

A Propriedade Intelectual e o impacto sobre os não proprietários: Defesa da Concorrência

Aluno: Lívia Barboza Maia
Orientador: Pedro Marcos Nunes Barbosa

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a relação da propriedade intelectual com a concorrência leal. Pretende-se aqui desmistificar a ideia de que os direitos de exclusiva precisam afastar a concorrência para existir, quando, na verdade, o que se vê são essas normas numa relação de interação.

Para que se alcance tal objetivo o artigo fará uma breve introdução ao instituto da propriedade intelectual. Adiante, tratar-se-á do assunto principal e suas conseqüências ao não-proprietário.

Ao cuidar da concorrência encontra-se uma figura que pode esclarecer certas dúvidas, que é a figura do passageiro clandestino. As distinções das práticas do passageiro clandestino e as práticas desonestas são, justamente, as diferenças da concorrência leal e da desleal. O passageiro clandestino é aquele que se aproveita de criações, reputação, clientela ou outro bem intangível construído por um concorrente bem-sucedido. O que se pretende no artigo é demonstrar que existem “caronas” legais, que permitidas por lei e fazem parte da concorrência leal.

2. A propriedade intelectual

2.1. O que é a propriedade intelectual

Segundo Denis Borges Barbosa a propriedade intelectual é uma construção jurídica que visa dar exclusividade de uso no mercado a certos bens incorpóreos, tais como: signos distintivos (marcas, nomes empresariais, indicações geográficas e outros signos de identificação de produtos, serviços, empresas e estabelecimentos), criações intelectuais (patentes de invenção, de modelo de utilidade e registro de desenho industrial), repressão à concorrência desleal, obras protegidas pelo direito do autor, direitos conexos e etc.

2.2. Denominação

Ao ouvir a denominação “propriedade intelectual” tem-se, talvez, a ideia de que esse ramo do Direito teria o condão de proteger as obras construídas pela mente humana. Esse entendimento não está de todo errado, já que ela visa proteger as proteções artísticas e as invenções. Porém, esse ramo do Direito vai além.

Nas palavras de Nuno Pires de Carvalho “o denominador comum da propriedade intelectual é a natureza diferenciadora dos ativos que constituem o objeto de sua proteção.”

2.3. Surgimento

A propriedade intelectual se situa no âmbito do direito privado, tendo seu surgimento devido às necessidades dos comerciantes defenderem suas vantagens competitivas perante os concorrentes. Na realidade, as vantagens dos comerciantes, nada mais eram que as diferenças que eles guardavam entre si. Já é possível notar, em seu nascimento, como a concorrência é figura presente na propriedade intelectual.

3. A Função econômica da Propriedade Intelectual

A propriedade intelectual possui regras que asseguram sua existência tornando as transações menos custosas (se for focado o resguardo dos gastos realizados caso não houvesse a tutela jurídica da propriedade intelectual) e mais seguras, tanto ao comerciante/industrial quanto ao consumidor.

Esse ramo do Direito também reduz os custos da inovação e exploração de ativos intangíveis, ao possuir regras que asseguram ao empreendedor proteção ao seu produto/serviço ou mesmo, por exemplo, um tipo de monopólio temporário, como no caso das patentes.

Diante dessas regras definidas há um certo encorajamento ao empreendedor que pretender investir, já que estará seguro de que diante de um inadimplemento terá seu direito imposto coativamente.

Além das características narradas, outra função da propriedade intelectual é organizar os recursos para que haja ativos intangíveis diferenciadores, entre eles a reputação, entre outros que tornem aquele serviço/produto diferente do outro existente no mercado. Justamente nesse ponto percebemos a importância da propriedade intelectual para uma

economia competitiva. Se não temos serviços/produtos diferentes, não existe motivo para que haja a propriedade intelectual.

3.1. Associação da propriedade industrial com o monopólio

Em geral, a propriedade industrial e as patentes, principalmente, são relacionadas ao monopólio. É possível identificar duas correntes sobre esse tema: aqueles que entendem haver um monopólio, e aqueles que não enxergam monopólio na questão.

