

POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA E OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL

*Antonio Carlos Machado de Andrade Jr.**

INTRODUÇÃO

A economia atual é cada vez mais fundada sobre o saber e a inovação e influenciada pela rápida evolução das tecnologias da informação e da comunicação. As novas tecnologias criam as possibilidades econômicas, culturais, sociais e pedagógicas para que as pessoas possam contribuir com suas idéias para a produtividade, criação de novos empregos e riqueza. O fato de que a propriedade intelectual seja bem protegida exerce um papel importante no estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias e difusão do saber essenciais às economias fundadas sobre este ativo intelectual.

De fato, os direitos de propriedade intelectual contribuem de maneira importante para fomentar a inovação e para consolidar o crescimento econômico. Estes direitos conferem a seus titulares a possibilidade de excluir terceiros, durante um determinado lapso temporal, dos benefícios derivados de novos conhecimentos e, mais concretamente, da utilização comercial dos produtos e métodos inovadores que estão baseados nos novos conhecimentos.

As leis sobre a propriedade intelectual (PI) e sobre a concorrência constituem dois instrumentos complementários da política governamental que favorece a eficiência econômica. As leis sobre PI incentivam a inovação e a difusão de tecnologia. Por sua vez, a lei sobre concorrência pode ser invocada para proteger esses estímulos contra qualquer prática anti-concorrencial que cria, mantém ou reforça uma potencia comercial ou impõe obstáculos à rivalidade entre empresas.

Com a atribuição da exclusividade jurídica, os direitos de propriedade intelectual podem conferir também a seus titulares a capacidade de ocupar uma posição de domínio sobre o mercado, ao menos enquanto não existam tecnologias e produtos análogos que estabeleçam limites viáveis. O exercício desse domínio pode dar lugar a insuficiências em matéria de distribuição.

Os benefícios que derivam dos direitos de propriedade intelectual estão diretamente relacionados à duração do alcance desses direitos. A deter-

* Estudante de Graduação do curso de Direito da Unip - Universidade Paulista - São Paulo

minação da duração e o alcance dos DPI não é uma das funções dos formuladores da política da concorrência, mas essa política contribui de maneira importante para limitar a amplitude do domínio relacionado com os direitos de propriedade intelectual e garante em particular que esse domínio não seja excessivamente amplo a outros mercados não conexos. Destarte, o direito da concorrência pode haver por resultado a limitação das modalidades e das condições em virtude das quais são concedidas licenças para utilização dos direitos de propriedade intelectual.

O objetivo do presente trabalho consiste exatamente em refletir sobre o tema, com base no direito internacional e no direito comparado, para analisar de que forma a política da concorrência pode contribuir para limitar os abusos monopolísticos relacionados com o exercício de dos direitos de propriedade intelectual.

Para tanto, esse trabalho se dividirá em quatro Partes: na primeira delas apresentaremos os principais conceitos relacionados com os direitos de propriedade intelectual e sobre o direito da concorrência. Na segunda Parte, verificaremos as relações entre a direito de concorrência e o exercício dos direitos de propriedade intelectual. Na Parte III, analisaremos o âmbito da análise da autoridade de concorrência no que se refere ao contexto da propriedade intelectual e, na quarta Parte, apresentaremos uma série de cenários hipotéticos que ilustram a forma na qual a autoridade de concorrência (CADE), pode aplicar a Lei n. 8.884/94 à um gama de práticas comerciais que se referem à propriedade intelectual.

BREVE VISÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.

1. A propriedade intelectual

A doutrina define propriedade intelectual como sendo o domínio absoluto e ilimitado sobre uma coisa imaterial. Com efeito, como em matéria de direitos de propriedade sobre bens corpóreos, também em tema de propriedade intelectual são os direitos oponíveis *erga omnes*.

Os bens tutelados são as obras originárias do espírito humano, as criações do intelecto, tais como as obras literárias, musicais, os programas de computador, as invenções e modelos de utilidade, o desenho industrial e os sinais distintivos. No que se refere a estes últimos, a proteção legal não decorre necessariamente da criação intelectual, mas principalmente em razão da necessidade da tutela da função de identificação destes sinais (marca e nomes

geográficos). O direito exclusivo de utilizar e explorar o bem imaterial tem, de acordo com as legislações nacionais, um caráter monopolístico.

Quanto ao ramo do direito no qual está inserida a propriedade intelectual, as duas posições podem ser encontradas. Durante muito tempo, o direito de propriedade intelectual foi considerado como pertencendo ao direito público. Os defensores de tal opinião a fundamentavam afirmando que os direitos imateriais são conferidos pelo Estado, em razão da necessidade de registro, e que o sistema de propriedade intelectual contém normas de direito penal. Não obstante, a opinião atual, que deve prevalecer, é no sentido de que na ordem jurídica, a propriedade intelectual é inserida no sistema de direito privado. Afinal, ela regula, de uma parte, as relações entre um indivíduo com um bem imaterial e, de outra parte, as relações entre este indivíduo e as demais pessoas concernentes ao bem imaterial.

Neste sentido, a lição de K. TROLLER: “O conjunto do direito de propriedade intelectual pertence de forma preponderante ao direito privado. Ele regulamenta os poderes dos particulares sobre os bens imateriais que eles criaram ou adquiriram. O Estado aí não participa” (trad.)¹. As disposições penais e as relativas ao registro, além de outras, não tiram o caráter de direito privado da propriedade intelectual, assim como o direito de família, o direito real e o direito empresarial também pertencem a esse mesmo ramo da ordem jurídica, não obstante possuam regras relativas ao estado civil, ao registro imobiliário ou aos requisitos formais. Ademais, se considerássemos a propriedade intelectual como pertencente ao direito público, não poderíamos aceitar o reconhecimento dos direitos imateriais dos estrangeiros, o que é previsto nos tratados internacionais e nos direitos nacionais, inclusive na Lei 9.279/96 (referente à propriedade industrial).

