

DOUTRINAS

O antitruste e a propriedade intelectual:
caminhos ditintos em buca de um único
objetivo

O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INTELLECTUAL: CAMINHOS DISTINTO EM BUSCA DE UM ÚNICO OBJETIVO

Mayara Gasparoto Tonin

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
e-mail: matonin@gmail.com

1. Introdução. 2. Direito da concorrência. 3. Direito da propriedade intelectual. 4. Exclusão ou complementariedade? 5. Objetivo comum. 6. Conclusões. 6. Referências.

RESUMO

A interação entre a legislação de defesa da concorrência e a de proteção da propriedade intelectual é um aspecto muito complexo na atualidade. Isso porque, à primeira vista, o direito antitruste e o direito da propriedade intelectual aparentam ser radicalmente opostos, ou seja, um tende a entrar em conflito de princípios com o outro: de um lado está a liberdade proporcionada pela livre concorrência e de outro a exclusividade garantida à propriedade intelectual. Desse modo, uma análise pouco profunda do tema traria a conclusão de que a relação entre os sistemas jurídicos é de exclusão; entretanto, pode-se perceber que essa visão é equivocada. Mais do que isso, pode-se ver que as legislações são complementares e, mediamente, perseguem um mesmo objetivo: a busca do bem estar e o incentivo à inovação. Portanto, existe, ou pelo menos deveria existir, harmonia entre as interpretações e aplicações tanto da defesa da concorrência quanto da proteção da propriedade intelectual, porque a essência da concorrência está, justamente, na inovação protegida pela propriedade intelectual.

ABSTRACT

Nowadays is the contact between antitrust and intellectual property laws a very complex aspect because, at first sight, antitrust and intellectual property seem to be radically the opposite, it means, they intend to conflict: there is on one side liberty provided by free competition and exclusivity guaranteed to intellectual property on the other. Thereby, a shallow analysis about it would conclude that the relationship between these juridical systems is exclusionary; however, throughout this essay it will be possible to perceive such perspective is perhaps wrong. Moreover, the legislations can be actually complementarities and, indirectly, can chase the same goal: search of welfare and innovation incentives. So, there is, or at least there should be, harmony between interpretations and applications of competition law and intellectual property protection, as the essence of competition is quite in innovation which is protected by intellectual property.

Palavras-chave: direito antitruste; defesa da concorrência; propriedade intelectual; incentivo à inovação; exclusão; complementariedade

1. Introdução

A interação entre a legislação de defesa da concorrência e a legislação de proteção da propriedade intelectual é, sem dúvida, pouco estudada pela doutrina brasileira¹. Porém, apesar da negligência, a discussão do tema é muito abordada em outras jurisdições. Inclusive, um dos aspectos mais complexos do direito antitruste é sua relação com a propriedade intelectual², ou seja, a sujeição ou não dos direitos imateriais às regras de proteção de um mercado saudável e competitivo. Essa relação sempre foi instável e problemática, porém, o conflito entre as legislações também sempre foi bastante exagerado e superestimado³.

A propriedade intelectual tende a entrar em um conflito de princípios com a concorrência, pois sua inerente exclusividade restringe a competição, justamente o que o direito antitruste quer proteger⁴. Desse modo, surge certa contradição entre os sistemas legais, que é de fácil percepção: de um lado encontra-se a liberdade proporcionada pelo princípio constitucional da livre concorrência e, de outro, a exclusividade já mencionada do direito de propriedade intelectual.

Assim, um exame pouco profundo do tema implicaria em dizer que a relação entre os sistemas jurídicos seria de exclusão; no entanto, esta impressão de que os objetivos da defesa da concorrência e da proteção da propriedade intelectual são contraditórios parece estar equivocada. Na realidade, “*verdadeiros conflitos entre o antitruste e os direitos de propriedade intelectual são raros.*”⁵

A relação entre a propriedade intelectual e o direito antitruste não precisa, necessariamente, ser antagonica. Por óbvio que o ideal é chegar ao equilíbrio, mas, como tema razoavelmente recente que é, “*o limite entre a proteção à concorrência e o estímulo à inovação ainda não foi inteiramente traçado.*”⁶ Isso porque, por um lado, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, e, por outro, restringe à livre concorrência, podendo facilmente gerar abusos.