Nas lições de Nuno Pires de Carvalho em “A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas. Passado, Presente e Futuro”, o autor defende que a ideia de monopólio é contrária à propriedade industrial. Sabendo que a propriedade industrial visa proteger inovações, pesquisas, diferenciação dos ativos intangíveis e etc. não seria lógico, segundo o autor, associa-la a um monopólio, pois monopolistas não precisam gerar diferenças (não há concorrente para ser diferente). Tendo os monopolistas garantia de lucro, por serem únicos, eles não inventam, não investem em pesquisa, muitos menos introduzem produtos mais baratos no mercado.

Já nos ensinamentos de Denis Borges Barbosa, na propriedade intelectual há um *monopólio instrumental*, já que “a exclusividade recai sobre um **meio** de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado.”¹ Porém, o autor faz uma observação essencial para a adoção de tal entendimento no presente artigo. O “monopólio” aqui entendido não é aquele do Direito Antitruste. O monopólio do Direito Antitruste é aquele que restringe a liberdade do público. Mas, nos direitos de exclusiva protege-se a novidade, aquilo que jamais foi do público.

Também na Suprema Corte Americana, desde a primeira decisão em 1829, os direitos exclusivos são visto como “monopólios”, assim como outros tribunais, dentre eles: Austrália, Canadá e Índia.

Esse “monopólio” é uma forma de beneficiar aquele que inovou e realizou pesquisas, razão pela qual é caracterizado pela temporariedade. Esse prêmio ao inventor

¹ BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas. Uma perspectiva Semiológica. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008. Página 182.

pode servir como acelerador do desenvolvimento tecnológico do país, com impacto na economia.

4. Interação entre a propriedade intelectual e a política de concorrência

Até meados da década de 1980 a relação entre propriedade intelectual e defesa da concorrência era entendida como uma relação antagônica ou não coerente. Porém, hoje já é uma relação entendida como de complementaridade. A mudança de pensamento veio através dos novos entendimentos sobre os objetivos normativos que cabem à política de concorrência.

A existência de concorrência é um método de fazer com que as empresas inovem. Os ganhos para a economia advindos da inovação podem ser estimulados pelos governos a partir de uma política de defesa da concorrência.

Uma política de incentivo, nesse sentido, faz com que os empreendedores assumam os riscos da inovação na tentativa de uma diferenciação de seu produto ou serviço no mercado. Obtendo êxito na inovação é possível que se atinjam lucros extraordinários, uma recompensa aos mais bem-sucedidos na tarefa de inovar.

O raciocínio inverso também funciona nessa seara, promover a inovação faz com que a concorrência ocorra na forma de rivalidade entre as empresas. Há alguns anos teve-se notícia de uma inovação do mercado de celulares com o aparelho *iphone* da Apple. A empresa lançou um aparelho celular em que as funções, praticamente todas, eram realizadas a partir do mecanismo *touch screen*. A partir dessa inovação observou-se que outras empresas do setor de telefonia móvel também buscaram modernizar seus aparelhos. Assim, hoje, há no mercado outros modelos com esse mecanismo lançado pela Apple.

Porém, é necessário que a defesa da concorrência seja acompanhada da política de prevenção e repressão de condutas não leais.

5. A concorrência no direito marcário

As marcas são signos que atendem a individualização de produtos e serviços quando inseridas em mercados com inúmeras ofertas. A partir do momento em que os comerciantes/industriais buscam diferenciação, significa que há concorrência no mercado. Assim, cada individualização de produto ou serviço gera outros novos que também

buscarão ser diferentes, aqui não se está a tratar do mercado de contrafação, e, assim, ter-se-á um mercado dinâmico.

6. Benefícios da concorrência aos não-proprietários

Antes de adentrar-se nos benefícios da concorrência, importante mostrar que o consumidor já era figura presente na Lei das Doze Tábuas (século 5 a.C), na qual era feita menção a um ramo da propriedade intelectual. Na sua seção sobre crimes a Lei XVII assim dispunha:

“Quando um comerciante enganar o seu cliente, ele será condenado aos deuses infernais.”

O direito da concorrência, em primeiro plano, regula a relação entre as empresas na economia de mercado. Considerando que o consumidor é o destinatário final de todas as invenções, criações e lançamentos, tem-se que o direito da concorrência tem como um fim secundário a defesa do consumidor.

Tanto o é que está expresso no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8078/90), em seu art. 4º, VI, que a concorrência desleal capaz de causar prejuízo aos consumidores será coibida e reprimida.