Segundo a Convenção de Estocolmo de 14 de julho de 1967, que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI), os direitos protegidos são, de uma maneira geral, todos os que resultam de uma atividade intelectual no domínio industrial, científico, literário ou artístico (Art. 2, VIII). Convém, assim, examinar os diferentes bens imateriais objetos do direito de propriedade intelectual.

1.1 As diferentes categorias de bens imateriais

A propriedade intelectual é tradicionalmente dividida em duas grandes categorias: a propriedade industrial e os direitos do autor. Esta divisão resulta da distinção operada a nível convencional (Convenção da União de

¹ Manuel du droit suisse des biens immatériels, t.1, Bâle e Francfort-sur-le-Main, 1992.

Berna sobre direitos do autor e Convenção da União de Paris sobre direitos de propriedade industrial). A propriedade industrial concerne notadamente às invenções, marcas e outros sinais distintivos (nomes geográficos e nomes comerciais), desenhos industriais e concorrência desleal. Os direitos de autor são referentes às obras literárias e artísticas e aos programas de computador. Outras criações humanas também são tuteladas pelo direito, como por exemplo os cultivares² (novas variedades vegetais) e as topografias de semicondutores (“chips” de computadores).

No direito brasileiro, os bens imateriais protegidos são previstos na Lei de Direitos Autorais, na Lei de Propriedade Industrial, na Lei de Proteção dos Cultivares e na Lei de Proteção dos Softwares. A previsão é *numerus clausus*, vale dizer, apenas os bens expressamente previstos nas leis supracitadas são passíveis de proteção jurídica na órbita civil e penal. Eles são divididos em três categorias: as obras estéticas, as obras técnicas e os sinais distintivos. As primeiras compreendem as obras literárias e artísticas às quais podem ser somados os desenhos industriais. As segundas são representadas pelas invenções e obtenções vegetais. Quanto aos sinais distintivos, englobam as marcas, os nomes comerciais e os nomes geográficos (indicações de origem e designações de proveniência).

No que tange aos principais artigos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (lei sobre concorrência) que se referem à propriedade intelectual, cumpre citar o 23, XVI, que define como infração da ordem econômica o açambarcamento ou impedimento à livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; e o art. 24, IV, a, que prevê a possibilidade de recomendação ao INPI para concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator.

1.2. Justificativas para a concessão de direitos de propriedade intelectual

A primeira justificativa dos direitos de propriedade intelectual, notadamente da patente, fundamentava-se no direito natural e remonta aos sécs. XVIII e XIX. Segundo esse argumento, todo homem tem um direito natural às suas próprias idéias, direito que a sociedade tem o dever de reconhecer. A expropriação da idéia consistiria em verdadeiro furto³.

No entanto, o autor de uma invenção pode inevitavelmente retirar sua idéia de um conjunto de idéias herdadas do passado e pode ocorrer que duas ou mais pessoas tenham a mesma idéia ao mesmo tempo. Ademais, seria

² Protegidos pela Lei 9.456/97.

³ Alfredo Robles, *La Révision de la Convention de Paris sur les brevets et le transfert de technologie*, tese de doutorado, Paris I, 1985, p.31.

difícil ou impossível localizar o verdadeiro autor da invenção a fim de se obter a autorização do seu uso (ROBLES, 1985).

A tese da justa recompensa é mais consentânea com a realidade por ser de fácil administração e contribuir para o progresso da ciência e da tecnologia. O inventor que obtém a patente é recompensado pela sociedade pelos serviços úteis que prestou. No entanto, é difícil identificar o inventor de uma obra já que, atualmente, as pesquisas científicas são realizadas por equipes trabalhando em grandes laboratórios empresariais. Pode também ocorrer que, para recompensar o inventor, a patente pode reduzir a taxa de utilização social da invenção. O consumidor vai pagar um preço maior pelo produto e o acesso de outros produtores às invenções protegidas será, portanto, limitado (efeito perverso do monopólio).

A atividade do criador terá uma incidência sobre o corpo social. O inventor enriquece o patrimônio científico. A invenção traz novas forças à expansão industrial. O interesse do Estado é, pois, o de recompensar o inventor para encorajar e multiplicar as invenções⁴. Para que o inventor não guarde segredo de sua invenção, ele é recompensado. Há um contrato entre a sociedade e o inventor que lhe reserva o direito de utilização exclusiva de sua invenção durante um certo período.

Finalmente, segundo a justificação econômica, um inventor hesitará em investir um alto capital num invento com pouca possibilidade de exploração industrial e retorno financeiro. Ele deve recuperar os fundos investidos. O governo deve recompensar as invenções agindo sobre as condições de preço para aumentar o fluxo das invenções e a atividade científica.

As duas últimas justificativas são semelhantes e não há dúvidas de que a patente representa uma justa recompensa para a pessoa que cria novas soluções para os problemas enfrentados pela sociedade. Por outro lado, sem garantia de retorno do investimento, ninguém concordaria em investir uma alta soma de capital, se o seu invento pudesse ser livremente copiado e utilizados por terceiros.

A capacidade de excluir temporariamente terceiros do gozo dos possíveis benefícios derivados da inovação pode estimular as pessoas físicas e jurídicas a utilizar recursos financeiros e humanos para atividades de pesquisa e desenvolvimento e outras atividades custosas que permitem obter novas invenções e novas criações.

⁴Marcel Plaisant, *Traité de Droit conventionnel international concernant la propriété industrielle* - Recueil Sirey, 1949, p.4.