Existe uma aparente tensão entre os regimes jurídicos porque, ao mesmo tempo em que um busca exclusividades temporárias, o outro fomenta a concorrência. Mas, na verdade, como veremos no decorrer deste trabalho, as legislações perseguem um mesmo escopo: a busca do bem estar e o incentivo à inovação, ainda que por meios diversos.

É de grande importância e pertinência, portanto, o estudo das implicações da intrínseca relação entre o antitruste e a propriedade intelectual. A relevância deste ensaio está, justamente, na pretensão de investigar a interface entre as legislações, assim como suas

1 “A discussão aqui tem sido menos intensa que em outros países, em razão do pequeno número de casos analisados, que talvez seja uma indicação da falta de importância das patentes como estratégia competitiva relevante e dos baixos investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre nós”. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, p. 123.

2 As referências feitas no trabalho sobre propriedade intelectual envolvem aqueles direitos de propriedade industrial protegidos pela Lei n. 9279/96 (patentes de invenção, de utilidade, registros de desenho industrial e de marcas), bem como os direitos de autor e de software.

3 HOVENKAMP, Herbert. The intellectual property-antitrust interface, p. 1979.

4 POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences, p. 3: “in general, even though the relation between intellectual property rights (IPRs) and competition policies – particularly antitrust – may be regarded as essentially compatible, it tends to present tensions and conflict zones. That is because intellectual property rights were created mainly to deter free imitation, which by definition constrains competition to some degree. Therefore, the economic function of intellectual property intrinsically restricts rights or freedoms at some level; and if such restraint is exercised in an anticompetitive way, it may be deemed an antitrust offence”.

5 Tradução livre: “true conflicts between antitrust and intellectual property rights are relatively rare”. HOVENKAMP, obra citada, p. 1979.

6 KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. In: MOREIRA, Egon Bockman; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Direito Concorrencial e Regulação Econômica, p. 130.

aparentes contradições. Adianta-se, desde já, que não é tarefa fácil encontrar um ponto de equilíbrio entre a manutenção da competição e a criação de incentivos à inovação⁷.

Evidentemente, levando-se em consideração a complexidade da causa, não se pretende exaurir os questionamentos e as dúvidas. O intuito é apresentar a situação de maneira clara e simples, fazendo com que o leitor almeje aprofundar ainda mais as discussões e estudos sobre a questão. Pretende-se estabelecer os pontos de encontro entre as duas legislações, com base em uma visão crítica e funcional do antitruste e da propriedade intelectual.

Por essa razão, serão abordadas preliminarmente noções introdutórias sobre a defesa da concorrência e da proteção à propriedade intelectual, as relações de exclusão e complementaridade dos institutos, a persecução de um objetivo comum e, por fim, a interface entre a liberdade proporcionada por um e a exclusividade inerente ao outro.

2. Direito da concorrência

O direito da concorrência, também conhecido como direito antitruste, exerce a função de garantidor do pleno funcionamento do mercado, impedindo o surgimento de situações permanentes de poder e a eliminação da concorrência. Isso porque, uma vez ausente a competição, o resultado inevitável é o total domínio do mercado, situação prejudicial aos consumidores e à sociedade.

A atuação antitruste é um modo de intervenção estatal na economia, sendo que a defesa da concorrência está presente principalmente em mercados cuja estrutura concorrencial possui tendências de eliminação da competição. No Brasil, a política de defesa da concorrência, basicamente, é um meio de repressão a atitudes consideradas abusivas e protege especialmente o interesse do consumidor, diferentemente do antitruste americano, por exemplo, que resguarda a concorrência liberal como estrutura⁸.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é formado pela (i) Secretaria de Direito Econômico (SDE), responsável primordialmente pelas investigações de ilícitos anticoncorrenciais e pela instrução dos processos; pela (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cuja função é a análise econômica dos atos de concentração e dos respectivos mercados afetados; e pelo (iii) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é o órgão julgador e exerce a função de tribunal administrativo, responsável pela decisão final a respeito dos ilícitos antitruste.⁹

A finalidade imediata do SBDC é a aplicação da legislação antitruste pátria (Lei n. 8884/94). Mediamente, o sistema visa à promoção e à manutenção de um mercado competitivo, por meio da prevenção e da repressão de condutas anticoncorrenciais. Ainda, possui como fim último o bem estar do consumidor e da sociedade, pois são esses os atingidos e prejudicados caso a concorrência seja suprimida.