A competição pode levar ao bem-estar dos consumidores a partir do momento que o direito da propriedade intelectual leve à *“eficiência distributiva”*², em que o preço do produto é igual ao custo mínimo de produção de uma unidade adicional dele”, segundo entendimento de Carlos M. Correa.

Essa vantagem no preço para o consumidor não pressupõe perda ao comerciante/industrial, visto que o lucro do empreendedor não é afetado por essa vantagem do consumidor em relação ao *quantum*.

Não obstante, o consumidor é beneficiado com a quantidade de produtos/serviços que venham a ser lançados devido à concorrência. Quanto mais ofertas o mercado oferece,

² Eficiência distributiva é a distribuição de produtos pelo sistema de preços, de maneira ótima requerida para satisfazer a demanda do consumidor.

melhor fica a posição do adquirente para escolher o que comprar, posto que, dessa forma, ele não fica “refém” de produtos/serviços produzidos ou oferecidos apenas por uma empresa. Também a qualidade tende a crescer, já que o acréscimo na oferta resultará num consumidor mais exigente.

Como exemplo importante de tal raciocínio, operou-se as vicissitudes na telefonia, tanto fixa quanto móvel, no Brasil. Há alguns anos atrás a telefonia fixa era exercida por uma determinada pessoa jurídica através de concessão. Os preços praticados eram elevados e a qualidade inversamente proporcional aos valores praticados. Afinal, havendo um monopólio jurídico e fático em determinado mercado, sentia-se à vontade para cobrar montantes desproporcionais e não havia pressão psicológica para fazer grandes investimentos.

Hoje, o cenário mudou e os consumidores são cada vez mais contemplados com preços mais próximos aos valores de custo e melhores serviços, na área da telefonia. Dessa forma, o serviço de telefonia conseguiu atingir níveis sociais que antes jamais seria possível chegar. O telefone não é mais um serviço de luxo ou de privilégio de pequena parte abastada da população. Hoje ele é um serviço essencial e acessível a quase toda a faixa de consumo.

7. Limite: a concorrência desleal

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a livre e leal concorrência. Conforme conclusão a que se chega o presente artigo, a concorrência é essencial ao direito da propriedade intelectual.

A concorrência leal deve ser sempre analisada a partir do art. 170, IV, da Carta Magna³. Esse artigo traz a noção de liberdade concorrencial, mas não traz expresso os limites aceitáveis. Assim o é, pois a delimitação não é integralmente contemplada por definição legislativa, mas pela prática comercial. Cada mercado tem seus padrões aceitáveis de concorrência, os mercados impõem determinadas limitações, razão pela qual existem mercados mais ou menos agressivos.

³ Conforme leciona José Afonso da Silva, “A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. É uma manifestação da liberdade de iniciativa (...). Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista”

Ainda que a prática comercial imponha limites, quem “dá a regra do jogo” é o Estado. Através dos instrumentos jurídicos normativos, o Poder Público elege quando e enquanto deve intervir no mercado para vedar a competição desleal e, assim, incentivar a inovação e o desenvolvimento tecnológico.

De acordo com o art. 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279/1996) há certos comportamentos da concorrência que configuram deslealdade, sendo tratados, inclusive, como crimes.

O tema também foi tratado na CUP (Convenção União de Paris – primeira tentativa de uma harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais a cerca da propriedade industrial), incorporada por Tratado Internacional pelo Decreto Legislativo nº 7, de 31 de outubro de 1974, em seu art. 10 bis, (2)⁴.

Nas palavras de Marcus Elidius Michelli de Almeida “*a deslealdade não está na busca da clientela dos outros, mas sim na forma de atingir essa finalidade*”.

Completando tais raciocínios acima esposados, José Carlos Tinoco Soares define a concorrência desleal como:⁵

“A concorrência desleal se apresenta sob os mais variados aspectos, visando sempre atingir o industrial, o comerciante, tirando-lhes direta ou indiretamente a sua clientela, causando ou não prejuízos”.

Apesar de a definição acima conseguir em poucas linhas demonstrar o intuito da concorrência desleal, é possível discordar de sua existência na ausência de prejuízo. A concorrência, como acima exposto, tem um efeito benéfico tanto para a economia como para o consumidor.