Quando tal proteção jurídica não existe, as empresas rivais podem aproveitar os resultados positivos dos investimentos em pesquisas e desenvolvimento (P&D), para imitar e explorar comercialmente as novas invenções. Uma empresa rival poderia, portanto, copiar uma nova substância química inventada por sua concorrente (v.g. um medicamento), sem investir um centavo no desenvolvimento do produto, produzindo-a em grande escala a um custo sensivelmente mais baixo. Sem os DPI, portanto, não haveria estímulo e segurança para grandes investimentos em P&D de novos produtos e processos que podem trazer grandes benefícios para a sociedade.

De fato, é óbvio que as empresas se sentirão mais inclinadas a transferir novas técnicas e investimentos quando o país possuir regras claras e rígidas para a proteção da propriedade intelectual. Na ausência de um sistema forte de propriedade intelectual, as empresas tenderiam a manter em segredo suas inovações, impossibilitando que, no futuro, a sociedade toda tirasse proveito desse desenvolvimento técnico (quando a invenção caísse sob domínio público).

Ademais, o segredo industrial ou de comércio também exige considerável investimento e nem sempre é possível evitar que empresas competidoras tenham acesso às inovações. De qualquer forma, quando os DPI não estão solidamente fundamentados, é lógico prever que existirá uma tendência ao investimento em atividades inovadoras que possam ser guardadas em segredo com maior facilidade.

2. Direito da concorrência

O direito de concorrência repousa sobre o princípio de que o interesse público é melhor atendido pelos mercados concorrenciais. Estes são socialmente desejáveis porque possibilitam uma alocação eficiente dos recursos. O direito de concorrência procura impedir as empresas de criar, manter ou reforçar de forma inoportuna um potência comercial que possa fragilizar a concorrência sem oferecer vantagens econômicas em compensação.

A potência comercial designa a capacidade de uma empresa de influenciar uma ou várias variáveis da concorrência, como o preço, a produção, a qualidade, a diversidade, o serviço, a publicidade e a inovação. A Lei n. 8.884/94 caracteriza como infração da ordem econômica a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, bem como o exercício de forma abusiva da posição dominante (art. 20, I e III). Cumpre ressaltar que uma empresa não viola o direito de concorrência pelo simples fato de adquirir uma posição de destaque no mercado em razão de sua eficiência comercial e da adoção de práticas inovadoras que a faz superar os concorrentes.

Segundo a lei supracitada, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (art. 20, par.2). Esta parcela é fixada em geral como 20% do mercado relevante, mas pode ser alterada pelo CADE para alguns setores específicos da economia.

Outras infrações contra a ordem econômica são o complot (acertos entre concorrentes sobre preços e condições de venda; para adoção de conduta comercial uniforme e divisão de mercado; etc – art. 21; art. 23, X da Lei n. 8.884/94); a discriminação por preços e preços de evicção (v.g. art. 23, VIII, IX, XI, XII e outros dispositivos); assim como certas formas de publicidade enganosa e práticas comerciais desleais (v.g. art. 23, IV, V, VII, XV,...).

No caso de infração à ordem econômica consistente nas condutas visadas nos artigos supracitados, a autoridade administrativa (CADE) e o tribunal podem aplicar as sanções previstas nos arts. 23 a 25 da Lei n. 8.884/84. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode inclusive limitar os direitos de propriedade intelectual de uma empresa infratora, recomendando ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade desta empresa (art. 24, IV, a); além de determinar outras medidas limitativas da propriedade privada (cisão, venda de ativos, etc.).

3. Os DPI e o equilíbrio entre a eficiência distributiva e a eficiência dinâmica

Ao atribuir a exclusividade jurídica, os direitos de propriedade intelectual podem conferir também a seus titulares a capacidade de ocupar uma posição de domínio no mercado⁵, pelo menos enquanto não existam técnicas e produtos análogos que constituam limitações viáveis.

O exercício de uma posição de domínio pode dar lugar a ineficiências em matéria de distribuição: os proprietários de direitos exclusivos determinarão provavelmente os volumes de produção tendo em conta as situações mais competitivas nos mercados de bens e serviços em que tenham reconhecidos esses direitos. Assim farão com o objetivo de conseguir os maiores benefícios possíveis. Conseqüentemente, se é aumentada a oferta de bens e serviços, se acrescentará o bem-estar social graças à uma distribuição mais eficiente dos recursos.

⁵ Entende-se por posição de domínio no mercado a capacidade de manter os preços acima de níveis competitivos durante um lapso de tempo considerável e de se beneficiar, assim, da elevação dos preços.

É importante assinalar que, embora os DPI possibilitem a exclusão das empresas rivais da exploração das invenções patenteadas e dos produtos e métodos derivados, eles não outorgam necessariamente a seus titulares uma posição de domínio no mercado⁶. De fato, as técnicas que podem ser consideradas, pelo menos até certo ponto, como possíveis técnicas de substituição fornecem indicações efetivas sobre a capacidade dos titulares dos DPI para fixar os preços de seus produtos acima dos níveis competitivos. Somente quando não se dispõem de técnicas alternativas, se pode dizer que os DPI conferem a seus titulares posições de monopólio nos correspondentes mercados, apropriadamente definidos⁷.

O exercício de direitos exclusivos de propriedade intelectual que conferem um poder de monopólio, fato de ineficiência distributiva na ausência de técnicas e produtos competidores, está manifestamente em conflito com o que se considera na maioria dos casos como o objetivo principal da política de concorrência: manter uma situação de concorrência para obter uma distribuição eficiente de dos recursos, preços mais baixos e uma gama maior de produtos e serviços para o consumidor.