Entretanto, não existe pacificação na doutrina a respeito disso, são diversas e constantes as discussões sobre qual o objetivo primordial da defesa da concorrência. No caso brasileiro não podia ser diferente: a doutrina passeia entre as preocupações da legislação antitruste, desde encorajar a concorrência e tutelar o mercado contra efeitos auto-destrutíveis¹⁰ até proteger institucionalmente o sistema competitivo como instrumento de defesa dos

7 Tradução livre: "to be sure, finding the right balance between maintaining competition and creating incentives to innovate is no easy task". HOVENKAMP, obra citada, p. 2006.

8 FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 114.

9 Para estudos da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, veja: FORGIONI, obra citada, p. 128-151.

10 FORGIONI, obra citada, p. 70-71.

consumidores. Inclusive, autores como Calixto Salomão Filho, Paula Forgioni e Isabel Vaz, por exemplo, possuem apreciações distintas sobre a questão.

Calixto Salomão Filho escolheu a regulamentação do poder econômico no mercado como objetivo central do direito da concorrência:

“se o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir, no mínimo, liberdade de escolha e máxima precisão possível das informações transmitidas”¹¹.

Por sua vez, Paula A. Forgioni destaca o caráter instrumental do antitruste e o define como *“técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”¹².*

Já para Isabel Vaz, o direito da concorrência indica *“o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”¹³.*

Enfim, sendo a concorrência um instrumento, sendo um fim a se alcançar, o que importa é que os consumidores são extremamente beneficiados com a defesa desse instituto. Sabe-se que

“o ideal do sistema econômico é o mercado em que prevalece a competição perfeita, (...) que é aquela em que, dada a existência de um grande número de produtores e de consumidores, nenhum deles tem o poder de manipular preços em detrimento do consumidor final”¹⁴.

E, apesar da dificuldade natural da existência de um sistema perfeito como esse, as autoridades antitruste buscam permanentemente a manutenção da competição, inibindo práticas lesivas à concorrência.

3. Direito da Propriedade Intelectual

A propriedade intelectual agrega a proteção dos bens incorpóreos passíveis de apropriação humana. De acordo com a doutrina clássica, pode ser dividida em direito da propriedade industrial e direito autoral¹⁵, sendo que o primeiro protege as criações inventivas voltadas à indústria e o segundo tutela a atividade inventiva no ambiente cultural.

A propriedade industrial compreende as patentes de invenção, de modelo de utilidade, o desenho industrial, as marcas de produtos ou serviços, e o nome empresarial. No Brasil, existe legislação específica que protege ambos os direitos: a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9279/96) e a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis (Lei n. 8934/94).

11 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas, p. 60.

12 FORGIONI, obra citada, p. 88.

13 VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência, p. 243.

14 GALVÊAS, Ernane. O direito da concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei n. 8884/94 e estudos doutrinários, p. 43.

15 VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades, p. 427.

Por conseguinte, a propriedade autoral envolve as obras artísticas, literárias e científicas em geral, assim como os softwares (programas de computador). Essa espécie também é tutelada juridicamente e regida por legislação específica: a Lei de Direito Autoral (Lei n. 9610/98) e a Lei do Software (Lei n. 9609/98).

Apesar da divisão da doutrina, para fins deste trabalho será usada a nomenclatura “propriedade intelectual” como gênero, fazendo menção a todo e qualquer tipo de propriedade imaterial, seja ela considerada pela legislação propriedade intelectual *strictu sensu* ou propriedade industrial.

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é vista como a grande proteção do agente econômico contra a força da concorrência, uma vez que, juntamente com sua proteção, é concedida a garantia do monopólio de exploração. O direito imaterial protegido é um privilégio que tende a diminuir o grau de concorrência em determinado setor, restringindo a livre iniciativa e a livre concorrência. Isso, porém, como forma de recompensa ao criador da inovação e de incentivo ao desenvolvimento tecnológico da nação.

