdade entre os participantes de um mercado, cuja diferenciação de produtos e eficiência produtiva implica quase que necessariamente o aumento da participação de uma companhia sobre determinado mercado.

Nesse ponto verifica-se a influência marcante da idéia de *consumer welfare* e de eficiência, de modo que a disciplina da concorrência, como espécie de regulação econômica, seja destinada a promover o bom funcionamento dos mercados.

Ou seja, como afirma CUÉLLAR:

“Embora a detenção de posição dominante seja admitida, o legislador brasileiro atribuiu maior relevância à liberdade de concorrência, princípio que deve orientar a ordem econômica. Se a empresa utilizar sua posição dominante no mercado de forma excessiva, ofendendo princípios jurídicos que a lei entende superiores ao direito de deter poder de domínio, como por exemplo, a concorrência livre, verifica-se o abuso”²⁰.

O papel das normas concorrenciais é, portanto, no dizer de COELHO “disciplinar o exercício desse poder, reprimindo as iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado”²¹.

Lembre-se que a configuração de posição dominante e de poder de mercado deve levar em consideração uma série de aspectos. Em outras palavras, importa saber até que ponto um agente econômico pode influenciar as estruturas e os comportamentos dentro de um determinado mercado relevante.

Deste modo, analisar-se-á de maneira sucinta tais elementos de modo a esclarecer como se caracteriza de fato a posição dominante de um agente econômico e como se define seu poder sobre o mercado.

II. 5. 1. 1. Definição de mercado e poder sobre o mercado

Tarefa fundamental quando se trata de uma possível conduta anti-competitiva ou abusiva por parte de uma empresa, é a definição do mercado em que atua, levando-se em conta diferentes fatores que permitam uma verificação completa acerca da estrutura, funcionamento e nível de concentração em um determinado mercado.

Como afirma WHISH:

“If the notion of ‘power over market’ is key to analyzing competition issues, it becomes immediately obvious that is necessary to understand

²⁰ CUÉLLAR, Leila. “Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro”. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann, Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 50.

²¹ ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. v. 2. 15ª ed. p 219.

what is meant by ‘the market’ or [...] the ‘relevant market’ for this purpose”²².

Ainda, conforme destaca NESTER:

“O poder de mercado de uma empresa, inclusive a identificação da sua eventual posição dominante, somente se faz por meio do conceito de mercado relevante. Nem poderia ser diferente, já que a noção de mercado relevante é necessária para a aplicação de qualquer regra antitruste”²³.

O primeiro aspecto a ser levado em consideração nesta análise diz respeito aos bens e produtos ofertados no mercado em questão. O ponto central se refere à possibilidade de substituição dos bens por outros que atendam à mesma necessidade²⁴.

Quando se fala em bem econômico, está-se fazendo referência tanto a bens de consumo, quanto a bens de produção, cuja diferença reside basicamente no nível da escala produtiva em que são empregados.

Em conjunto com a noção de bens substitutos cabe destacar, também, o conceito econômico de elasticidade, que serve de instrumento para a verificação da existência do poder de mercado de um agente econômico. A elasticidade permite verificar a medida de variação na demanda ou oferta de um determinado bem, levando-se em conta uma variação verificada no preço²⁵.

²² “ Se a noção de ‘poder sobre o mercado’ e chave na análise de assuntos concorrenciais, torna-se imediatamente óbvio que é necessário compreender o que “o mercado” ou “o mercado relevante significa para este propósito”. Tradução livre de: WHISH, Richard. *Competition Law*. 6th ed. Oxford University Press, 2009. p. 26.

²³ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 81.

²⁴ “Os bens sucedâneos [...] são os passíveis de se substituírem no atendimento – direto ou indireto – de uma mesma necessidade.” NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 38. Ou, ainda, conforme definem PINDYCK E RUBINFELD: “Os bens são substitutos quando um aumento no preço de um deles produz um aumento na quantidade demandada do outro.” PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6ª ed. tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. p. 20.

²⁵ “A elasticidade mede quanto uma variável [oferta e demanda] pode ser afetada por outra. Mais especificamente, trata-se de um número que nos informa a variação percentual que ocorrerá em uma variável como reação a um aumento de um ponto percentual em outra variável. Por exemplo, a elasticidade de preço da demanda mede quanto a quantidade demandada pode ser afetada por modificações no preço” PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6ª ed. tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. p. 28.

Diante disso, uma demanda elástica é aquela em que um aumento no preço implica na redução da quantidade demandada, ao passo que quando se trata de uma demanda inelástica mesmo que ocorra uma variação no preço, a demanda não experimenta nenhuma alteração que possa colocar em risco o retorno financeiro do produtor.

Quando se está tratando do produto ofertado, a verificação a ser feita quanto à aferição de poder sobre o mercado leva em conta tais elementos. Se não há bens substitutos e se está diante de uma demanda inelástica, por exemplo, caso desejasse, o produtor poderia simplesmente aumentar os preços cobrados ao consumidor, ou a outros produtores, e ainda assim praticamente não sofreria impacto algum.

As agências norte-americanas desenvolveram um teste que permite fazer tal análise. É o chamado “SSNIP test” (Small but Significant Non-transitory Increase in Price). O que se verifica aqui é:

“Se uma empresa puder aumentar seus preços de maneira significativa e ainda assim reter seus consumidores, isso significaria que valeria a pena monopolizar tal mercado: os preços poderiam ser aumentados lucrativamente, uma vez que não haveria nenhuma pressão concorrencial”²⁶ (Tradução livre).

A questão a ser respondida é se os consumidores poderiam prontamente buscar substitutos ou fornecedores em diferente localização em resposta a tal aumento de preço. Se a substituição for suficiente para diminuir os lucros decorrentes do aumento de preço, em face da conseqüente queda nas vendas, então outros bens e áreas seriam incluídos no mercado relevante.

Como se vê, além de questões referentes à oferta e demanda do bem, considera-se também o aspecto geográfico para a definição de mercado relevante.

Neste sentido:

“O mercado relevante é constituído de um grupo de produtos em uma área geográfica, tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta de demanda de cada grupo de

²⁶ WHISH, Richard. Op. cit. p. 30.

compradores e a resposta dos concorrentes. Assim, a definição do mercado parte de dois tipos de respostas: a possível resposta dos clientes (fatores de substituição da demanda) e a possível resposta dos concorrentes (fatores de substituição da oferta) ”²⁷.

É de se destacar, ainda, que a noção de bens substitutos pode ser aplicada tanto no que tange aos consumidores, quanto a outros produtores. No segundo caso, um eventual abuso teria efeitos diretos sobre outros competidores, que poderiam ter sua atividade inviabilizada em virtude de uma conduta unilateral de outro agente²⁸.

Entretanto, não se pode contabilizar unicamente os aspectos relativos ao preço na definição de mercado e na aferição do poder de mercado. Isso porque alguns mercados são definidos como contestáveis. Em outras palavras, determinados mercados são de fácil acesso a novos agentes e há, portanto, uma concorrência potencial.

Isso implica dizer que, num mercado contestável, se uma empresa dominante, ou até mesmo um monopolista, cobra acima dos preços competitivos, dadas as características deste mercado, outra empresa poderia facilmente se engajar na mesma atividade praticando preços mais baixos, iniciando, assim, uma disputa pela participação neste mercado. Desta maneira, a constante ameaça da entrada de um novo concorrente força o agente dominante a cobrar preços no nível competitivo²⁹.

Assim sendo, numa situação destas, mesmo que haja apenas um ou alguns poucos agentes, não é possível afirmar que exista um poder sobre o mercado propriamente dito, vez que não há uma independência de ação em relação às condições oferecidas pelo mercado³⁰.

Mais adiante, outro elemento que serve de apoio na verificação de poder sobre o mercado é aquele referente à participação no mercado, os percentuais da demanda correspondentes a cada um dos agentes que nele atuam. Muito embora o percentual de participação no mercado (ou market share) não possa

²⁷ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 116

²⁸ WHISH, Richard. Op. cit. p. 31 – 32.

²⁹ BAUMOL, William J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. In: *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, (Mar., 1982), p. 1-15.

³⁰ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Harvard University Press, 2008. p. 242 – 244.

definir precisamente se de fato há uma posição dominante, serve como indicativo desta e do nível de concentração³¹.

Em face da idéia de contestabilidade dos mercados, há que se verificar, também, a existência de barreiras à entrada e saída de agentes em determinado mercado. As barreiras são de diversas ordens:

- a) Barreiras legais: necessidade de autorização estatal para exercício de uma determinada atividade; regulação setorial; legislação que limita o número de empresas atuando no mercado; ou, ainda, mais importante para o presente trabalho, a existência de direitos de propriedade intelectual, permitindo aos agentes que possam prevenir a entrada de concorrentes no mercado, ao exercerem seu direito de exclusividade de exploração;
- b) Economias de escala: há mercados em que a diminuição de custos se dá tão somente com o aumento da quantidade produzida, vez que o custo marginal decresce, na medida em que se incrementa a produção. Nesse caso, o custo pode ser tão baixo, e conseqüentemente os preços também serão, que novas empresas teriam de incorrer em custos tão grandes para entrar neste mercado e a competição por meio dos preços seria tão agressiva, que simplesmente não valeria a pena correr o risco de entrar neste mercado;
- c) Estrutura de custos mais baixa dos concorrentes: empresas que tenham acesso privilegiado a benfeitorias essenciais (essential facilities, tais como redes e infra-estruturas), ou detenham capacidade para desenvolvimento de novas tecnologias, possuam direitos de propriedade intelectual ou simplesmente mais capital para investimento, incorrem em custos mais baixos na produção do que potenciais entrantes no

³¹ Na determinação do nível de concentração de um mercado, pode-se utilizar o chamado Índice Herfindahl-Hirschman. O cálculo é feito através de uma simples fórmula, em que se toma o percentual correspondente a cada um dos agentes em um mercado, eleva-o ao quadrado e somando-o aos demais. De acordo com os critérios deste índice, um mercado será pouco concentrado quando o resultado da soma for menor do que 1000, haverá um nível médio de concentração quando estiver entre 1000 e 1800; e será muito concentrado com somas acima de 1800. Apenas a título de exemplo, imagine-se um mercado em que haja dois agentes com participações de 25% cada e outros 5 agentes com uma participação de 10% cada. O cálculo feito pelo HHI (Herfindahl-Hirschman Index) se dá da seguinte maneira: $HHI = 2 \times 25^2 + 5 \times 10^2 = 1750$. No exemplo dado se estará diante de nível médio de concentração, de acordo do o HHI.

mercado, de modo que o ingresso de novas empresas é desencorajado por tais fatores, pela dificuldade de competição;

- d) Redes de distribuição eficientes: agentes que já estejam estabelecidos num mercado podem possuir uma rede de distribuição perfeitamente integrada e eficiente, o que reduz os custos para disponibilização dos produtos no mercado³².