Não obstante, a política de concorrência admite que, em certas circunstâncias, a sociedade pode ser beneficiada com as restrições limitadas do mercado, de benefícios monopolísticos e da ineficiência distributiva a curto prazo quando é possível provar que dá origem a uma eficiência dinâmica e a um crescimento econômico a longo prazo. Este equilíbrio, que os formuladores da política de concorrência têm de avaliar em múltiplos setores (fusões,

⁶ Segundo um estudo realizado em 1981, os titulares de direitos de propriedade intelectual comunicaram que apenas precisavam de abastecedor rival em 27% dos casos: OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris, 1989, pp. 16 e 17.

⁷ Para determinar os mercados correspondentes, deve ser realizada uma avaliação de todas as mercadorias (ou serviços) que os consumidores consideram diretamente intercambiáveis. Para verificar a possibilidade de substituição, se faz referência em muitos casos à dupla elasticidade da demanda: considera-se que duas mercadorias se destinam ao mesmo mercado quando o aumento do preço da primeira causa um aumento não-marginal da quantidade pedida da segunda. Por causa de limitações em matéria de recursos e tempo, as autoridades reguladoras da concorrência não têm acesso, em muitos casos, às estimativas de dupla elasticidade na determinação dos correspondentes mercados. Pode-se, no entanto, lançar mão de outras técnicas, como os estudo de mercado sobre as preferências dos consumidores. A determinação do mercado tem também uma delimitação geográfica: o mercado está formado por todas as zonas nas quais os consumidores interessados podem e querem reorientar suas compras. V. ONU, *Informe preliminar sobre as modalidades de aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual*, Doc. TD/B/COM.2/CLP/10, 1999.

empresas mistas, etc.), é evidentemente um aspecto de suma importância na relação entre política de concorrência e a proteção da propriedade intelectual. Pode-se afirmar que a ineficiência a curto prazo é o preço a pagar para que a sociedade seja beneficiada com os frutos do crescimento econômico a longo prazo⁸.

Ainda que a necessidade de reconhecer direitos exclusivos com o fim de incentivar o progresso técnico e científico seja um verdade aceita pelos países em geral, o desafio maior consiste em definir os limites de tais direitos. Se forem conferidas exclusividades excessivas, corre-se o risco de danos ao bem-estar social. Esses direitos exclusivos, portanto, devem ser necessários apenas para o inventor tenha um retorno de seu investimento e receba estímulo suficiente para empreender a atividade inventiva, sem que haja um grande risco de reduzir o bem-estar da sociedade.

Os benefícios dos DPI estão diretamente ligados ao prazo de duração do monopólio e à extensão dos direitos. Ainda que a autoridade responsável pela concorrência não tenha meios de fixar a duração e o alcance dos DPI, ela pode limitar a amplitude da posição de domínio relacionada com esses direitos e garantir que essa posição não seja excessivamente ampla e nem seja utilizada como fator de influencia em mercados conexos.

Cumprido ressaltar que as patentes não conferem o direito de excluir a concorrência entre os diferentes produtos patenteados. Assim, a política de concorrência deve ser usada para limitar os abusos monopolísticos relacionados com o exercício dos direitos de propriedade intelectual e impedir que as empresas concorrentes, titulares de patentes (ou outros títulos de DPI), empreguem táticas anti-competitivas.

4. Relações entre o direito de concorrência e o direito de propriedade intelectual

A Relação entre o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual está patente no Acordo sobre Aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (Acordo TRIPS) da Organização Mundial do Comércio.

De fato, no Acordo TRIPS se enuncia expressamente a função da política de concorrência para conseguir que os direitos de propriedade intelectual sejam utilizados para o crescimento econômico e a inovação, conforme se percebe do seguinte dispositivo: “*Nenhuma disposição do presente Acordo impedirá que os membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um*

⁸ Cf. trabalho das Nações Unidas, ob. cit., p.5.

abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro” (art. 40.2).

Destarte, o Estado Membro pode estabelecer, no direito interno, instrumentos para combater e reprimir as práticas relacionadas com os direitos de propriedade intelectual que sejam contrárias à concorrência. Um dos instrumentos mais importantes é a licença obrigatória. Aliás, a Lei n. 8.884/94 dispõe que, sem prejuízo de outras penas, a autoridade de concorrência pode recomendar aos INPI a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, IV, a).

Parte II. O CONTRATO DE LICENÇA E O DIREITO DE CONCORRÊNCIA

Muitas autoridades reguladoras da concorrência aplicam ao exercício de direitos de propriedade intelectual um regime análogo ao de outras formas de propriedade. Não obstante, existem diferenças entre a consideração atribuída ao maior risco inerente ao livre aproveitamento dos DPI e o fato de que a propriedade intelectual possa ser objeto de apropriação mais fácil⁹. Ademais, as práticas anti-competitivas são avaliadas em muitos casos tendo em conta seus efeitos tanto sobre os produtos como sobre os mercados de tecnologia. De fato, limitar a concorrência entre tecnologias rivais tem efeitos sociais redutores que são paralelos aos que produziriam restrições aplicadas ao mercado de produtos.

Outro princípio importante da política da concorrência com relação ao reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual, coerente com o critério geral adotado em todos os outros setores de aplicação, é o de estabele-

⁹ O documento intitulado *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995) do Departamento de Justiça dos EUA, por exemplo, declara o seguinte: “Os organismos aplicam à atividade relacionada com a propriedade intelectual os mesmos princípios gerais anti-monopólio que se aplicam à atividade relacionada com qualquer outra forma de propriedade fungível ou não fungível. Isso não quer dizer que a propriedade intelectual não seja igual em todos os aspectos a qualquer outra forma de propriedade. Estas características podem ser consideradas na análise anti-monopólio e não requerem a aplicação de princípios fundamentalmente diferentes” (trad. do A)

cer uma nítida distinção entre os efeitos horizontais e os efeitos verticais dos acordos de licença. É provável que as práticas horizontais, que têm como resultado a coordenação de atividades entre competidores efetivos ou potenciais, produzam efeitos negativos sobre a concorrência e o bem-estar social. Existe um comportamento anti-competitivo relacionado com o exercício dos direitos de propriedade intelectual entre competidores diretos, por exemplo, quando os titulares de técnicas substituíveis estabelecem acordos de licença recíproca que são acordos encobertos de cartelização com o objetivo de fixar preços para os produtos competidores e para os serviços que utilizam estas técnicas. Estes pactos são análogos aos acordos, que não estão necessariamente circunscritos ao campo da propriedade intelectual, que são considerados pela maior parte das jurisdições como as formas mais prejudiciais de comportamento anti-competitivo.