Por mais que haja restrições a liberdades, existe grande relevância na proteção dos direitos de propriedade intelectual, que está principalmente no fato de apresentarem valor econômico e poderem ser consumidos por terceiros sem que haja perda de seu valor agregado. Isso significa dizer que, em tese, há sempre consumidores dispostos a pagar determinada quantia por esses bens e que os custos de reprodução desses direitos são baixos, de modo que podem ser facilmente copiados e apropriados.¹⁶ Por essas razões, basicamente, é que os bens imateriais exigem proteção.

Entretanto, não obstante haver uma ambigüidade na proteção da propriedade intelectual, posto que, ao mesmo tempo, incentiva e restringe, essa proteção constitui estímulo à inovação e à concorrência, por mais incrível que pareça. O direito da propriedade intelectual, na verdade, incentiva porque restringe¹⁷: protege a invenção e assegura, por um tempo, sua exploração exclusiva, com a finalidade de incentivar investimentos em pesquisa e inovação.

Por fim, percebe-se que servir de estímulo ao investimento em inovação e de instrumento para o desenvolvimento econômico e social é muito mais proveitoso para a coletividade do que para o indivíduo. Ou seja, a propriedade intelectual não representa apenas um instrumento de garantia privada, mas também cumpre deveres com o interesse público.

4. Exclusão ou complementariedade?

A Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9279/96) representa uma tutela individual, protegendo o concorrente. Por sua vez, Lei Antitruste (Lei n. 8884/94) protege toda a sociedade, exercendo uma tutela coletiva por meio da defesa da concorrência.

À primeira vista, portanto, o direito antitruste e o direito da propriedade intelectual são radicalmente opostos, vez que a finalidade imediata daquele é garantir a livre concorrência, enquanto que este almeja estimular as inovações por meio da concessão de monopólios. No entanto, uma análise mais detida sobre o tema pode concluir que ambos são *“instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados e, conseqüentemente, promover o bem estar social.”*¹⁸

¹⁶ ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos da propriedade intelectual, p. 170.

¹⁷ POSSA e MELLO, obra citada, p. 36: “protecting the right is an incentive *because* it is restrictive”.

¹⁸ CUEVA, obra citada, p. 121.

Os direitos de propriedade intelectual são protegidos por uma razão econômica¹⁹, de modo que se assemelham a monopólios temporários. Ou seja, se sustentam em dois fundamentos: proporcionam incentivos à inovação e impedem que terceiros se apropriem dessa inovação. Todo trabalho intelectual despense tempo e investimentos, e o reconhecimento do valor econômico aos bens imateriais se mostra essencial para o incentivo e a continuidade da pesquisa científica, imprescindível ao desenvolvimento econômico e social.

Com o intuito, então, de premiar esse esforço intelectual, a lei outorga aos criadores o monopólio provisório de sua exploração, como incentivo à pesquisa. Caso não houvesse esse retorno econômico, o benefício seria apenas social, de modo que certamente não existiria o mesmo interesse das instituições em promover a pesquisa.

Entretanto, na ótica concorrencial, a concessão de direitos de propriedade intelectual configuraria uma exceção, justamente por gerar monopólios legais. Mas, ao contrário dos monopólios ordinários, os monopólios “concedidos” por meio da proteção da propriedade intelectual não tiram nada da sociedade, mas, pelo contrário, fornecem algo antes inexistente. Se não for assegurada essa exclusividade, alguém pode aproveitar os frutos econômicos de invenções alheias para se beneficiar da exploração irrestrita e desregulada, em detrimento de quem custeou ou criou a pesquisa.

Assim, de um lado, a propriedade intelectual limita temporalmente o número de concorrentes em determinado mercado relevante²⁰, ou seja, exclui terceiros da exploração de um mesmo objeto, mas também estimula investimentos em pesquisa com o intuito de criar novas tecnologias, e, na medida em que o faz, torna-se o motor da concorrência. Isso implica dizer que os benefícios sociais são verificados em longo prazo²¹. Nessa linha, acredita Luiz Otávio Pimentel que:

“nos países onde há proteção aos direitos intelectuais, a tendência é de progresso, pois geralmente a imitação tem como ponto de partida o conhecimento disponível, ao passo que, não havendo proteção legal, pode-se partir para a cópia pura e simples”²².