Como pode ser notado, a existência de uma posição dominante e de poder sobre o mercado depende não somente de fatores intrínsecos à própria organização interna de cada agente, como também de fatores estruturais externos que influenciam o funcionamento dos mercados.

Desta feita, somente após se analisar por completo tais fatores é que se pode determinar precisamente se uma empresa de fato detém a capacidade de agir independentemente dos outros competidores sem que seja afetada substancialmente em sua atividade, caracterizando-se assim seu poder sobre o mercado, o que a permitiria adotar uma postura anti-concorrencial com vistas a excluir outros concorrentes do mercado ou simplesmente obter lucros exorbitantes à custa dos consumidores.

Isso porque, a posição dominante permite a uma empresa a tomada de decisões de modo unilateral, influenciando diretamente o comportamento dos demais partícipes do mercado³³.

A investigação a ser feita acerca da existência de posição dominante e de poder sobre o mercado passa pela verificação dos aspectos estruturais relativos ao mercado acima expostos. Porém, a análise acerca das estratégias adotadas pelos agentes econômicos vai não se limita a esses elementos.

A análise estrutural convencionalmente proposta pela teoria econômica é:

³² WHISH, Richard. Op. cit. p. 42.

³³ CUÉLLAR, Leila. "Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro". In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann, Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 41. Ou, como afirma Alexandre Wagner Nester: "A doutrina antitruste, de modo geral, define a posição dominante como o poder econômico que permite ao seu detentor atuar de forma independente e com indiferença relativamente à existência ou ao comportamento dos demais agentes do mercado relevante." (NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006. p. 48)

“fortemente influenciada pela visão neoclássica, uma vez que as empresas, segundo essa tradição, não agem na criação de mercados e interagem muito pouco entre si, limitando-se a reagir às mudanças ambientais, Isto significa supor que o comportamento da empresa é resultante de fatores externos a ela – grau de concentração do mercado, barreiras estruturais à entrada, entre outros. As empresas, nesta tradição, são desprovidas de poder discricionário, de capacidade de influenciar a concorrência em seu favor, de rivalizar diretamente com as demais empresas e potenciais entrantes”³⁴.

Entretanto, os autores propõem um modelo em que:

“A empresa é concebida como um organismo vivo em permanente mutação que recebe influências de seu ambiente (mercado), mas ao mesmo tempo é capaz de transformá-lo ou criar novos mercados ou indústrias a partir da introdução de inovações tecnológicas”³⁵.

Tomando tal concepção como ponto de partida, cumpre agora analisar de que modo a inovação é tutelada juridicamente, o modo pelo qual integra a organização interna de cada empresa, sendo essencial ao exercício da atividade econômica, e, ainda, como sua utilização influencia diretamente o processo competitivo.

³⁴ HASENCLEVER, Lia, TIGRE, Paulo. Estratégias de Inovação. In: Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Org.: David Kupfer e Lia Hasenclever. 15ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 432.

³⁵ Idem. p. 431.

III. A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O PAPEL DA INOVAÇÃO NO PROCESSO COMPETITIVO

III. 1. Estabelecimento empresarial e propriedade industrial

Uma vez que o escopo principal da empresa é a obtenção de lucro, é de se notar que os métodos pelos quais se busca o crescimento do empreendimento econômico variam constantemente, porque os agentes lançam mão de diferentes estratégias para atingirem tal objetivo.

Para tanto, é necessário um mínimo de organização dos meios de produção que viabilize a consecução de tal finalidade. Isso significa que agentes econômicos visando sua sobrevivência no mercado, conjugam em torno de si complexos de bens e fatores de diferentes naturezas que os permitam atuar de maneira eficiente.

Surge daí o conceito amplamente difundido de estabelecimento empresarial.

GONÇALVES NETO o define como sendo “o complexo de bens organizado para exercício da empresa por empresário ou sociedade empresária”³⁶.

Nesse mesmo sentido, é precisa a lição de COELHO:

“Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis para o desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. Não existe como dar início à exploração de qualquer atividade empresarial, sem a organização de um estabelecimento”³⁷.

Muito embora a noção de estabelecimento empresarial tenha como foco a empresa individualizada, ela é essencial na medida em que se constata que é tal reunião de elementos internos e organização racional dos bens sob seu

³⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 574.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 112.

domínio que permite a efetiva concorrência entre os agentes econômicos. Sem isso, seria praticamente impossível sua permanência no mercado.

O Código Civil, em seu artigo 1.142, afirma que “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária”.

Nesse contexto, os bens integrantes da propriedade industrial adquirem papel central no processo competitivo.

Muito além da competição pelo meio de preços, é notório que as companhias em geral buscam modos de diferenciação de seus produtos, além de maneiras para produzir a custos menores, ou em outras palavras incrementarem sua eficiência produtiva³⁸.

Isso porque, num cenário de competição, faz-se necessário que as empresas se adaptem às mudanças a que o ambiente econômico está sujeito e, mais importante, inovem cada vez mais.

A inovação pode surgir de diferentes formas. Pode se verificar através do incremento na qualidade de um determinado produto, na invenção de algo novo a ser comercializado, na melhoria dos processos produtivos, na distinção por meio de marcas e sinais, cujo objetivo, pode-se dizer, é basicamente o de ganhar a preferência dos consumidores e aumentar a participação no mercado.

Em que pese o fato de que o estabelecimento recebe salvaguarda jurídica, é bem verdade que o tratamento mais abrangente por ele conferido não dá conta de tutelar de modo adequado a propriedade industrial que é dele integrante.

Conforme afirma GONÇALVES NETO, acerca dos bens que compõem a propriedade industrial:

“são eles bens incorpóreos dos quais se utiliza o empresário para identificar, para caracterizar suas mercadorias, produtos ou serviços, seu estabelecimento e suas idéias, com o propósito de atrair ou

³⁸ De acordo com a definição trazida por Richard WHISH “Productive efficiency is achieved because [under competition] a producer is unable to sell above cost [...] and he will not sell below it. If a producer were to charge above cost, other competitors would move into the market in the hope of profitable activity. They would attempt to produce on a more efficient basis so that they can earn a greater profit. In the long run the tendency will be to force producers to incur the lowest cost possible in order to earn any profit at all.” WHISH, Richard. Competition Law. 6th ed. Oxford University Press. p. 5.

assegurar clientela, de divulgar sua empresa e de expandir seus negócios no regime da livre concorrência³⁹.

Por esse motivo é que esta recebe tratamento jurídico específico em diversos países, sendo objeto, inclusive, de acordos e convenções internacionais, merecendo destaque o chamado acordo TRIPS (ou Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), do qual o Brasil é signatário, assim como outros membros da Organização Mundial de Comércio. O TRIPS estabelece as diretrizes gerais da proteção a ser conferida por seus signatários no que se refere à inovação, deixando, porém, ao encargo de cada um deles a edição de normas específicas de acordo com seus próprios interesses econômicos e sociais⁴⁰.

No Brasil a matéria é tratada especificamente pela Lei 9.279/1996 que regulamenta o regime de concessão de patentes e registros aos bens que compõem a propriedade industrial e estabelece os requisitos mínimos de aplicabilidade do referido diploma legal.

O ordenamento jurídico brasileiro confere proteção às invenções, modelos de utilidade, marcas e desenhos industriais. Cumpre aqui distingui-los brevemente, tendo em vista a delimitação dos temas a serem tratados neste trabalho.

A lei 9.279/1996 não traz nenhuma definição concreta acerca do que seja uma invenção, o que acaba sendo feito por um critério de exclusão, vez que, de acordo com o art. 10 de tal lei, não são invenções "I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V -

³⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 579.

⁴⁰ "Art. 8ª. 1. Os Membros ao formular suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que essas medidas sejam compatíveis com o disposto neste acordo. 2. Desde que compatíveis com este Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia" – Texto do Acordo TRIPS. Disponível em < http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf> Acesso em 3/10/2011.

programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”.

Os modelos de utilidade, a seu turno, são entendidos como aperfeiçoamento da invenção, modificações que agregam recursos às invenções com o intuito de ampliar as possibilidades de sua utilização⁴¹.

Ou, de acordo com a definição trazida pela lei (art. 9º, Lei 9.279/1996), considera-se modelo de utilidade o “objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”.

No que se refere às marcas e desenhos industriais verifica-se que ambos tem a função de diferenciação de produtos não se relacionando com a produção propriamente dita ou prestação de serviços. Tem por finalidade a identificação da empresa e seus produtos ou serviços.

Invenções e modelos de utilidade, cuja aplicação se dá diretamente no processo produtivo, têm grande influência no que se refere à estrutura de mercado e a sua utilização nos meios de produção e, portanto, são objeto de maior atenção.

A tutela jurídica concedida aos inventos e modelos de utilidade é dispensada por intermédio de um sistema de concessão de patentes, ao passo que desenhos industriais e marcas são sujeitas ao registro junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual).

Para que um agente seja titular de uma patente ou registro, no entanto, deve atender a uma série de requisitos e submeter a inovação à apreciação do órgão competente, que terá a discricionariedade para avaliar se de fato é o caso de se dispensar um tratamento diferenciado à novidade. É acerca destas condições que se passa a tratar a seguir.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

III. 2. O regime de concessão de patentes e suas características

A legislação brasileira referente à propriedade industrial estabeleceu uma série de requisitos a serem observados para a concessão de uma patente, quais sejam a novidade, atividade inventiva, industriabilidade e desimpedimento, num conjunto que a doutrina convencionou chamar de patenteabilidade⁴².

Novidade refere-se ao fato de a invenção ser desconhecida dos pesquisadores e especialistas. A atividade inventiva quer dizer que a invenção não é decorrente tão somente de deduções lógicas a partir de descobertas já feitas, mas deve derivar de um verdadeiro esforço inventivo. A chamada industriabilidade significa que a inovação deve ser passível de utilização em escala industrial. Deve ser útil ao desenvolvimento econômico e social de alguma maneira, para que se conceda uma patente. Por fim, o desimpedimento significa que não pode haver restrições de ordem pública à concessão de uma patente, mesmo que os critérios estabelecidos sejam um tanto quando vagos⁴³.

Ou, de modo mais simplificado, como afirma REQUIÃO:

“É patenteável, em modelo de utilidade, o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (art. 9º). É, também, patenteável a invenção que atenda aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 8º)”⁴⁴.

A própria Lei 9.279/1996 traz em seu artigo 11 a definição do que seria considerada uma novidade ao afirmar que “A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica”. E

⁴² COELHO. Op. cit. p. 166

⁴³ “Art. 18. Não são patenteáveis: I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.”

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 1º volume. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 295.

o parágrafo 1º do dispositivo define o estado da técnica como sendo “constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior”.