Outros tipos de acordos horizontais entre titulares de tecnologias rivais também podem ter efeitos prejudiciais à concorrência. Como fazem com outras práticas horizontais, as autoridades reguladoras da concorrência avaliam estes tipos de acordos levando em consideração as circunstâncias concretas de cada caso, analisando as condições básicas do mercado, entre elas o grau de concentração e a intensidade relativa dos obstáculos que se opõem à entrada no mercado. A parte do mercado ocupada por empresas que utilizam as licenças é um elemento particularmente importante da análise. Quando os titulares de licença ocupam pequenas partes do mercado, é menos provável que surjam efeitos negativos para a concorrência.

Os efeitos anti-competitivos das licenças devem ser examinados com atenção pelas autoridades reguladoras da concorrência, especialmente daqueles contratos que possuem cláusulas de exclusividade ou cláusulas restritivas. Não há dúvida de que a transferência de DPI mediante contratos de licença possuem efeitos benéficos, uma vez que facilitam a transferência de tecnologias e permitem a exploração da inovação por empresas que podem gozar de uma maior vantagem comparativa. A eficiência dos métodos de produção pode aumentar e a qualidade do produto pode ser melhorada quando as tecnologias são utilizadas de forma complementar. Ademais, licenciar tecnologia patenteada aumenta os benefícios obtido pelos titulares da patente e estimula as empresa a incrementar investimentos em P&D. A proibição de outorga de licenças teria efeito negativo, portanto, para a sociedade, na medida em que impediria a transferência de conhecimentos a terceiros que estão em melhores condições de fabricar e comercializar os bens e serviços protegidos pelos DPI.

Não obstante, a transferência de tecnologia patenteada pode acarretar danos à concorrência, conforme as disposições contratuais que tenham sido pactuadas pelas partes e as condições reinantes no mercado. Nesta Parte

do trabalho, analisaremos de forma sumária os efeitos favoráveis ou contrários à concorrência dos quatro tipos mais comuns de restrições contratuais. Em virtude dessas restrições, é estabelecida a exclusividade territorial, são impostas exigências de vinculação e são previstas prestações recíprocas. Tais cláusulas são freqüentemente utilizadas como instrumentos para facilitar a transferência de tecnologia, mas em determinadas circunstâncias podem ter como resultado uma restrição abusiva da concorrência.

1. Exclusividade territorial e importações paralelas

Quando é possível dividir os mercados em territórios bem delimitados e bloquear ou limitar suficientemente as correntes comerciais a fim de manter os preços em níveis mais elevados que cada mercado pode suportar, os titulares de direito preferem atribuir exclusividade a um só beneficiário de cada zona (região, cidade, país). Existem duas modalidades diferentes de exclusividade territorial: a versão “aberta” e a versão “fechada”. Na exclusividade territorial aberta, o direito contratual é atribuído ao titular exclusivo de uma zona determinada, sem proteção face à concorrência exercida pelos importadores paralelos que obtêm seus produtos dos titulares de outras zonas¹⁰. Já a exclusividade territorial fechada outorga o direito exclusivo e completo de venda dentro de determinado território. Nesse caso, estão proibidas as importações paralelas e estas não são um fator de concorrência para os produtos distribuídos pelo titular exclusivo local.

A exclusividade territorial nem sempre favorece um comportamento anti-competitivo e pode favorecer a eficiência e o bem-estar social. Reduzir a concorrência entre distribuidores de um mesmo produto pode ser uma condição necessária para intensificar a concorrência entre diferentes marcas. Por exemplo, pode ocorrer que concessionários locais tenham que realizar investimentos para promover produtos introduzidos recentemente no mercado e ainda desconhecidos da maioria dos consumidores. Essa promoção pode ser feita por publicidade, distribuição de amostras gratuitas ou então mediante o aperfeiçoamento dos produtos objetos da licença a fim de adaptá-los à demanda local. A exclusividade territorial pode impedir que outros concessionários se aproveitem gratuitamente desse investimento.

No caso de um número limitado de produtos, a exclusividade territorial aberta pode resultar em um rendimento suficiente dos investimentos realizados pelos concessionários exclusivos locais. Não obstante, quando os obstá-

¹⁰ É o caso da EU, onde não se pode opor à importação paralela de mercadorias e serviços colocados no mercado por fabricantes estrangeiros. O fato de se permitir a exclusividade territorial aberta para impedir a exclusividade territorial atende ao princípio do esgotamento do direito da patente.

culos comerciais são limitados e os gastos de transporte não são importantes, os importadores paralelos podem realizar um volume considerável de vendas, o que reduziria a possibilidade para os concessionários locais de obterem ressarcimento dos custos no país.

Por outro lado, a exclusividade territorial fechada pode ter como conseqüência o estabelecimento de margens duplas excessivas para os concessionários, em prejuízo dos titulares dos DPI. De fato, os concessionários que dispõem de um poder monopolístico podem reduzir a produção e estabelecer preços elevados, em detrimento de toda a estrutura vertical: fixar preços mais baixos graças a uma maior coordenação vertical teria como resultados maiores benefícios tanto para os titulares das licenças como para os concessionários. Com as importações paralelas, os concessionários exclusivos têm limitada a sua capacidade de impor margens excessivas. Se os preços são demasiado elevados, as importações paralelas podem exercer sobre os preços uma influência de baixa.