Evidente, portanto, é a função da propriedade intelectual de reembolsar ou compensar os investimentos em pesquisa. Com a finalidade de fomentar os investimentos de tempo e de recursos, o Poder Público assume a necessidade de sacrificar em curto prazo a concorrência para permitir o surgimento de novas tecnologias. Nesse sentido é que o “*monopólio legal conferido às criações é garantia do reconhecimento e do retorno financeiro ao trabalho inventivo realizado e, ademais, fomento para a inovação.*”²³

Entre os regimes jurídicos da propriedade intelectual e do antitruste não existe conflito de princípios, pois tanto um quanto o outro almeja o incentivo à inovação. Há, na verdade, uma harmonia, porque a essência da concorrência está, exatamente, na inovação. Há uma convergência de princípios, pois ambos buscam a proteger essa inovação. As leis tratam

19 COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. Law and Economics, p. 128. Citados em ROSENBERG, obra citada, p. 171: “the owner of an idea has the right to exclude others from using it. (...) Patents are a temporary monopoly that reward invention and impede dissemination”.

20 “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. (...) Para a delimitação do mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto. (...) Identifica-se o mercado geográfico como o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. (...) O mercado do produto é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, obra citada, p. 210, 211, 213 e 218).

21 POSSAS e MELLO, obra citada, p. 37: “intellectual property restrains competition, in an immediate sense, but it is destined to promote it in the long run.”

22 PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito industrial: aspectos introdutórios, p. 47.

23 SCUDELER, Marcelo Augusto. A função social da propriedade industrial. In: Victor Hugo Tejerina (Organ.). Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento, p. 39.

de temas diferentes, mas não são antagônicas, uma legislação não prevalece sobre a outra, dependendo sua aplicação da análise do caso concreto.

A restrição à concorrência é realmente um problema, porém o incentivo à inovação é um grande benefício. Deve-se, então, colocar na balança a relação custo-benefício. A anticompetitividade não é intrínseca à propriedade intelectual, a detenção de poder de mercado não é um ilícito *per se*, apenas é capaz de gerar um risco anticompetitivo.

O privilégio de exploração garantido pela Constituição, portanto, não estaria em contrariedade ao postulado, também constitucional, da livre concorrência. Pelo contrário, há uma clara complementaridade entre ambos. A propriedade intelectual deve ser caracterizada como forma de uso social da propriedade: como mecanismo de restrição à liberdade de concorrência que é, deve ser usada de acordo com sua finalidade, ou seja, enquanto socialmente justa. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior,

“não há incompatibilidade, mas sim adequação sistemática entre os direitos garantidos no inciso XXIX do art. 5º da CF e o princípio da livre concorrência, bem como à vedação das formas de abuso do poder econômico”²⁴.

Assim, não há conflito entre direito antitruste e direito da propriedade intelectual. As normas devem ser interpretadas não de maneira excludente, mas cada qual em um campo de atuação, de acordo com suas finalidades, de modo a se ajustarem às peculiaridades umas das outras, em uma relação de complementaridade e coerência.²⁵

Nesse sentido é o posicionamento do Conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, como se pode perceber em trecho de voto proferido em averiguação preliminar:

“os direitos de propriedade industrial são, nitidamente, complementares ao direito da concorrência. O direito antitruste reconhece o papel da diferenciação e da inovação como fortes componentes competitivos (...). Assim, não há dúvida de que os direitos de propriedade industrial são aliados extremamente importantes na manutenção e fomento da concorrência. Por outro lado, preservar os incentivos à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos e serviços em um mercado é uma meta fundamental das políticas de concorrência, que nesse sentido também contribuem fortemente para que os agentes de um mercado compitam por inovações. Tais como outros, porém, tais direitos, por vezes, podem colidir. (...) direitos de propriedade intelectual, à primeira vista, podem, de fato, em alguns casos, obstar ou enfraquecer a concorrência em um dado mercado. (...) o direito antitruste dispõe-se a aceitar essa aparente e temporária restrição à concorrência do ponto de vista estático, que em curto prazo pode até mesmo causar diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores, em favor de uma eficiência dinâmica, que em longo prazo aumentará a competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, em favor do desenvolvimento econômico e dos consumidores”²⁶.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade industrial em defesa da concorrência. In: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, p. 11.