Mais importante que os requisitos necessários à concessão de patentes são os efeitos jurídicos desencadeados posteriormente à concessão. “Ao autor da invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade [...]”⁴⁵.

Ou seja, a concessão de uma patente pelo INPI, através de um ato administrativo de natureza constitutiva, confere a seu titular um direito de propriedade sobre o bem imaterial, que “implica o direito de excluir outros de seu uso.”⁴⁶.

A partir do momento em que uma empresa passa a ser titular de uma patente, adquire conseqüentemente o direito de sua exploração econômica exclusiva, de modo que qualquer indivíduo que também deseje utilizá-la, “somente poderá explorar economicamente a invenção mediante licença do titular da patente.”⁴⁷.

Essa característica dos direitos inerentes à propriedade industrial tem importância fundamental na concorrência entre as empresas, pois confere a seu detentor um monopólio temporário na exploração de determinado produto. No caso brasileiro o período de exclusividade é de vinte anos para patente de invenção e quinze para modelo de utilidade.

A titularidade de uma patente é potencialmente uma vantagem competitiva frente aos concorrentes. A inovação por si só pode ter impactos na estrutura de custos da empresa, ao viabilizar uma maior eficiência e redução de custos; no incremento da qualidade dos produtos e serviços ofertados; na diferenciação destes em face aos ofertados por outros competidores. Entretanto, a partir do momento em que se tem uma proteção jurídica específica para estes bens, garante-se que somente a detentora de tais direitos pode fazer uso dos processos e informações, assegurando-se, como dito, um monopólio temporário.

⁴⁵ Idem. p. 295-296.

⁴⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Francisco Araujo da Costa e Luís Marcos Sanders. 5ª ed. São Paulo: Bookman Companhia Ed., 2010. p. 135.

⁴⁷ COELHO. Op. cit. p. 161.

Outro fator de extrema importância no que se refere à tutela jurídica da propriedade industrial diz respeito ao que de fato se está protegendo. Em última análise, quando se trata de inovação, seja ela uma invenção ou modelo de utilidade, se está diante de uma idéia em si, ou, ainda, de uma informação propriamente dita.

No dizer de COELHO:

“O direito industrial protege não apenas a forma exterior do objeto, como a própria idéia inventiva (...) a propriedade, neste caso, está protegida como a idéia de que decorre a invenção.”⁴⁸.

A concessão de uma patente tem como pressuposto que, no seu pedido, contenham as informações e descrições necessárias que caracterizam a inovação. Neste momento, no entanto, tal informação é publicizada e passa a ser de conhecimento geral. O que se protege é a utilização de tais informações por pessoas não autorizadas pelo detentor da patente, muito embora já tenham sido difundidas.

Os concorrentes de uma empresa tomam conhecimento não somente da existência, mas também do modo de funcionamento e elementos que constituem a inovação.

Os efeitos que daí decorrem são diversos e complexos, cujas implicações são determinantes tanto social, como economicamente, como se tratará a seguir.

III. 3 – A propriedade industrial em seu aspecto funcional: incentivo a inovação, progresso tecnológico e disseminação de informação

A breve descrição acima feita acerca da proteção jurídica dispensada à inovação e de suas características principais abre espaço para uma nova discussão versando sobre a influência exercida pelo sistema de proteção da propriedade intelectual na sociedade como um todo e na economia em geral.

A primeira questão a se tratar está ligada à garantia de exclusividade na exploração de determinada inovação por meio de um sistema de patentes.

⁴⁸ Idem. p. 162.

Como já afirmado acima, os agentes econômicos, via de regra, adotam uma organização racional de modo a potencializar sua atuação e alcançar ganhos de eficiência.

Afinal, num ambiente competitivo e na busca pelo lucro, escopo principal de um empreendimento, é através da conjugação de tais fatores que se consegue reduzir custos e, como implicação direta, ao menos em tese, a redução dos preços ao consumidor.

O chamado modelo de concorrência schumpeteriana, proposto inicialmente pelo economista Joseph SCHUMPETER ilustra bem tal situação, vez que:

“A concorrência schumpeteriana caracteriza-se pela busca permanente de diferenciação por parte dos agentes, por meio de estratégias deliberadas, tendo em vista a obtenção de vantagens competitivas que proporcionem lucros de monopólio, ainda que temporários. (...) Essa ênfase na diferenciação de agentes e na multiplicidade dos instrumentos de concorrência e dos ambientes concorrenciais implica destacar a importância da diversidade dos fatores microeconômicos na caracterização dos esforços e resultados competitivos; em particular, a diversidade estratégica e a variedade tecnológica como elementos centrais na análise da concorrência.”⁴⁹

Compelidas por tal necessidade, as empresas investem em inovações que possibilitem melhor seus produtos, tornando sua produção menos custosa por intermédio de novos processos, ou ganhando a preferência do consumidor pela melhoria nos produtos ofertados.

Tal processo de inovação, porém, envolve grandes investimentos e tempo de pesquisa. Lembre-se também que quando se fala em inovação, necessariamente se está tratando de uma informação.

COOTER e ULEN tecem comentários precisos acerca do tema:

“Uma empresa que inova ganha uma vantagem competitiva, o que cria imediatamente lucros extraordinários. Os lucros extraordinários recompensam o inovador pelos recursos e esforços dedicados a uma

⁴⁹ POSAS, Mario L. Concorrência schumpeteriana. In: Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Org.: David Kupfer e Lia Hasenclever. 15ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 419 – 420.

atividade muito arriscada. A longo prazo, entretanto, a concorrência faz com que a inovação se difunda e muitas empresas passam a fazer uso dela. Quando a inovação está plenamente difundida, o inovador perde sua vantagem competitiva, e seus lucros caem para o nível normal. (...) a inovação causa um desequilíbrio e o inovador tem lucros extraordinários enquanto ele persistir. Portanto, a recompensa pela inovação depende de quanto tempo persiste o desequilíbrio. [...] Sem uma intervenção jurídica, a competição pode destruir rapidamente os lucros decorrentes da inovação, o que resulta em inovação insuficiente”⁵⁰.

O raciocínio é de certo modo simples. Uma empresa toma a decisão de investir em determinada pesquisa e, logo, incorre em altos custos, que não se limitam àqueles necessários ao desenvolvimento desta pesquisa, mas também em custos de oportunidade⁵¹. A expectativa imediata é de que a vantagem ganha através de tal investimento proporcione um ganho de eficiência e lucros extraordinários que permitam a recuperação dos custos suportados.

Imagine-se agora uma situação em que não haja um remédio jurídico adequado para tutelar a propriedade industrial. Um concorrente pode facilmente se apropriar do novo método desenvolvido e se beneficiar das vantagens trazidas pela inovação, sem que tenha suportado qualquer ônus para seu desenvolvimento. Está-se diante do clássico problema dos *free-riders*. Como afirma HOVENKAMP:

“That is where the IP laws step in. Their purpose is to prevent excessive free riding on innovations by giving inventors [...] a period of exclusive protection from copying”⁵².

Numa situação como essa, ou seja, sem que haja qualquer tipo de tutela jurídica quanto à inovação, não parece fazer sentido que uma empresa invista

⁵⁰ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Francisco Araujo da Costa e Luís Marcos Sanders. 5ª ed. São Paulo: Bookman Companhia Ed., 2010. p. 132.

⁵¹ “Os custos de oportunidade são custos associados às oportunidades que serão deixadas de lado, caso a empresa não empregue seus recursos da melhor maneira possível.” PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6ª ed. tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005. p. 182.

⁵² “É aí que as leis de propriedade intelectual entram. Seu propósito é prevenir o free riding excessivo nas inovações, concedendo aos inventores um período de proteção exclusiva contra a cópia” Tradução livre de: HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Harvard University Press, 2008. p. 255.

em novas tecnologias, vez que: “A informação é algo dispendioso em termos de produção e barato em termos de transmissão.”⁵³.

Desta forma, a proteção jurídica conferida à propriedade industrial surge como a solução para este problema, pois, ao se conceder uma patente e, como consequência, o direito de exclusividade de sua exploração econômica, a empresa inovadora tem a certeza de que terá o retorno adequado ao investimento feito, pois terá o monopólio sobre sua criação. “Com direitos de propriedade intelectual eficazes [...] o inovador não precisa ter medo de que outras pessoas venham roubar a inovação”⁵⁴.

Em contrapartida, seus concorrentes serão quase que inevitavelmente obrigados a desenvolver suas próprias tecnologias e processos de modo a garantir sua permanência no mercado. Caso contrário, os ganhos de eficiência alcançados pela concorrente acarretarão na sua gradativa exclusão deste mesmo mercado.

Há, portanto, um duplo incentivo para que se invista em inovação e tecnologias. De um lado se tem assegurado o direito de exploração econômica exclusiva da inovação por meio de uma patente e, com isso, a partir do momento em que um agente inova, seus concorrentes são obrigados a trilhar o mesmo caminho.

Havendo inovação, os benefícios subseqüentes são o aumento da eficiência, a redução de custos, a melhor qualidade dos produtos ofertados naquele mercado e, ainda, a diminuição dos preços suportados pelos consumidores, além de um incremento na concorrência entre os agentes.

Diante de tais considerações, verifica-se que no que tange ao problema dos incentivos à inovação a concessão de patentes e dos direitos de exclusividade a ela inerentes mostra-se adequada para tal finalidade, vez que competidores são impulsionados a buscar vantagens competitivas.

Seguindo adiante na análise dos escopos que justificam a existência de um direito industrial, parte-se para a questão atinente à promoção do desenvolvimento tecnológico e disseminação de informações.

⁵³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Francisco Araujo da Costa e Luís Marcos Sanders. 5ª ed. São Paulo: Bookman Companhia Ed., 2010. p. 132.

⁵⁴ Idem. p. 135.

Remetendo-se novamente à concepção de que inovação representa informação, tem-se que, por uma dedução óbvia, as empresas que inovam têm a sua disposição um arcabouço maior de informações que as confere uma vantagem competitiva frente aos seus concorrentes num determinado mercado.

Diante do fato de que o objetivo principal de uma atividade econômica organizada é o lucro e tendo como premissa a idéia de concorrência schumpeteriana, ou seja, de um processo evolutivo e criativo, no intuito de se obter lucros de monopólio ou de se promover a eficiência, inovar parece ser algo inerente à própria atividade econômica.

Assim sendo, com base nas informações disponíveis cada um dos agentes econômicos lançar-se-ia na busca por uma maior diferenciação em relação a seus concorrentes e pelo fortalecimento de sua posição no mercado.

Entretanto, como já exposto anteriormente, a informação é de fácil disseminação e, ademais, é algo não passível de apropriação, de modo que sua utilização pode ser feita por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, sem prejuízo das demais⁵⁵.