Outra consideração importante em favor do reconhecimento da exclusividade territorial pelos titulares de direitos de propriedade intelectual é a possibilidade de se beneficiarem da discriminação em matéria de preços. Quando as regiões ou países têm elasticidade de demanda diferentes, fixar preços diferentes em zonas diferentes pode ter como resultado um aumento da rentabilidade total. Mais concretamente, os benefícios totais são aumentados quando são fixados preços mais elevados nas zonas nas quais a demanda é mais inelástica. Com a discriminação em matéria de preços internacionais, os objetivos nacionais da política de concorrência (bem estar da sociedade) pode colidir com o objetivo do bem estar global.

Sob uma perspectiva social internacional, as licenças exclusivas podem ser utilizadas para conseguir, como já foi mencionado, uma discriminação de preços e podem estar associadas, conseqüentemente, com a intensificação da eficiência e expansão mundial da produção. Não obstante, na perspectiva do país de preços mais elevados, a eliminação da exclusividade territorial (ou então da proibição de importação paralelas) pode ter como resultado uma maior concorrência, com conseqüente queda dos preços, em particular quando os titulares dos DPI estão domiciliados no estrangeiro. Assim, esta política é benéfica principalmente para os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que são importadores de tecnologia. Por conseguinte, é interessante para esses países a proibição de restrições territoriais e outras formas de restrições de licença; bem como autorizar e incentivar a importação paralela¹¹.

¹¹ A África do Sul baseou-se na política de importações paralelas para baratear os medicamentos para combate da Aids.

Entretanto, é importante salientar que a adoção de políticas para impedir a discriminação internacional de preços pode ter por conseqüência a abstenção da concessão de licenças pelas grandes empresas multinacionais. Ademais, segundo alguns autores¹², a discriminação internacional de preços e a proibição de realizar importações paralelas podem beneficiar sobretudo os países em desenvolvimento, uma vez que as empresas dos países desenvolvidos podem estabelecer preços mais baixos nos mercados pobres sem ter que reduzir também seus preços nos mercados ricos. Deste modo, as empresas multinacionais poderiam abastecer mercados que não seriam aprovionados se os preços fossem fixados obrigatoriamente de maneira uniforme. A Organização Mundial de Saúde, por exemplo, defende os preços diferenciados dos medicamentos, conforme os recursos financeiros dos mercados.

Outra conseqüência da exclusividade territorial nos contratos de licença é que pode facilitar a aplicação de acordos encobertos de cartelização. Empresas competidoras titulares de um número considerável de patentes relativas a uma determinada classe de produtos podem estabelecer um acordo para conceder licenças exclusivas para uma empresa de propriedade conjunta, que possibilitará a repartição do mercado entre as empresas associadas segundo zonas de exclusividade territorial. Um tal acordo teria como conseqüência a redução substancial da concorrência porque se aplicaria a empresas que de outro modo (ausência de acordo de licença) seriam competidoras diretas.

Por outro lado, a exclusividade territorial torna mais fácil a fiscalização dos preços definitivos dos concessionários. Assim, a aplicação de restrições territoriais por parte dos formuladores da política concorrencial depende da motivação efetiva de seu uso em cada caso concreto e de seu provável efeito. Quando esses acordos não apresentam como resultado uma eficiência considerável, mas formam na verdade parte de um plano de cartelização, é fácil prever que seus efeitos serão negativos para a concorrência e o bem-estar da sociedade. Por outro lado, se são utilizados para corrigir as assimetrias em matéria de informação entre os titulares de direitos e concessionários ou para conseguir discriminação de preços, seus efeitos de caráter social são mais incertos e dependem em boa parte da concentração do mercado e dos obstáculos que se opõem à sua entrada.

2. Exploração exclusiva

¹² V. David Malueg e Maruis Schwartz, "Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination", Economic Analysis Group Discussion Paper, Departamento de Justiça dos EUA, Divisão Anti-monopolio, 1993.

Os acordos de exploração exclusiva impedem que os concessionários fabriquem produtos com o emprego de tecnologias subministradas pelos competidores do titular. Esta disposição é análoga à dos acordos de exploração exclusiva consignada nos acordos de distribuição, em virtude da qual os distribuidores não estão autorizados a vender marcas competidoras. Os argumentos que justificam o estabelecimento de restrições para a exploração exclusiva na concessão de licenças de propriedade intelectual são análogos aos que se aplicam aos mercados de produtos: evitar as possibilidades de aproveitamento gratuito por titulares de direitos rivais e promover o aperfeiçoamento das tecnologias graças à uma relação entre os titulares e os concessionários¹³.

O estabelecimento de relações em regime de exclusividade permite também evitar a utilização de conhecimentos patenteados pelas empresas rivais que também outorgam licenças ao concessionário para fabricação de seus produtos. Por outro lado, este tipo de licença pode ocasionar o fechamento de mercado em detrimento de concessionários rivais e limitar a concorrência no mercado, em particular quando as empresas que celebram tais acordos dominam uma grande parte do mercado correspondente. O efeito de fechamento do mercado depende notadamente da possibilidade de que os titulares existentes ou os novos titulares disponham de uma capacidade suplementar de fabricação.