²⁵ BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, p. 93-94.

²⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Relatoria da **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**, p. 10-11.

Considerando os efeitos em longo prazo, é inafastável, portanto, a conclusão de que não há qualquer relação de exclusão, ou mesmo tensão entre o direito da concorrência e a proteção à propriedade intelectual. A relação é de complementaridade, já que as Leis n. 8.884/94 e n. 9.279/96 apresentam-se harmônicas e integradas.

5. Objetivo Comum

O direito da propriedade intelectual deve ser interpretado em consonância com o direito antitruste, segundo os ensinamentos de Paula Forgioni²⁷. Dessa maneira, existem muito mais conexões entre a proteção da propriedade intelectual e a manutenção da concorrência do que contradições. Porém, uma visão mais tradicionalista mostra que não haveria apenas diversidade entre ambas. Mais do que isso, haveria um verdadeiro antagonismo: uma como legítima declaração da liberdade, e a outra como genuína garantia da exclusividade.

No entanto, se interpretada por meio de sua função social, a propriedade intelectual não fere a livre concorrência. Pelo contrário, sua existência é imprescindível no sentido de fomentar as invenções e as inovações. As legislações de defesa da concorrência e de proteção da propriedade intelectual, aparentemente em contradição, possuem, na verdade, objetivos em comum²⁸: proteger mercados competitivos, manter a eficiência econômica, promover o bem estar dos consumidores.²⁹

Depreende-se da legislação brasileira que a proteção da propriedade intelectual não visa a beneficiar o agente econômico, mas a fomentar as inovações e o desenvolvimento. O fortalecimento dessa proteção gera maiores investimentos em pesquisa. Ou seja, para que os preceitos constitucionais sejam concretizados, é preciso encarar a concessão de direitos de propriedade intelectual como instrumento concorrencial.

Assim, tanto a livre concorrência como a propriedade intelectual são elementos de proteção da coletividade, em busca do bem estar, deixando de apoiar a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico. O caráter público da propriedade intelectual deve ser destacado: o direito pertence ao inventor apenas por determinado tempo, após o qual é disponibilizado à coletividade. Ademais, a ausência de um sistema que reconhecesse e protegesse a atividade criativa proporcionaria, evidentemente, uma grande perda da capacidade de inovação.

Uma perspectiva complementar entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual mostra, principalmente, uma ligação da propriedade imaterial ao interesse público, o que decorre de mudanças importantes na concepção desses institutos. Nesse sentido, o direito conferido ao titular recai sobre o produto da criação e não sobre o ato de criar, de modo que não impede o ato criativo de outros agentes. Assim prega Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“o ato de inventar a máquina não se confunde com a invenção nem esta com sua materialidade; a proteção de um direito intelectual (...) não é a proteção de um direito de monopólio limitado, isto é, de uma atividade, mas de uma criação intelectual objetiva, de uma propriedade”³⁰.

²⁷ FORGIONI, **obra citada**, p. 342.

²⁸ POSSAS e MELLO, obra citada, p. 11: *“conflict zones notwithstanding, the ultimate goals of both antitrust and IPR protection are convergent, and not contradictory: they both aim to promote competitive and innovative conditions in the economical environment capable of increasing its efficiency”*.

²⁹ MATSUURA, Lilian. A livre concorrência e a propriedade intelectual andam juntas, p. 4.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Macelo; CASELLA, Paulo Borda. Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger, p. 501.

A concorrência, cada vez mais, deixa de ser argumento de defesa privada de concorrentes para se tornar instrumento de política econômica³¹. Pode-se dizer, então, que o caráter instrumental da propriedade intelectual de cumprir com sua função social está conectado ao fato de o direito antitruste não só almejar, mas efetivamente promover políticas públicas. Tornam-se, assim, a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência instrumentos de persecução mediata do mesmo objetivo: interesse social, desenvolvimento econômico e tecnológico, bem estar dos consumidores.