Logo, dada tal característica, uma pessoa ou empresa que tenha acesso a tal informação se torna um competidor em potencial. Em face disso, levando-se em conta uma racionalidade puramente econômica, com vistas a preservar sua posição privilegiada no mercado, o detentor da informação será motivado a mantê-la em segredo, longe do alcance de outros competidores.

Conforme explica COELHO:

“[...] em algumas circunstâncias, poderá revelar-se mais interessante ao inventor manter segredo acerca de sua invenção, explorando-a sem requerer a concessão da patente.”⁵⁶

Ao assim proceder, a empresa inovadora acaba por restringir a circulação de informações, fator que, se verificado numa escala maior acaba

⁵⁵ “This is due to the very nature of IP rights, which are “non-rivalrous” (i.e., your use of na IPR does not interfere with my use of that IPR; we can both use it at the same time and it does not deteriorate as a result of use.”. RITTER, Cyril. Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property require special deference compared to tangible property? In.: World Competition: Law and Economics Review. v. 28. Nº 3, 2005. p. 291.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 156.

por gerar uma falha de mercado, denominada, neste caso como falha de transparência ou assimetria de informações. Como afirma NUSDEO:

“[um] pressuposto básico do sistema descentralizado vem a ser o acesso de todos os operadores de um mercado, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados”⁵⁷.

Retendo tais informações, como é natural que façam os agentes dentro do cenário em que estão inseridos, impede-se que o mercado em questão funcione corretamente, eis que outros agentes são privados de informações completas a respeito da inovação.

A existência de direitos de propriedade industrial também vem com o intuito de solucionar tal problema. Diz-se isso, pois o pedido para a concessão de uma patente pelo órgão competente, no caso brasileiro o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), deve ser acompanhado de uma descrição pormenorizada da invenção, que permita averiguar se de fato é patenteável. A partir deste momento, a publicização permite o acesso geral à inovação e a seus detalhes, disseminando, assim a informação, mesmo que seu uso seja restrito ao detentor da patente. “A substituição do segredo pela propriedade aumenta a disseminação [...]”⁵⁸, de acordo com os motivos acima expostos.

Desta maneira, o nível de informações disponíveis a outros agentes torna-se maior, permitindo que potenciais competidores e concorrentes já estabelecidos tenham acesso ao modo de funcionamento e à estrutura do mercado relevante, especialmente aqueles em que o grau de inovações introduzidas é grande, além de poderem desenvolver suas próprias inovações a partir das informações acerca daquelas que já existem e são protegidas por patentes.

Nesse sentido:

“[...] o ato de inventar a máquina não se confunde com a invenção nem esta com sua materialidade. A proteção de um direito intelectual, por isso, não é a proteção a um direito de monopólio limitado, isto é, de uma atividade, mas de uma criação intelectual objetiva, de uma

⁵⁷ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 143.

⁵⁸ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Op. cit. p. 136.

propriedade. O abuso, nestes termos, está justamente em confundir o ato de criação, em cercear atos criadores pelo uso e gozo abusivo da criação objetivamente considerada. Já por aí se pode entender que os direitos intelectuais não conferem monopólios limitados, pois não dizem respeito ao exercício de uma atividade – o ato de criar, de inventar – mas sim às propriedades, que, por sua vez, são distintas das propriedades da materialidade em que se expressam”⁵⁹.

Desta feita, a existência de um direito de propriedade intelectual exerce, também, a função de promover o desenvolvimento tecnológico e econômico, desempenhando aqui um papel mais de atendimento ao interesse público e de estímulo à concorrência, do que do agente econômico individualmente considerado.

Sobre esse aspecto, KUBRUSLY afirma que:

“A propriedade intelectual incorpora o interesse público, na medida em que se torna cada vez mais fator de concorrência e instrumento de estímulo ao investimento em inovação e, conseqüentemente, de desenvolvimento econômico. A tutela da propriedade intelectual perde seu caráter eminentemente privatista e vincula-se ao atendimento do interesse público: garante-se ao titular a proteção desde que os direitos dela decorrentes sejam exercidos com o objetivo de cumprir a sua função social.”⁶⁰

Tal preocupação, inclusive, encontra-se estampada na Constituição, mais precisamente em seus artigos 5º, XXXIX, 218 e 219, em que se trata explicitamente da questão ligada ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

É de se destacar neste ponto o debate existente no que se refere à duração e à amplitude dos direitos de propriedade industrial, bem como a dificuldade em se estabelecer um nível ótimo de proteção, que atenda aos interesses tanto dos agentes quanto da sociedade. Nesse sentido:

⁵⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio de. Propriedade industrial e defesa da concorrência. In: BATISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Macelo; CASELLA, Paulo Borba. Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994. p. 501.

⁶⁰ KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 132.

“ Determining the optimal amount of protection is incredibly difficult. For example, as the scope and strength of IP rights increases, people have a greater incentive to innovate insofar as anticipated returns to completed innovations are greater, but a reduced incentive insofar as it becomes more costly to borrow the ideas of others. Further, while the IP statutes are largely general, optimal coverage almost certainly varies from industry to industry”⁶¹.

Assim sendo, os direitos inerentes à propriedade industrial adquirem este contorno, sendo que seu exercício regular está condicionado ao atendimento da finalidade de promover o bem estar social e econômico através do progresso tecnológico. Do contrário, sua utilização de maneira abusiva pode comprometer tal objetivo, além de, no âmbito concorrencial, poder ter o condão de eliminar ou limitar a concorrência, de modo que uma empresa possa obter um poder econômico em decorrência de tal circunstância, “a depender do nível de competitividade, da existência de tecnologias substitutas, da presença de barreiras à entrada e do nível de desenvolvimento tecnológico no mercado”⁶², situação em que a conduta reputada como abusiva submete-se à incidência da legislação antitruste.

III. 4. Desvio de finalidade na utilização de patentes e concessão de licenças compulsórias

Como visto acima, o exercício dos direitos inerentes à propriedade industrial não possuem caráter absoluto, estando condicionado ao atendimento de finalidades específicas e aos interesses outros, para além da garantia de retorno dos investimentos de seu detentor.

⁶¹ “ Determinar a quantidade ótima de proteção é incrivelmente difícil. Por exemplo, conforme o escopo e a força dos direitos de P.I aumentam, as pessoas tem mais incentivos a inovar na medida em que os retornos são maiores, mas, ao mesmo tempo, tem menos incentivos na medida em que os custos para se utilizar idéias já existentes são muito altos. Além disso, enquanto a disciplina da P.I é genérica, a cobertura ótima certamente varia de indústria para indústria.” Tradução livre de:HOVENKAMP, Herbert. The Intellectual Property-Antitrust Interface. The University of Iowa Legal Studies Research Paper nº 8-46. Issues in Competition Law, Nov. 2008. p. 1979 – 2007. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628>. p. 1982. Acesso em 30/09/2011.

⁶² Idem. p. 133.

A lei 9.279/1996 estabelece em seu art. 68 como sendo desvios na utilização de patentes e demais direitos industriais as seguintes condutas: o exercício abusivo dos direitos sobre a patente; o abuso de poder econômico por meio da patente; a não exploração em território nacional, ressalvados os casos de inviabilidade econômica; e a comercialização que não satisfizer as necessidades do mercado.

A lei 8.884/1994, a seu turno, além dos atos previstos no art. 20, que caracterizam as infrações à ordem econômica, elenca de forma não taxativa no seu art. 21 algumas condutas consideradas lesivas à concorrência e aos concorrentes, de modo que merecem destaque, no que importa ao presente trabalho, as seguintes: criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; regular mercados de bens ou 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; e açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia.

Via de regra, quando há o uso inadequado de uma patente, o já mencionado art. 68 da Lei de Propriedade Industrial prevê uma sistemática de concessão de licenças compulsórias.

“Uma licença compulsória é a autorização, concedida a determinada pessoa por uma autoridade nacional, para a exploração, sem o consentimento do detentor do título, de informação protegida por uma patente ou por outros direitos de propriedade intelectual”⁶³.

No mesmo sentido, tem-se que:

⁶³ CORRÊA, Carlos. Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual. In: VARELA, Marcelo Dias (organizador e co-autor). Propriedade intelectual e Desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 66.

“A licença compulsória é um instrumento jurídico que, sem implicar a supressão do direito do titular, corrige o exercício do direito de exclusividade de forma abusiva e garante a consecução de interesses públicos. [...] O fundamento de sua concessão é que, em determinadas circunstâncias, o amplo acesso à invenção é considerado pelo Estado mais relevante do que o interesse privado do detentor da patente de explorar sua invenção com exclusividade”⁶⁴.

Sob o ponto de vista concorrencial, a concessão de licenças compulsórias pode significar um ganho de eficiência, uma vez que acaba por admitir um novo concorrente no mercado, forçando uma redução dos preços por meio da competição, beneficiando os consumidores em geral pelo acesso mais barato a um determinado bem ou serviço. No que se refere a políticas públicas de saúde, o licenciamento compulsório adquire um caráter fundamental neste aspecto, ao prover remédios mais baratos e ampliar o acesso à medida em questão⁶⁵.

Além disso, tal sistemática também pode servir para o propósito de reduzir custos adversos do sistema de patentes, como para reduzir o poder de monopólio atribuído a alguns agentes econômicos, os custos necessários para duplicação da pesquisa já feita, representando, assim, quando aplicada corretamente, uma importante ferramenta para a promoção do desenvolvimento de maneira eficiente.

Por outro lado, não se pode aplicar tal remédio jurídico de maneira desmedida. Deve-se, portanto, verificar precisamente quais as peculiaridades de cada situação, assim como se de fato a postura adotada pela empresa detentora da patente constitui alguma forma de abuso, nos moldes estabelecidos legalmente.

É necessário, também, que haja a correta remuneração do agente inovador, que, independentemente de sua postura, investiu no desenvolvimento tecnológico, e, portanto, deve ser recompensado. Do contrário se estaria incentivando a já citada prática dos free-riders, que se aproveitariam de eventuais externalidades positivas decorrentes da inovação,

⁶⁴ GUISE, Mônica Steffen. Propriedade Intelectual e o mercado farmacêutico: uma reflexão sobre a aplicação de licenças compulsórias no marco de políticas nacionais de saúde pública. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coordenador). Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244 – 245.

⁶⁵ Idem. p. 66.

sem que tivessem suportado quaisquer ônus para tanto. Haveria aqui, portanto, uma falha de incentivo no mercado, pois não haveria vantagem alguma no investimento em inovação.

Desta maneira, necessária é a fixação adequada dos *royalties* a serem pagos ao titular dos direitos, como modo de compensá-lo pela utilização da tecnologia patenteada, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida.

Insta destacar que:

“O licenciamento compulsório não implica a perda da validade da patente assim licenciada, e sujeita o licenciado a pagamento de *royalties* ao titular da patente. O que ocorre quando o licenciamento compulsório é outorgado é a prevalência do interesse público (no sentido lato), [...] sobre a exclusividade proporcionada pelo privilégio de patente”⁶⁶.