3. Vinculação de vendas

Vinculação de vendas é a obrigação contratual em virtude da qual um fabricante se compromete a vender um produto determinado unicamente aos compradores que se comprometam a comprar outros produtos que não guardem relação com o anterior. É também denominada “venda casada”. A vinculação pode ser utilizada para proteção do renome da tecnologia objeto da transferência. Por exemplo, o fabricante de novo modelo de elevador exige que os compradores do novo modelo adquiram do fabricante peças de substituição e façam uso de seus serviços de reparação. Esta exigência pode ter por finalidade garantir que qualidade do bem, reconhecida no mercado, não seja aviltada por causa de serviços de conservação ou reposição de peças com qualidade inferior.

A vinculação pode reduzir também o risco inerente à licença de inovações cujo valor comercial é incerto. Esse objetivo pode ser atingido com a fixação de um preço mais baixo para a inovação e mediante a obrigação de

¹³ Patrick Rey e Ralph Winter, “Exclusivity restrictions and intellectual property”, in Robert D. Anderson (dir) *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, 1998.

comprar um produto cuja demanda é relacionada com a utilização da inovação.

Não obstante, a vinculação geralmente é utilizada para discriminar em matéria de preços entre os consumidores que utilizam os produtos ou as tecnologias mais ou menos intensamente. Por exemplo, o aluguel de aparelhos fotográficos é condicionado à aquisição pelo consumidor de filmes fotográficos no estabelecimento do locador. Conforme vimos, a discriminação em matéria de preços pode ter efeitos socialmente benéficos como resultado do aumento de produção.

Por outro lado, a vinculação de vendas pode ter também resultados socialmente negativos, quando é empregada para fechamento de outros mercados. Esse resultado pode ser obtido se o titular do direito ocupa uma posição importante no mercado do produto vinculado e se são consideráveis os efeitos do fechamento nos produtos vinculados.

4. Prestações recíprocas

Esta modalidade de restrição se dá quando os titulares reclamam todos os direitos relacionados com as novas tecnologias que tenham sido obtidos pelos concessionários mediante aperfeiçoamento da tecnologia objeto da licença. Para tanto, pode ser facilitada a transferência de tecnologias aos concessionários, pode ser reduzida também a vantagem dos concessionários pelas atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Tais cláusulas reduzem a concorrência uma vez que não estimulam a obtenção de novas tecnologias.

PARTE III. APLICAÇÃO DA LEI DE CONCORRÊNCIA ÀS PRÁTICAS RELATIVA À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Em geral, para investigar a existência de infração contra a ordem econômica, a autoridade de concorrência procede a uma análise em cinco etapas: estabelece a natureza da transação ou da prática em causa; define os mercados pertinentes; determina se as empresas investigadas possuem posição dominante de mercado; determina se a transação ou a prática em causa pode impedir ou reduzir a concorrência sobre os mercados pertinentes e leva em consideração, se for o caso, motivos fundados sobre a eficiência.

Esta análise é aplicada a todas as indústrias e a todas as categorias de transação e de práticas comerciais. Apenas após definir o mercado pertinente e examinar os fatores de concentração, as barreiras de entrada e a evolução tecnológica é que a autoridade competente poderá concluir se o titular

de uma patente, por exemplo, exerce validamente o domínio de um mercado relevante de bens ou serviços.

No caso de transações ou práticas relativas aos DPI, para definir o mercado pertinente são utilizados os critérios seguintes: a tecnologia ou conhecimentos intangíveis com base na 1ª e os processos ou produtos originados da PI. Já a posição de domínio é investigada em função do grau de concentração, as condições de entrada de outras empresas, a velocidade da evolução tecnológica, a capacidade das empresas de suplantar posições que aparentam estar solidamente estabelecidas e os efeitos horizontais¹⁴ sobre o mercado.

Cumprido ressaltar que o só fato de uma empresa exercer posição dominante em virtude de possuir um produto ou processo de qualidade superior ou de instaurar uma prática comercial inovadora não caracteriza, conforme já foi visto, infração à ordem econômica (art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8.884/94).

Não obstante, vários dispositivos da Lei n. 8.884/94 podem ser aplicados às práticas anti-concorrenciais relativas à propriedade intelectual, como as . relatadas no capítulo precedente.

De forma geral, conforme vimos, o simples exercício de um direito de propriedade intelectual não constitui uma infração da ordem econômica; mas, ainda que raramente, pode ocorrer a exploração de uma patente ou de outro DPI possa suscitar uma questão litigiosa sobre o plano da concorrência.

1. Disposições dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94

Entre as condutas tipificadas como infração da ordem econômica não se encontra, de fato, o simples exercício de um direito de propriedade intelectual. Portanto, o monopólio de exploração de uma invenção durante um certo lapso temporal não configura ato anti-concorrencial e não viola a lei sobre concorrência. O exercício de um direito de PI compreende a faculdade de utilizar e de não utilizar um direito de propriedade intelectual. .

Por outro lado, quando os DPI constituem o fundamento de acordos concluído entre entidades independentes, seja sob a forma de transferência, de acordo de licença ou .de pacto visando a utilização ou a aplicação dos direitos de propriedade intelectual, pode haver, em tese, infração à ordem econômica, quando o dano à concorrência deriva de tal acordo e não simplesmente do exercício do direito.

¹⁴ Efeitos horizontais anti-concorrenciais podem surgir se a transação ou prática faz aumentar os custos dos concorrentes. Por exemplo, uma transação pode impedir o acesso de concorrentes ao mercado ao aumentar o custo

Em tese, há infração da ordem econômica quando uma empresa aproveita a proteção outorgada por uma patente para promover acordo que crie, mantenha ou reforce a posição de dominância de um mercado relevante de bens ou serviços. Quando duas ou mais empresas adotam uma prática que diminui ou impede a concorrência, o ~ prejuízo à ordem econômica decorre de alguma coisa mais do que um simples exercício de um direito de propriedade intelectual.