Com esse viés, Calixto Salomão Filho ensina que “antes que uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação.”³² Portanto, o sistema de proteção à propriedade intelectual se conecta de forma clara e firme à defesa da concorrência e aos princípios da ordem econômica constitucional.

A Lei de Propriedade Industrial tem como objetivos o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, vislumbrados pela série de requisitos para a concessão do direito de exclusividade e, ainda, pela previsão de sua perda em casos de violação ao interesse e à função social. Nesse mesmo sentido, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios constitucionais de livre concorrência, livre iniciativa, função social, defesa dos consumidores, dentre outros.

Naturalmente, a proteção excessiva da propriedade intelectual pode retardar ou mesmo dizimar a inovação. Ou seja, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção da propriedade intelectual e a proteção da concorrência; não se pode simplesmente negar as concessões de propriedade intelectual, nem mesmo concedê-las irrestritamente.

O direito antitruste e o direito de propriedade intelectual são sistemas separados de regulamentação que possuem o mesmo objetivo de promover a eficiência no mercado, porém, muitas vezes, entram em conflito entre si. E, nesse caso, os valores envolvidos devem ser observados e ponderados, evitando uma sobreposição exagerada de uma área sobre a outra.³³

O grande paradoxo é que a concorrência não é o contrário de monopólio, já que ambos ocupam apenas posições antagônicas em linha estática; mas, na verdade, monopólio é o resultado da concorrência, afinal, uma inovação bem sucedida se torna um monopólio temporário. É uma enorme ilusão achar que os monopólios vão se acabar com o incentivo à concorrência.

De acordo com Maristela Basso, muitas agências e tribunais administrativos partem de pressupostos econômicos errôneos quando analisam a relação ou mesmo a aparente contradição entre a concorrência e a propriedade intelectual. E o pior de todos os equívocos é, para a autora, a premissa de que o direito de propriedade intelectual concede um monopólio ao titular do direito:

“a lei faz essa ‘presunção’ apenas ao igualar a unicidade requerida para justificar o direito de propriedade intelectual conferido na criação à ‘unicidade suficiente para obter poder de exclusividade de gozo de direitos’ em dado mercado”³⁴.

31 FORGIONI, obra citada, p. 34.

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas, p. 132.

33 BASSO, obra citada, p. 81.

34 BASSO, obra citada, p. 83.

Isso quer significar que, sob uma perspectiva estritamente econômica, não existiria relação direta entre monopólio e poder de mercado.

Seguindo o mesmo viés, os direitos de propriedade intelectual concedem o direito de impedir que terceiros copiem e usem determinado produto registrado. Ou seja, excluem outros de tomarem certas atitudes em determinado mercado, o que significa ser impossível excluir um concorrente do mercado se este não infringir direitos de outrem.

Assim, “concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos imateriais protegidos”³⁵, de modo que nem sempre seria correto presumir que um direito de propriedade intelectual resultaria em monopólio. À luz do sistema econômico, é possível afirmar que as leis de propriedade industrial, *a priori*, não conferem aos titulares dos direitos poder de mercado.

Do mesmo modo, é uma falácia afirmar que o direito concorrencial é o único a tutelar os interesses públicos, pois o direito de propriedade intelectual também não é meramente privativo e atende funções específicas de criação e recriação de tecnologias em prol da sociedade.

Não há dúvida de que a propriedade intelectual e o direito da concorrência compartilham o propósito comum de assegurar os níveis de inovação nos mercados e a proteção do consumidor. O primeiro oferece incentivos à inovação, enquanto que o segundo promove a inovação e o bem estar do consumidor a partir da proibição de condutas restritivas à concorrência, buscando também uma política preventiva.

Parece, portanto, que o equilíbrio adequado entre os dois domínios normativos esteja em um denominador comum, que é essencialmente o objetivo de assegurar a concorrência nos mercados a partir dos incentivos envolvendo a atividade inovadora e criativa pelos agentes econômicos.