Como visto, portanto, o exercício de dos direitos inerentes a uma patente não é dotado de caráter absoluto e nem se dá tendo em vista unicamente os interesses de seu detentor. Assim, a legislação atinente à propriedade industrial fornece um instrumental jurídico capaz de retificar eventuais desvios na utilização de um invento, por intermédio das licenças compulsórias.

A partir do momento em que a patente deixa de ser manejada dentro de seus limites, ou até mesmo sua sub-utilização, admite-se a relativização do direito de exclusividade de exploração econômica, concedendo a outros agentes interessados a faculdade de exploração conjunta, visando atender o interesse público que a permeia.

Desta maneira, privilegia-se a disseminação da informação, bem como a sua utilização eficiente.

Porém, a figura das licenças compulsórias tem um caráter um tanto quanto amplo, estendendo-se a um rol de situações diversas, de maneira que, interessa aqui o estudo da utilização da propriedade industrial como estratégia

⁶⁶ VIEGAS, Juliana L. B. Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coordenadores). Propriedade Intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130 – 131.

competitiva e eventuais práticas anti-concorrenciais que as envolvam, conforme se tratará a seguir.

IV. ESSENTIAL FACILITIES E PROPRIEDADE INDUSTRIAL: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

IV. 1. Origem da teoria das essential facilities e seus pressupostos de aplicação

O desenvolvimento de determinadas atividades econômicas exige inicialmente um vultuoso investimento, cuja finalidade primeira é a criação de uma infra-estrutura adequada para a atuação eficiente do agente econômico.

Tais investimentos geram custos irrecuperáveis⁶⁷ e consistem uma barreira à entrada de novos agentes no mercado. Diz-se que os custos são irrecuperáveis, porque, existe uma falha de mobilidade em razão da própria estrutura de mercado, de modo que aquele bem utilizado na atividade econômica somente pode ser utilizado nela e em nenhuma outra⁶⁸. Caso o agente decidisse abandoná-la, não poderia reaproveitá-la em outro mercado.

Os exemplos típicos disso são as redes ferroviárias, telefônicas ou rodoviárias. Além disso, pelas características de tais redes, sua utilização por mais de um operador é inviável. Vale dizer, a eficiência somente seria atingida caso houvesse um único operador.

Tais situações são descritas como monopólios naturais ou monopólios estruturais. Ou seja, o custo para atuação em um mercado com tais características é menor havendo uma empresa responsável por todo o mercado, do que qualquer outro número de agentes⁶⁹.

Note-se que muito embora possa se admitir que monopólios naturais tenham a capacidade de operar com preços no nível competitivo, tendo em vista a já mencionada teoria dos mercados contestáveis, na maioria das situações as barreiras à entrada são tamanhas que simplesmente não há viabilidade para que outra empresa possa de fato ingressar no mercado.

⁶⁷ Estes custos também são definidos como “sunk costs” e referem-se a barreiras à entrada, assim como barreiras à saída de um mercado. Afinal, mesmo que haja a amortização destes custos ao longo do exercício da atividade econômica desempenhada pelo agente, caso este deseje abandonar a atividade, suportará novamente os custos pela impossibilidade de realocar os mesmos recursos em outra atividade. (SCHMALENSEE, Richard. Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry. *American Economic Review*, v. 94, n. 2, p. 471-475. mai. 2004).

⁶⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico.

⁶⁹ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 242.

Além disso, verifica-se a existência de uma infra-estrutura ou bem sem o que a concorrência no mercado simplesmente não tem espaço para se desenvolver. Por infra-estrutura aqui entende-se “a base física sobre a qual diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si”⁷⁰.

Surge dessa concepção a noção de *essential facility*.

“O conceito de *essential facility* no direito concorrencial é utilizado para hipóteses de extrema concentração econômica. Em sua formulação inicial essas hipóteses coincidiam com os casos de monopólio natural ou com outros casos de monopólio decorrentes de razões estruturais e nos quais não há como presumir que o mercado seja capaz, por si só, de dar solução a essas falhas”⁷¹.

Inicialmente, tal concepção surgiu a partir da jurisprudência norte-americana em casos que envolviam situações como as descritas acima, de modo que houve uma evolução na sistematização dos elementos básicos de aplicação da teoria.

Questões referentes a existência de uma benfeitoria essencial e à necessidade de acesso foram julgadas pelos tribunais norte-americanos, merecendo destaque os casos *Hecht v. Pro-Football*⁷² e *United States v. Terminal Railroad Association*⁷³, que firmaram as bases de aplicação da teoria. Posteriormente, seguiu-se o julgamento do caso considerado paradigmático para que se assentasse o entendimento acerca do tema. O caso em questão é *MCI Communications v. AT&T*, julgado pela Corte de Apelação do Sétimo Circuito, onde a expressão apareceu pela primeira vez.

Discutia-se a recusa de conexão das redes de operadoras locais à rede AT&T, que, no caso, era essencial ao desenvolvimento de uma atividade econômica.

Como afirma NESTER:

⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estruturas e a nova lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 118.

⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111 – 112.

⁷² Caso 570 F. 2d 982, 992, 993 (D.C. Cir. 1977), cert. Denied, 436 US 956 (1978).

⁷³ Caso 224 US 383, 397 (1912).

“[...] essa decisão passou a ser considerada um paradigma para a aplicação da teoria, através do qual foram fixados os quatro elementos indispensáveis para autorizar a sua aplicação, a fim de obrigar o monopolista a ceder o acesso ao terceiro ingressante, quais sejam: (i) o controle de uma *essential facility* pelo monopolista; (ii) a inaptidão prática ou econômica do concorrente de duplicar a *essential facility*; (iii) a negativa de uso da *facility* ao competidor; (iv) a possibilidade prática de conceder acesso à *facility* [...] Mais: constatou que sem acesso à rede da AT&T não seria possível ingressar naquele mercado”⁷⁴.

Assim sendo, de acordo com a *essential facility doctrine*, uma vez que tais elementos se fazem presentes, existe um verdadeiro dever por parte do monopolista de garantir o acesso aos concorrentes, a um preço razoável. Ou seja, deve ser fixado “de forma equivalente à que ocorreria caso existisse um mercado competitivo”⁷⁵.

Com relação ao preço justo, no entanto:

“[...] a maior parte da doutrina (tanto nacional como estrangeira) não costuma mencionar o preço justo como um requisito de aplicação da teoria. Reputa-se que o preço a ser pago pelo terceiro ingressante não consiste propriamente em um requisito de aplicação. Esse preço será estabelecido somente depois de identificada a hipótese de aplicação da teoria, como condição para que o compartilhamento seja realizado”⁷⁶.

Ainda sobre a definição de *essential facility*, tem-se que esta existe:

“diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nas quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros. [...] A principal das conseqüências comportamentais da teoria das *essential facilities* é a verdadeira obrigação de fornecimento

⁷⁴ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 100.

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 64.

⁷⁶ NESTER, Alexandre Wagner. *Op. cit.* p. 167.

que se cria para as empresas monopolistas detentoras desses bens essenciais”⁷⁷.

É de se destacar, ainda, que a existência de uma posição dominante é fundamental para a aplicação da teoria, conforme destacam LIPSKY e SIDAK:

“It is inappropriate to apply the essential facilities doctrine to circumstances in which the owner of the “facility” lacks monopoly power, because without monopoly power there can be no basis for applying antitrust principles and remedies. If the facility must compete for users with other products or services that are effective substitutes for access to the facility, the discipline imposed by such competition will suffice to control the conduct of the facility owner”⁷⁸.

Assim, existência de uma essential facility impõe uma barreira à entrada de novos competidores em um mercado, manifestando-se sob diferentes aspectos.

O primeiro deles refere-se à questão dos custos irrecuperáveis. A entrada de um novo agente deve ser precedida pelo investimento de grande quantidade de recursos em uma infra-estrutura que somente pode ser utilizada para uma atividade econômica específica, não sendo possível sua nova destinação para outra finalidade.

O segundo aspecto diz respeito à existência de uma agência reguladora que fiscalize a atividade. Uma essential facility é mais facilmente encontrada em setores regulados da economia, tais quais o de telefonia, portuário, ferroviário, etc., de maneira que as exigências regulatórias para que se opere em um desses mercados pode acarretar em custos que desestimulem o concorrente potencial a se engajar na nova atividade. Além disso, dependendo da forma de regulamentação implementada, pode haver uma proteção

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. P 113 – 114.

⁷⁸ “É inapropriado aplicar a teoria das essential facilities a circunstancias em que o detentor do bem carece de poder de monopólio, pois sem este, não há base para aplicação dos princípios e remédios do antitruste. Se o bem compete com outros produtos ou serviços que são substitutos efetivos para o acesso, a disciplina imposta por tal competição bastará para controlar a conduta do detentor do bem” Tradução livre de: LIPSKY JR., Abbott B. e SIDAL, J. Gregory. *Essential Facilities*. Stanford Law Review, Vol. 51, No. 5, p. 1187-1249, Mai 1999. p. 1212.

normativa ao monopolista, conferindo-lhe uma posição dominante legalmente garantida.

Em terceiro lugar, havendo a inaptidão prática ou econômica para duplicação da infra-estrutura, existe uma relação de dependência entre os concorrentes. Uma vez que a utilização da *facility* por um agente é possível somente mediante a autorização e remuneração de seu detentor, pode ocorrer o que se denomina de *margin squeeze*⁷⁹, em que o preço cobrado pelo acesso diminui significativamente a margem de lucro do concorrente, o que dificulta sua permanência no mercado ou impede efetivamente o acesso buscado.

Evidencia-se desta forma que o monopolista detentor de uma *essential facility* encontra-se em posição dominante no mercado em que atua, por dois principais fatores.

A primeira questão diz respeito à enorme vantagem competitiva que o direito de propriedade sobre a infra-estrutura o confere. A não ser que haja a expressa autorização do monopolista, o uso deste bem não é possível a outros agentes. Em outras palavras, poderia se afirmar que a entrada em um determinado mercado dependeria da vontade do monopolista em garantir o acesso ao bem essencial.

O segundo fator é uma decorrência desta constatação. Definido o mercado relevante em seu aspecto estrutural, vale dizer, levando-se em conta o número de agentes atuantes no mercado, as barreiras à entrada e o tipo de produto ou serviço ofertado, verifica-se que o monopolista, no caso de uma *essential facility*, tem plena autonomia para influenciar tanto consumidores, quanto concorrentes.

Logo, as condutas adotadas nesses casos devem ser objeto de maior atenção e, a partir do momento em que tiverem o efeito de prejudicar a concorrência, nos termos do que dispõe o art. 20 da Lei 8.884/1994, devem ser reprimidas pela potencialidade de causarem prejuízos à ordem econômica.