De fato, constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que limitem ou prejudiquem de qualquer forma a concorrência (art. 20, I), que implique na Cominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, II) ou que favoreça o exercício abusivo de posição dominante (art.20, IV); bem como aqueles que impliquem em divisão dos mercados de serviços ou produtos (art. 21, III). A existência de um direito de propriedade intelectual não constitui um fator v atenuante.

A transferência de direitos de PI que diminua ou impeça a concorrência representa uma outra situação na qual o prejuízo do concorrente decorre qualquer coisa além que o simples exercício de um direito de propriedade intelectual. É o que ocorreria, por exemplo, quando um concedente vinculasse um produto que ano seja objeto de propriedade à um produto protegido por seu direito de PI ou no caso de uma empresa obter, por meio de um contrato de exclusividade, uma posição de domínio que vai além da duração da patente que ela detém. Nessas duas hipóteses é possível a intervenção do CADE para impedir prejuízo à concorrência.

Pode ocorrer ainda que a recusa de outorgar uma licença ou de conceder outras formas de acesso a um DPI não consubstancie um simples exercício do direito do inventor ou criador, mas configure, na verdade, um ato que atenta contra a concorrência. Assim, por exemplo, pode ocorrer posição dominante quando uma empresa adquiere sistematicamente uma coleção determinante de DPI e recusa, por outro lado, a outorga de licenças para terceiros, impedindo ou reduzindo sensivelmente a concorrência sobre mercados relativos a esses direitos. Nesta hipótese, entendemos que a recusa na , outorga da licença pode caracterizar açambarcamento ou impedimento à livre exploração de direito de propriedade intelectual ou de tecnologia (art. 21, XVI).

2. A recusa na outorga de licença pode caracterizar infração da ordem econômica ?

Conforme sustentamos ao longo do trabalho, entendemos que o simples exercício de um direito de propriedade intelectual não constitui motivo para atuação da autoridade encarregada da defesa da concorrência.

Ao nosso ver, a recusa na outorga de licença está inserida no direito de exploração da invenção (ou criação) pelo titular da patente (ou de outro

DPI), que pode optar pela exploração exclusiva. Não há, portanto, açambarcamento ou impedimento a livre exploração de DPI.

Por outro lado, pode ocorrer que a simples recusa de outorga de licenças de PI prejudique a concorrência, a um ponto considerado importante sobre um mercado pertinente diferente ou consideravelmente mais vasto do que aquele que é objeto dos produtos ou serviços que resultam diretamente do exercício da PI.

De fato, a recusa para que terceiros utilizam a PI pode impedir que outras empresas garantam uma concorrência eficaz sobre o mercado pertinente. Nesta hipótese, a propriedade intelectual, ao invés de constituir um estímulo para o progresso e desenvolvimento tecnológico, representaria um freio à inovação e daria origem a uma situação de posição dominante, onde os outros concorrentes não poderiam entrar sem acesso à propriedade intelectual¹⁵.

Em tal situação, forçoso concluir que haveria limitação ou „f impedimento do acesso de novas empresas ao mercado e obstáculo ao desenvolvimento de empresa concorrente, bem como abuso de posição dominante e impedimento à livre exploração de DPI, de forma a causar prejuízo ao bem estar social e a justificar a intervenção do CADE.

Portanto, três são os fatores que justificam a intervenção da autoridade de concorrência em caso de recusa na outorga de licenças: o titular da PI ocupa uma posição dominante sobre o mercado pertinente, a recusa impede que outras empresas atuem no mercado pertinente e freia a inovação.

Neste caso, sem prejuízo de outras sanções, o CADE pode recomendar ao INPI que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, IV, a).

CONCLUSÃO

O presente estudo mostra que existem relações recíprocas entre a política de competência e o exercício de direitos de propriedade intelectual, notadamente nos contratos de licença. Uma maior convergência dos princípios do direito e da política de concorrência em relação com o exercício dos direitos de propriedade intelectual pode incrementar o bem estar social ao reduzir as incoerências e prevenir as diferenças no sistema internacional de comércio. Para conseguir este objetivo a longo prazo, convém em particular impulsionar o fortalecimento e a compreensão mútua dos critérios nacionais, tanto dos elementos comuns, quanto das divergências.

É importante para esses países aplicar os princípios do direito de concorrência na esfera da propriedade intelectual, para a correta avaliação dos

¹⁵ É o caso por exemplo da licença de dependência- art. 70 da Lei n. 9.279/96.

efeitos anti-competitivos da licença dos direitos de propriedade intelectual, que podem ser positivos ou, como é mais comum, prejudiciais ao bem-estar social. Para tanto, é imprescindível que o país possua um bom quadro de pessoal especializado.

BIBLIOGRAFIA

INDUSTRIE CANADA. Bureau de la concurrence. *Propriété intellectuelle: lignes directrices pour l'application de la loi*. Québec: Bureau de la concurrence, 1999.

MALUEG, David e SCHWARTZ, *Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination*. Economic Analysis Group Discussion Paper. Washington: Departamento de Justiça, Divisão Anti-monopolio, 1993.

OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris, 1989, pp. 16 e 17.

ONU, *Informe preliminar sobre as modalidades de aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual*, Doc. TD/B/COM.2/CLP/10, 1999.

PLAISANT, Marcel. *Traité de Droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*.- Paris: Recueil Sirey, 1949.

REY, Patrick e Ralph Winter. "Exclusivity restrictions and intellectual property", in Robert D. Anderson (dir) *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, 1998.

ROBBLES, Alfredo. *La Révision de la Convention de Paris sur les brevets et le transfert de technologie*. Tese de doutorado: Paris I, 1985

VEIRA LOUREIRO, L.G de Andrade. *A Lei de Propriedade Industrial Comentada*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999.

SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Intelectual*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TROLLER. A. *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t.1. Bâle e Francfort-sur-le-Main : 1992