6. Conclusões

O ensaio aqui desenvolvido, ainda que diminuto face à complexidade envolvida pela problemática da relação entre a propriedade intelectual e a defesa da concorrência, procurou singelamente demonstrar que um não está em desacordo com o outro, como à primeira vista é de se pensar. Muito pelo contrário, ambos estão em relação de consonância e complementaridade.

Como se viu ao longo do trabalho, no que tange à livre concorrência, o direito de propriedade intelectual propulsiona a concorrência dinâmica, com benefícios sociais em longo prazo, já que se completa com o direito antitruste, cujo fim é coibir as condutas anticoncorrenciais e abusivas. E mesmo que os custos sociais da proteção à propriedade intelectual sejam significativos e relevantes no início, a tendência é que sejam gradativamente diminuídos, de modo a fomentar, inclusive, o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. No que tange ao direito de propriedade intelectual, ao Estado interessa as inovações tecnológicas para aumentar o nível de desenvolvimento do país, e, em contrapartida, o decorrente monopólio de exploração é de interesse privado, pelo menos imediatamente. Desse modo, a tutela contempla tanto interesses públicos quanto privados.

35 BASSO, obra citada, p. 83.

Observou-se, ainda, que a concessão da exclusividade na exploração de direitos de propriedade intelectual apresenta inúmeros inconvenientes e efeitos negativos, pois, visando a promover e a fomentar a produção de inventos, limita paradoxalmente sua difusão. Essa exclusividade é justamente característica do sistema de propriedade intelectual, mas pode levar ao abuso de práticas anticoncorrenciais, contrariando o direito antitruste.

Assim, a propriedade intelectual é uma exceção ao princípio fundamental da livre concorrência. Porém, a restrição ao princípio se justifica porque, ao mesmo tempo em que incrementa a situação de seu titular, aumenta o incentivo geral de inovar, implicando em benefícios para a sociedade.

Não há legislação específica que tutele a interconexão entre a propriedade intelectual e o direito antitruste. Entretanto, no contexto contemporâneo, o exercício dos direitos da propriedade intelectual no Brasil não está imune à proteção da concorrência, principalmente tendo em vista a função social a que está vinculado.

Os abusos do direito da propriedade intelectual e as infrações à livre concorrência são vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicadas disposições tanto da legislação antitruste como das leis de propriedade intelectual. Os titulares de direitos exclusivos precisam atentar aos limites de suas funções econômica e social. Os direitos imateriais se tornam, assim, instrumentos concorrenciais, sob pena de a atitude configurar infração à ordem econômica.

Finalmente, pode-se assegurar que as contradições entre as legislações de defesa da concorrência e de proteção da propriedade intelectual são apenas aparentes e superficiais, porque, uma vez devidamente interpretadas à luz da constituição, são muito mais complementares do que conflitantes. Os conceitos clássicos e tradicionais não mais se enquadram por completo ao contexto contemporâneo, o que comprova que cada vez mais os institutos devem ser interpretados com olhares críticos e interrogatórios. Só assim é possível responder às dúvidas que surgem constantemente na interpretação do ordenamento pátrio.

7. Referências

Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51 entre Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda.

BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade industrial em defesa da concorrência. In: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ABPI, 1993, n. 8.

_____. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Macelo; CASELLA, Paulo Borda. Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÊAS, Ernane. O direito da concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei n. 8884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. The intellectual property-antitrust interface. The University Of Iowa College of Law, número 08-46, 2008.

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

MATSUURA, Lilian. A livre concorrência e a propriedade intelectual andam juntas. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-mai-10/livre_concorrencia_propriedade_intelectual_andam_juntas. Acesso em 06/12/10.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito industrial: aspectos introdutórios. Chapecó: Unodesc, 1994.

POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences. Instituto de Economia da UFRJ, 2011 (artigo disponibilizado em palestra do Programa de Intercâmbio do CADE em 28/01/11, ainda não publicado).

ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos da propriedade intelectual. São Paulo: Singular, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SCUDELER, Marcelo Augusto. A função social da propriedade industrial. In: Victor Hugo Tejerina (Organ.). Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento. Piracicaba: Equilíbrio, 2007.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Direito Econômico das Propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992.