Há, no entanto, uma ressalva a ser feita neste ponto. O §2º deste mesmo dispositivo estabelece que dominar mercado relevante de bens ou serviços não caracteriza ilícito concorrencial quando resultado de processo natural fundado na maior eficiência do agente em relação a seus competidores.

⁷⁹ WHISH, Richard. Competition Law. 6th ed. Oxford University Press, 2009. p. 744 – 745.

Ocorre que, nos casos de monopólios naturais ou estruturais, a posição dominante não resulta exclusivamente de questões relacionadas à eficiência, mas da existência de falhas de mercado que favorecem a existência de tais situações, pelo que se justifica a intervenção com o intuito de corrigir tais falhas, assim como inibir eventuais condutas anti-competitivas.

A teoria das essential facilities surge neste contexto, buscando solucionar os problemas decorrentes destas falhas de mercado, com o intuito de promover a livre concorrência, beneficiar os consumidores e serve também como ferramenta de promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Apesar de ter sua origem no sistema norte-americano, é possível ao direito brasileiro receber seus fundamentos, desde que haja uma adequação conceitual e principiológica, conforme se verifica a seguir.

IV.2 – Essential facilities e o ordenamento jurídico brasileiro: livre concorrência, acesso necessário e desenvolvimento

A teoria das essential facilities representa a garantia de acesso a determinados mercados aparentemente avessos à um ambiente competitivo de fato, além de se tratar de uma relativização de certas liberdades individuais dos agentes econômicos.

A propriedade privada e a liberdade de contratar são garantias constitucionais inerentes a todos os sujeitos de direito e provêm a base de um sistema econômico tipicamente liberal. Entretanto, diante da constatação de que existem disparidades nas condições experimentadas entre concorrentes e da interpretação sistemática do que estabelece a Constituição no que tange à Ordem Econômica, verifica-se que a intervenção estatal é justificada quando houver desvios no exercício de tais direitos, de modo a adequar as condutas individuais aos escopos do ordenamento jurídico, visando assegurar o desenvolvimento econômico e social, a livre concorrência e o benefício aos consumidores.

Surgem aqui com fundamental importância os princípios do acesso necessário e da intervenção assimétrica.

De acordo com DOMINGUES:

“O princípio do acesso necessário alude às relações entre concorrentes, tratando, especialmente de pontos como a liberdade de iniciativa, o direito concorrencial e o acesso dos consumidores a bens e serviços. Dessa forma, entende-se que, por meio deste princípio, para que o conhecimento econômico seja devidamente difundido, de modo a possibilitar o desenvolvimento, é preciso, por exemplo, que os concorrentes tenham condições equânimes de acesso aos recursos e às tecnologias (...) uma vez que esse objetivo é alcançado, preveem-se benefícios não apenas à concorrência, mas também aos consumidores de determinados bens ou serviços”⁸⁰.

Quanto à intervenção assimétrica, afirma também a autora que:

“tal princípio visa garantir o correto funcionamento do mercado e a paridade das condições entre agentes econômicos. Verifica-se, entretanto, que os cenários ideais apontados não são constatados no mercado. Não há, de maneira geral, paridade entre as condições de acesso e utilização dos benefícios do ambiente econômico entre todos os agentes, o que, inegavelmente, causa desequilíbrios regulatórios e concorrenciais. As condutas anticoncorrenciais surgem exatamente em decorrência dessas falhas de mercado, muitas vezes caracterizados por monopólios e oligopólios. É nesse sentido que se define a principal importância da utilização de mecanismos de regulação para o atendimento das necessidades do equilíbrio dos mercados (...)”⁸¹.

Nota-se, portanto, que a aplicação da teoria das essential facilities não diz respeito unicamente às relações entre concorrentes, mas abrange um cenário muito maior, inserindo-se como ferramenta para a garantia do bom funcionamento dos mercados, além de adquirir um contorno típico daquele proposto originariamente pela Escola de Chicago, tal seja o bem estar do consumidor.

Além disso, apesar de a mencionada teoria encontrar sua origem no ordenamento estrangeiro, não se verifica um problema de compatibilidade com os preceitos básicos do ordenamento brasileiro, mormente no que se refere à

⁸⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência, regulação e desenvolvimento. In: Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência. ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (organizadores). São Paulo: Atlas, 2010. p. 177.

⁸¹ Idem. p. 179.

livre iniciativa, liberdade de contratar e ao direito de propriedade. Conforme destaca NESTER:

“O postulado que garante o livre acesso às infra-estruturas e redes traduz uma evidente celebração do princípio da livre iniciativa. Afinal, sem o acesso à uma infra-estrutura detida pelo monopolista (ou agente em situação de posição dominante) torna-se impossível a atuação do terceiro que tenciona desenvolver atividade competitiva. Sem o compartilhamento da infra-estrutura indispensável (qualificada como *essential facility*), o sujeito que pretende estabelecer concorrência será tolhido na sua garantia à livre iniciativa”⁸².

Mais adiante, ao tratar do direito de propriedade, afirma que:

“o artigo 170, III, prevê que a função social da propriedade também figura como um dos princípios da ordem econômica. Com isso determina que o direito (título e conteúdo) à propriedade privada (inclusive dos bens de produção) é garantido a todos os cidadãos, mas seu exercício deve ser temperado pelo princípio que determina sua função social. Significa que o direito de propriedade é funcionalizado, no sentido de que abrange poderes a serem exercidos não apenas em benefício do seu titular, mas também de outrem, isto é, da sociedade como um todo”⁸³.

Como visto, a aplicação da teoria das *essential facilities* serve como uma garantia de acesso a bens de produção ou a benfeitorias necessárias ao desenvolvimento de uma atividade econômica específica, proporcionando, conseqüentemente o acesso a um mercado e promovendo a concorrência entre os agentes econômicos, servindo como instrumento de “quebra” de monopólios ou posições dominantes decorrentes de fatores outros que não somente a eficiência do detentor de tal posição.

Por outro lado, em que pese os fatores acima destacados, a aplicabilidade da teoria esbarra no problema do *free riding*.

⁸² NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 248.

⁸³ *Idem*. p. 250.

Neste ponto, cabe trazer à discussão o julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo n.º 08012.002692/2002-73, que tratou do assunto em questão.

IV. 2.1 – Essential facilities, free-riding e a posição do CADE: análise do caso Petrobrás x British Gás do Brasil Ltda. e Energia do Brasil Ltda.

Trata-se de caso envolvendo a suposta conduta anticoncorrencial adotada pela TBG, que tem como sócia majoritária a Petróleo Gás S.A, que, por sua vez é controlada pela Petrobrás S.A, que supostamente estaria recusando ou limitando o acesso da British Gás do Brasil (BG) e Energia do Brasil (Enersil) ao gasoduto Brasil-Bolívia, o que inviabilizaria a atuação das últimas na cadeia de distribuição de gás natural.

A TBG, na condição de operadora do Gasoduto, é responsável pelo transporte do gás natural extraído das unidades de exploração até os distribuidores, que comercializam o produto ao consumidor final.

Aqui, o CADE procedeu a divisão e a definição precisa de cada cadeia da produção, constatando que:

“A cadeia produtiva do gás natural compreende as atividades de exploração e produção (E&P), processamento, transporte, distribuição e comercialização. A atividade E&P constitui o *upstream* da cadeia, as atividades de processamento e transporte constituem o *midstream* e as atividades de distribuição e comercialização o *downstream*”⁸⁴.

Apesar de reconhecer a possibilidade de concorrência nas etapas de exploração e produção, o CADE afirma que

“As etapas de transporte e distribuição (...) não são inerentemente propícias à competição. (...) Em razão dos grandes custos e escala envolvidos nesse processo, a duplicação de tal malha normalmente não é racional do ponto de vista econômico. Trata-se, reconhecidamente de um monopólio natural, no qual os operadores

⁸⁴ Processo Administrativo 08012.002692/2002-73 CADE. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ruggazzo. p. 587.

atuam sem concorrentes. (...) A estrutura da indústria, que interliga atividades monopolistas com atividades em que há concorrência, torna necessário que se permita aos diferentes competidores ter acesso aos dutos de modo a entregar seu gás ao seu destino final. (...) A regulação de livre acesso, portanto, deve ser construída de tal modo a manter um ambiente de competição saudável nos segmentos em que isso é possível, assim contribuindo para menores preços e melhores serviços, ao mesmo tempo em que garanta um retorno aos agentes e mantenha um incentivo aos investimentos no setor”⁸⁵.

Mais adiante, após definir o mercado relevante, consignou-se que o Gasoduto consiste numa verdadeira essencial facility, destacando a importância da provisão de acesso a terceiros não proprietários, desde que observados os pressupostos de aplicação da teoria, conforme definidos pelo Caso MCI v. AT&T.

Além disso, destacam-se no julgado também os fatores referentes ao investimento realizado e ao risco inerente ao próprio negócio, pelo que se justificaria a conduta adotada.

Ou seja, diante de um aporte de recursos da monta de R\$, 2,1 bilhões, conforme afirmado no acórdão, e de toda a estrutura construída, seria razoável que se concedesse o acesso a terceiros, sem que se comprometesse significativamente o retorno destes recursos? Nesse sentido:

“A ausência de regras que estabeleçam um equilíbrio ótimo pode gerar, de um lado, um exercício indevido de poder de mercado por parte dos titulares da infra-estrutura monopolista, ou, de outro, um comportamento de *free riders* por parte dos competidores não integrados, comprometendo o retorno razoável dos investimentos aportados pelos carregadores originais e desencorajando novos negócios”⁸⁶

Diante de tais constatações, conclui-se que no caso não se tratava de uma conduta abusiva, eis que havia uma justificativa economicamente plausível para a negativa de acesso.

⁸⁵ Idem. p. 589.

⁸⁶ Idem. p. 593.

Levou-se em conta aqui todos os custos suportados pela Petrobrás ao desenvolver não somente o gasoduto, que seriam os custos irrecuperáveis (*sunk costs*), bem como os custos de transação envolvidos, pois foi necessário para que se garantisse o retorno do investimento, o estabelecimento de uma rede de distribuição e a compra do produto por meio de contratos complexos, baseados, à época, na simples expectativa em torno da atividade.

Sobre o assunto WHISH observa que:

“(...) it is generally pro-competitive to allow an undertaking to retain its facilities for its own use, since granting access to a third party may remove the incentive to invest in the establishment of efficient facilities”⁸⁷

A decisão proferida, portanto, foi no sentido de que a recusa de acesso teve por finalidade assegurar o retorno financeiro ao detentor da facility, que arcou com todos os custos e riscos do negócio. Assim, haveria uma justificativa econômica plausível para a conduta adotada pela Petrobrás.