Também é considerado como concorrência desleal o abuso do direito processual. No direito norte-americano ele é conhecido como “*Sham Litigation*”, que segundo

⁴ Art. 10 bis, (2) CUP - Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

⁵ José Carlos Tinoco Soares – Crimes contra a propriedade industrial e de concorrência desleal – São Paulo – Revista dos Tribunais – 1980 – p. 19.

definição da Suprema Corte Norte-Americana trata do “exercício abusivo de direito de ação, com efeito anti-concorrencial”. No Brasil equivaleria ao litígio de má-fé. A empresa ajuíza ação com o único e exclusivo intuito de impedir a entrada de novos produtos/serviços no mercado, para que assim a concorrência seja evitada. Em geral, as empresas têm consciência de que não obterão êxito em suas demandas, mas o objetivo, ainda assim, será alcançado, qual seja retardar a entrada de novos produtos concorrentes e causar prejuízos às empresas que pretendem adentrar naquele mercado.

Estando a livre concorrência contemplada na Carta Magna, art. 170, IV, é legítimo ao ofendido buscar indenização na responsabilidade civil ou obtenção de medida que obrigue o desfazimento de atos ou coisas. Essas medidas se tomadas pelos ofendidos podem ter um efeito de inibição numa futura ação “de intimidação” de mercado. Diga-se “intimidação” pois, ao dificultar a entrada de um novo produto/serviço no mercado, ainda que por meio de uma ação, pode-se ver configurada uma atitude semelhante como daquele comerciante de cidade pequena (detentor dos principais estabelecimento da região) ao ser ameaçado por um novo comerciante tenta intimidá-lo por métodos próprios e ilícitos.

8. Conclusão

Após todo o exposto chega-se a conclusão de que a análise da concorrência se mostra pertinente em todos os casos relativos à propriedade intelectual. Os dois institutos não se excluem, posto ocorrer exatamente o inverso: um instituto necessita do outro para sua sobrevivência lógico-jurídica.

Num primeiro momento a propriedade intelectual necessita do direito da concorrência para que tenha um ambiente competitivo em que possa operar de maneira eficiente. Por sua vez, num ambiente competitivo ocorrerão diferenciações de produtos/serviços, assim como inovações, pesquisas e desenvolvimento. Porém, se nesse ambiente não existisse o direito da concorrência ocorreriam abusos que distorceriam os objetivos e funções da propriedade intelectual.

Já num segundo momento é o direito da concorrência que necessita dos direitos de exclusiva, pois será através dos direitos de exclusiva que os incentivos serão promovido.

Conforme todo o exposto ao longo do artigo a concorrência se faz necessária para o desenvolvimento da economia de um país. A entrada de novos produtos/serviços altera a dinâmica dos mercados.

Se não fosse o bastante, o consumidor e o não-proprietário, diante de um mercado competitivo e com práticas de concorrência leal serão beneficiados em diferentes aspectos. Primeiro, haverá variedade que permitirá escolha. Segundo, diante do elevado nível de concorrência as empresas estarão em constantes mudanças para que a qualidade e a eficiência possam ser as maiores possíveis. Terceiro, com múltiplas empresas comerciando produtos/serviços os preços serão competitivos e os consumidores poderão praticar a famosa “*pechincha*”. Por último, não pretendendo esgotar os benefícios da concorrência leal, os consumidores de diferentes níveis sociais poderão ter acesso ao consumo. Diante de um mercado que contempla a variedade teremos empresas oferecendo produtos/serviços de diferentes faixas de preços que atendam às diferentes classes.

Bibliografia:

Organizadores: PARANAGUÁ, Pedro e TIMM, Luciano Benetti. Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009. Págs. 35 -56.

CARVALHO, Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas: Passado, Presente e Futuro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. Págs. 27-38; 57-62.

BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas: uma Perspectiva Semiológica. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008. Páginas 167-215.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. Abuso do Direito e Concorrência Desleal. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2004. Páginas 121-142; 197-205.

CORREA, Carlos M. Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual In Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Organizador e co-autor: VARELLA, Marcelo Dias. São Paulo: Ed. Lex Editora S.A., 2005. Páginas 38-71.

BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009. Páginas 7-20; 85.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. Páginas 795 a 796.