Como afirma SALOMÃO FILHO, ao tratar de recusas de contratar, “o que diferencia as diversas formas de recusa e pode tornar ambas aceitáveis (ou não) são as justificativas”⁸⁸

Em outras palavras, a decisão do CADE enfatiza a preocupação em torno do problema do *free riding* de modo a garantir os incentivos a novos investimentos na atividade econômica em questão, cujo impacto se dá na melhoria da prestação de serviços. Além disso, delimita as condições para aplicação da doutrina, estabelecendo os requisitos básicos para tanto.

IV. 3. Negativa de acesso a essential facility e caracterização da conduta abusiva

A Lei 8.884/1994 estabelece em seu artigo 20 que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação

“é geralmente favorável à concorrência permitir que um agente econômico retenha seus bens para seu próprio uso, visto que a concessão de acesso a um terceiro pode remover o incentivo para se investir no estabelecimento de infra-estruturas eficientes” Tradução livre de: WHISH. Richard. Op. cit. p. 692.

⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 242.

da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”. Em seu artigo 21 traz um rol exemplificativo de condutas consideradas abusivas dentre as quais inclui as seguintes: a limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado; a criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrentes; o impedimento ao acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas ou tecnologia; a recusa de vender bens ou prestar serviços dentro das condições de pagamento normais.

A teoria das *essential facilities* enquadra-se nos dispositivos acima descritos, tendo em vista que, uma vez presentes seus pressupostos de aplicação se verifica o abuso do poder econômico, através de condutas tendentes à dominação do mercado, em que está presente o efeito de impedir ou dificultar a concorrência, bem como a negativa de acesso ao mercado.

Conforme destaca NESTER:

“Entende-se que esses dispositivos, quando aplicados aos agentes detentores de infra-estruturas ou outros bens caracterizados como *essential facilities*, traduzem a essência da respectiva teoria, dando ensejo ao estabelecimento de um dever de compartilhamento (dever de acesso ao concorrente) (...)”⁸⁹.

Assim sendo, a recusa injustificada pelo proprietário do bem essencial em garantir o acesso a terceiros mostra-se como uma conduta cujo único objetivo visível é a restrição da concorrência e o abuso da posição dominante, devendo, portanto, ser sancionada pelo direito concorrencial, impondo-se o acesso mandatório ao bem em questão.

IV. 4. A teoria das *essential facilities* e a propriedade industrial: pontos de convergência e possibilidades de aplicação

O titular de uma patente tem o direito de exclusividade de exploração sobre seu invento. Como visto, a racionalidade por trás de tal mecanismo é garantir ao agente inovador os retornos econômicos ao investimento feito para o desenvolvimento de uma tecnologia. O ordenamento confere, portanto, um

⁸⁹ NESTER. Alexandre Wagner. Op. cit. p. 256.

direito de propriedade ao detentor dos direitos sobre a inovação que o permite impedir que terceiros façam uso dela sem seu consentimento e o concede o controle sobre a disseminação da informação protegida.

Nesse sentido NICITA e RAMELLO dispõem que:

“A property rule gives the owner all of the bargaining power in exchange of the entitlement. In particular, a property rule conveys all the bargaining power over the exchange of a given property right to its holder, who can refuse to deal unless an acceptable price is agreed. (...) On the one hand, the right to residual income coupled with the bargaining power to set prices for access to property gives the owner an appropriate stream of income in order to compensate the owner’s ex-ante efforts at invention and innovations; (...)”⁹⁰.

Assim sendo, em mercados caracterizados pela forte influência da inovação tecnológica, a existência de direitos de propriedade industrial consiste numa barreira à entrada de novos agentes.

Em primeiro lugar, isso se deve ao fato de que a atividade inventiva demanda investimentos de grande porte para sua viabilização e implementação na escala produtiva. Afinal, não basta que se tenha o conhecimento tecnológico se não for possível sua utilização industrial.

Em segundo lugar, uma vez que a informação encontra-se sob o monopólio legalmente reconhecido de um agente, a exemplo do que acontece com as infra-estruturas típicas dos primeiros casos de essential facilities, existe uma dependência de um agente com relação a outro no que tange à entrada neste mercado. Há, portanto, além de uma barreira estrutural, uma barreira legal à entrada.

A primeira vista, pode parecer que o simples fato de se deter uma patente necessariamente confere ao agente uma posição dominante. Ora, há um monopólio legal sobre a tecnologia dominante no mercado, baseado em direitos de propriedade que garantem a exclusividade de exploração da

⁹⁰ “Uma regra de propriedade dá ao proprietário todo o poder de barganha em troca da titularidade. Particularmente, um direito de propriedade transmite todo o poder de barganha sobre a transferência deste direito a seu detentor, que pode se recusar a contratar a menos que um preço aceitável seja acordado. Por um lado, o direito à renda residual, acoplado com o poder de barganha para definir preços pelo acesso, confere ao proprietário um fluxo de renda a fim de o compensar pelo esforço ex ante na invenção e inovação” Tradução livre de: NICITA, Antonio, RAMELLO, Giovanni. Property, Liability and Market Power: The Antitrust Side of Copyright. *Review of Law and Economics*. V. 3. N.º 3. Dez, 2007. p. 775.

tecnologia, existem barreiras à entrada de novos agentes e a empresa dominante em princípio pode agir unilateralmente, influenciando as condições e estruturas de mercado, assim como as condutas dos concorrentes.

Entretanto, a proteção à propriedade industrial não impede que outros agentes desenvolvam tecnologias substitutas próprias e passem a atuar neste mercado em regime de concorrência, em que pese os custos que devem ser suportados para tanto.

Além disso, a obtenção de uma patente nem sempre confere poder de mercado a seu detentor. Como afirma RITTER “a propriedade intelectual não provê uma relação entre os investimentos e o retorno – tudo depende das condições de mercado”⁹¹.

Por outro lado conforme explicita SALOMÃO FILHO:

“Em um mundo que se sofisticava e se especializa as marcas e patentes nem sempre conferem poder no mercado. A não ser nos ramos de alta tecnologia, onde a patente efetivamente gera monopólio, ao menos temporário, praticamente todos os produtos, mesmo quando substituíveis, são dotados de patentes. Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes”⁹².

O simples fato da existência de barreiras à entrada não é suficiente para que se imponha um dever de compartilhamento da propriedade industrial com os concorrentes, vez que o poder de mercado do agente decorre unicamente de sua maior eficiência em inovar.

O problema central reside no abuso e nas condutas relacionadas à utilização de propriedade industrial que tenham por objetivo a restrição da concorrência e a dominação de mercados, nos termos do que estabelece a Lei 8.884/1994.

Usualmente, a adoção de tais práticas adquire fundamental importância em mercados com efeitos em rede ou quando se verifica a situação descrita pela doutrina como “*defensive leveraging*”.

⁹¹ RITTER, Cyril. Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property require special deference compared to tangible property? In.: World Competition: Law and Economics Review. v. 28. N° 3, 2005. p. 293.

⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 133 – 134.

Mercados com efeitos em rede são aqueles em que o valor de um produto e sua importância no mercado crescem na medida em que um maior número de consumidores passa a fazer uso dele. Os efeitos em rede dão a possibilidade de uma empresa se tornar dominante em virtude da opção dos consumidores por um tipo particular de tecnologia⁹³.

Descreve-se como *leveraging*, a prática adotada por agentes que atuam em duas ou mais escalas da produção ao mesmo tempo. Vale dizer, atua como fornecedor, e possui posição dominante, (upstream market) de determinado bem de produção e ao mesmo tempo como produtor (downstream market) de bens de consumo que o utilizam em sua escala produtiva.

Num caso em que o agente detém uma patente que protege o bem de produção, pode-se recusar o acesso a tal bem ou tecnologia com o objetivo de transferir o poder existente no mercado upstream, para o downstream.

Quando se está diante de tais casos, portanto, verifica-se que a existência de uma tecnologia patenteada denota as mesmas características de uma *essential facility*. Esta é fundamental para o exercício da atividade econômica, encontra-se sob a posse de um único agente, que possui posição dominante e tem a discricionariedade para excluir terceiros de seu uso.

Nesse sentido:

“From a competition policy perspective, under certain conditions, the refusal by a dominant firm to provide Access to a copyrighted entitlement, representing an essential facility for entering downstream markets, may be considered an abuse of dominant position, thus sanctioned by antitrust law, in the form of a ‘defensive leveraging’ strategy aimed at preserving dominant firm’s market power”⁹⁴

⁹³. “Network effects may have positive effects on competition, since consumers become better off as a product becomes more popular (...) However network effects also give rise to the possibility of one firm dominating a market, in particular because there may be ‘tipping effects’ where all the consumers decide to opt for the product of one firm or for one particular technology” (WHISH, Richard. Op. cit. p. 12 – 13) “A ‘network’ is a market subject to economies of scale in consumption. This means that the product or service becomes more valuable to consumers as more use is made of it” (HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Harvard University Press, 2008. p. 277)

⁹⁴ “A partir de uma perspectiva da política de concorrência, em certas circunstâncias a recusa por uma empresa dominante em prover o acesso a um direito protegido pela P.I que consiste num bem essencial para a entrada em um mercado downstream, pode ser considerada como um abuso de posição dominante e, portanto, sancionada pelo direito antitruste como uma forma de “defensive leveraging” destinada a preservar o poder de mercado do agente dominante” Tradução livre de: NICITA, Antonio, RAMELLO, Giovanni. Property, Liability and Market Power: The Antitrust Side of Copyright. *Review of Law and Economics*. V. 3. N.º 3. Dez, 2007. p. 777.

Ainda, quanto à configuração da propriedade industrial como uma essential facility, afirma-se que:

“The access to a copyrighted entitlement becomes an antitrust concern when the industrial uses of the entitlement generate a “stable”, distinct and relevant product market and when Access is a pre-condition to enter this downstream market. When the above conditions are satisfied the entitlement might be considered as an essential facility. In particular, a copyrighted work is an essential facility, when it is (i) not replaceable; (ii) not temporarily duplicable (given its legal protection); and (iii) not rival in consumption (the invention could be used by different operators to enter distinct markets)”⁹⁵

Nesse ponto, é válido trazer à discussão a idéia de inovação intersistêmica e intrasistêmica proposta por LANGLOIS. Deve-se ter em mente que a noção de sistema trazida pelo autor refere-se a produtos que agregam diferentes componentes para produzir o resultado desejado⁹⁶.

Partindo-se dessa premissa, a inovação com relação aos produtos pode se dar em dois níveis diferentes. Na concorrência intrasistêmica existe um padrão tecnológico dominante no mercado, devido aos já descritos efeitos em rede, e a concorrência entre os agentes se dá no nível dos componentes deste produto. Por outro lado, na concorrência intersistêmica a competição se dá no nível dos módulos já existentes, cada um com seu próprio padrão pré-estabelecido⁹⁷.

Diante da noção apresentada, pode-se afirmar que a competição intersistêmica se dá no nível horizontal da cadeia produtiva. Ou seja, agentes

⁹⁵ “O acesso a um bem protegido pela P.I se torna uma preocupação do direito antitruste quando o uso industrial deste bem gera um mercado relevante de produtos estável e distinto e quando o acesso é uma pré-condição para se entrar neste mercado. Quando as condições acima forem satisfeitas, o bem pode ser considerado uma essential facility. Particularmente um trabalho protegido por regras de P.I é uma essential facility quando (i) não é substituível, (ii) não é duplicável temporariamente (dada a proteção legal); e (iii) é não-rival no consumo (a invenção pode ser usada por diferentes operadores para entrar em mercados distintos)” Tradução livre. Idem. p. 778.

⁹⁶ “ A system product is one in which several components must work together to produce the desirable output. (LANGLOIS, Richard. Technological Standards, Innovation and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204069> p. 28. Acesso em 5/10/2011.)

⁹⁷ Idem. p. 31.

que atuam na mesma escala de produção competem diretamente no mesmo mercado, sendo que cada um possui seu próprio produto (ou sistema).

Quanto à concorrência intrasistêmica há uma relação de verticalidade. O agente detentor dos direitos de propriedade industrial sobre um determinado padrão tecnológico atua ao mesmo tempo no mercado de bens de consumo, ou seja, no mercado do sistema propriamente dito, e no mercado dos bens de produção, quer dizer, na fabricação dos componentes deste sistema, em regime de concorrência com outros agentes.

Nas relações horizontais a aplicação da teoria das essential facilities é mais problemática. Ao se estabelecer uma obrigação ao detentor de uma patente de a licenciar a um concorrente direto, pode-se estar favorecendo o free-riding e punindo a empresa inovadora pelo seu esforço e eficiência. A aplicação desmedida a esse tipo de situação acarreta também no desincentivo a novos investimentos em tecnologia, visto que a expectativa de lucros extraordinários é frustrada ao se obrigar o acesso à informação protegida pela patente.

Em que pese a existência de direitos de propriedade industrial acarretar numa barreira à entrada de novos competidores devido aos altos custos para o desenvolvimento de uma tecnologia própria e da proteção legal conferida à inovação, talvez seja este o custo necessário para que haja a efetiva disseminação de novas tecnologias no mercado.

Muito embora possa haver o abuso ou mau uso da patente, a disposição da Lei 9.279/1996 acerca da concessão de licenças compulsórias dá conta de resolver o problema em questão, que diz respeito mais ao desvio de finalidade do que à garantia de acesso ao mercado de que trata a teoria das essential facilities.

A dificuldade de acesso aqui ocorre em virtude da maior eficiência e aptidão do detentor da patente, que, de acordo com o ordenamento brasileiro, tem o direito de excluir terceiros do uso da tecnologia.

Entretanto, no que se refere às relações verticais, o problema torna-se mais complexo. Uma vez que um agente dotado de poder em um mercado detém com exclusividade uma tecnologia necessária para o desenvolvimento de um mercado diverso, a questão do acesso necessário torna-se mais evidente.

A existência de um padrão tecnológico dominante no mercado upstream em virtude dos efeitos de rede, causa uma situação de dependência para a atuação no mercado downstream. Sem que os agentes atuantes neste último tenham acesso às informações protegidas pela propriedade industrial, sua atividade é quase que necessariamente inviabilizada.

Assim sendo, possibilita-se a prática de “leveraging”, de modo que amplia-se a posição dominante do agente para outros mercados, em evidente contradição ao que estabelecem as normas concorrenciais, pois se está diante de uma conduta tendente à dominação de mercados.

Nestes casos, portanto, os bens que se encontram sob a guarda de direitos de propriedade industrial caracterizam-se como verdadeiros bens essenciais, de modo que justifica-se a aplicação da teoria das essential facilities, quando houver a recusa imotivada de licenciamento.

V. CONCLUSÃO

A primeira vista pode parecer que existe uma tensão entre o direito industrial e as normas de proteção da concorrência. Esta preocupa-se em assegurar o bom funcionamento dos mercados, controlar estruturas e sancionar condutas prejudiciais a este objetivo. Aquela, por sua vez, cria uma situação de desigualdade ao garantir aos agentes econômicos uma vantagem competitiva frente a seus concorrentes.

Entretanto, ambas compartilham um escopo fundamental, que é o da promoção do desenvolvimento econômico e social, através da conjugação de interesses individuais e coletivos.

A existência de direitos sobre a propriedade industrial promove incentivos econômicos individuais para o investimento em inovação, ao conceder direitos de exclusividade sobre a exploração da inovação, ao mesmo tempo em que dispõe acerca do uso regular das patentes concedidas, em prol do progresso tecnológico.

Diante disso, as empresas utilizam-se deste instrumental como estratégias para a entrada em novos mercados, mediante a criação de novos produtos, tanto quanto como forma de diferenciação destes através de sua melhoria e aperfeiçoamento técnico. Esse comportamento individual força as demais empresas a tomarem o mesmo rumo e inovarem, sob pena de serem excluídas do mercado, acarretando num impacto geral nos mercados.

A utilização de patentes, no entanto, é condicionada ao seu uso regular e eficiente, afinal, pode ser compulsoriamente licenciada caso a postura adotada seja diversa, incluídos aí os ilícitos concorrenciais.

Ademais, a inovação tecnológica propicia uma nova gama de possibilidades para sua aplicação, podendo ser introduzida em diferentes mercados e por diferentes agentes, dada sua característica de não-rivalidade. Quer dizer, pela imaterialidade da informação protegida pela patente, o uso por um sujeito não exclui o outro de seu uso.

É precisamente com relação a este aspecto que surge a questão referente à garantia de acesso aos bens de propriedade industrial. Tendo em vista que é possível fazer o uso simultâneo da inovação para diferentes finalidades, qual o limite do direito de exclusividade conferido?

Em outras palavras, sob o ponto de vista concorrencial, qual o limite para o exercício exclusivo de um agente dos direitos a ele conferidos?

Nesse sentido é que a teoria das essential facilities se mostra como de grande utilidade para responder a estas perguntas. Construída a partir de questões que envolviam monopólios estruturais e naturais, em que a barreira à entrada de novos agentes existe por características do próprio mercado, sua análise comparada com as características da propriedade industrial mostra que ambas apresentam pontos de convergência.

As características em comum entre ambas referem-se à impossibilidade de duplicação; ao fato de um agente com poder no mercado ser seu detentor; ao fato de constituírem barreiras à entrada em um novo mercado; e de que existe uma relação de dependência entre o potencial entrante no mercado e o detentor da facility.

Contudo, quando se refere à propriedade industrial, a aplicação da teoria nos casos em que se verifica uma relação horizontal entre os agentes passa por um caminho mais tortuoso, dada a noção de substitutividade das patentes. Pois não há restrição para que se desenvolva uma tecnologia própria, apesar dos custos necessários para que isso ocorra. Mas, por outro lado, há que se levar em conta o problema do free-riding e da maior aptidão demonstrada pelo agente inovador, que não pode ser “punido” pela sua eficiência.

Eventuais desvios aqui podem ser corrigidos pela sistemática de licenças compulsórias, pois não se referem a questões de restrição ao acesso, mas sim do mau uso da patente concedida.

Quando se trata de relações verticais e de mercados com efeitos em rede, a idéia de essential facilities e acesso necessário ganha maior força. Isso porque nestes casos há um padrão tecnológico dominante sob a tutela de um único agente econômico, cuja essencialidade reside no fato de que, sem o acesso a informação protegida pelo direito industrial, impede-se o desenvolvimento de novos mercados e produtos e favorece-se a prática de leveraging pelo agente dominante no mercado upstream.

Assim sendo, conclui-se que a teoria das essential facilities pode ser aplicada à propriedade industrial, contanto que seja precedida de uma análise apurada das condições de mercado e das justificativas apresentadas para a recusa de licenciamento, de modo que, quando se estiver diante de uma

conduta cujo objetivo é o de restringir a concorrência ou ampliar o poder de mercado, cabe ao direito antitruste determinar o acesso ao bem essencial.

Livros:

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. The Free Press, 1978.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Francisco Araujo da Costa e Luís Marcos Sanders. 5ª ed. São Paulo: Bookman Companhia Ed., 2010.

CORRÊA, Carlos. *Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual*. In: VARELA, Marcelo Dias (organizador e co-autor). *Propriedade intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

CUÉLLAR, Leila. *Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann, *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Concorrência, regulação e desenvolvimento*. In: *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo (organizadores). São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio de. *Propriedade industrial e defesa da concorrência*. In: BATISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Macelo; CASELLA, Paulo Borba. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUISE, Mônica Steffen. *Propriedade Intelectual e o mercado farmacêutico: uma reflexão sobre a aplicação de licenças compulsórias no marco de políticas nacionais de saúde pública*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coordenador). *Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HASENCLEVER, Lia, TIGRE, Paulo. *Estratégias de Inovação*. In: *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Org.: David Kupfer e Lia Hasenclever. 15ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Harvard University Press, 2008.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. *Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *A experiência das licitações para obras de infra-estruturas e a nova lei de Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6ª ed. tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

POSAS, Mario L. *Concorrência schumpeteriana*. In: *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Org.: David Kupfer e Lia Hasenclever. 15ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º volume. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEGAS, Juliana L. B. *Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coordenadores). *Propriedade Intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2007.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 6th ed. Oxford University Press, 2009.

Artigos em periódicos:

BAUMOL, William J. *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*. In: *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, p. 1-15. Mar, 2002.

BORK, Robert, BOWMAN JR, Ward S. *The Crisis in Antitrust. Columbia Law Review* Vol. 65, No. 3, p. 363-376, Mar, 1965.

LIPSKY JR., Abbott B. e SIDAL, J. Gregory. *Essential Facilities. Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 5, p. 1187-1249, Mai 1999.

RITTER, Cyril. *Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property require special deference compared to tangible property? In: World Competition: Law and Economics Review*. v. 28. Nº 3, p. 281 – 298, 2005

SCHMALENSEE, Richard. *Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry. American Economic Review*, v. 94, n. 2, p. 471-475. Mai. 2004.

Sítios eletrônicos:

GIOCOLI, Nicola. *Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the early years of European Competition Policy. Journal of Competition Law and Economics*. p. 26. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987788> acesso em 4/10/2011.

HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust Interface. The University of Iowa Legal Studies Research Paper nº 8-46. Issues in Competition Law*, Nov. 2008. p. 1979 – 2007. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628>. p. 1982. Acesso em 30/09/2011.

LANGLOIS, Richard. *Technological Standards, Innovation and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204069> p. 28. Acesso em 5/10/2011.

http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf >,
acesso em 3/10/2011