Uma abordagem concorrencial à proteção da propriedade intelectual

Carlos Correa*

A relação entre propriedade intelectual (PI) e o direito da concorrência apresenta grandes desafios aos formuladores de políticas públicas, particularmente em países em desenvolvimento (PEDs) que possuem pouca experiência na aplicação do direito concorrencial.

O direito da PI sujeita os bens intelectuais ao controle exclusivo dos detentores do título de propriedade. Em oposição, o direito da concorrência procura evitar barreiras de mercado e beneficiar os consumidores, garantindo que uma variedade de fornecedores de bens, serviços e tecnologias possam, de fato, concorrer entre si.

O direito da concorrência pode ser aplicado de modo eficaz para combater práticas anti-concorrenciais relacionadas à aquisição e ao exercício de direitos de propriedade intelectual (DPIs). Muitos PEDs, entretanto, não dispõem de legislação concorrencial ou mecanismos efetivos para sua implementação. Esses países podem moldar e aplicar políticas mais abrangentes de direito concorrencial que favoreçam a relação entre PI e concorrência: é o caso de regulamentações que afetam diretamente a entrada no mercado e a contestação de DPIs, como a aprovação nacional de produtos farmacêuticos e agroquímicos.

Os PEDs podem criar uma estratégia própria para a relação entre o direito da concorrência e os DPIs, já que não existem regras internacionais que restrinjam sua capacidade de disciplinar comportamentos anti-concorrenciais relacionados à PI – com exceção do artigo 40 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês). É o caso, por exemplo, de legislações nacionais de concorrência que regulamentam situações nas que os DPIs aumentam excessivamente os preços ou impedem o acesso a novas tecnologias.

"Recusa em Negociar" e a Teoria dos "Meios Essenciais"

A concorrência pode oferecer fortes incentivos ao desenvolvimento de novas tecnologias em certas áreas. Mesmo em países que oferecem ampla proteção aos DPIs, os governos ainda podem adotar medidas que atenuam a monopolização de tecnologias e incentivam a concorrência. Assim, ainda que o artigo 31(b) do Acordo TRIPS refira-se apenas à recusa de uma licença voluntária como condição para a concessão de uma licença compulsória, a recusa unilateral à licença voluntária de uma patente – conhecida como "recusa em negociar" – pode servir de base para a concessão de uma licença compulsória. Essas são cláusulas cada vez mais presentes em diversas leis nacionais de patentes.

Uma outra abordagem, já adotada por alguns países, permite o uso de invenções protegidas por patentes por terceiros em casos de recusa em negociar, em conformidade com o conceito dos "meios essenciais". A doutrina é aplicável quando uma empresa nega a outra o acesso justo a um produto ou serviço absolutamente necessário à concorrência.

Algumas cortes estadunidenses entendem que a informação constitui um meio essencial à concorrência. O alcance da aplicação dessa doutrina aos casos de PI, entretanto, é duvidoso. Na União Européia (UE), o detentor do direito de PI não tem a prerrogativa de excluir concorrentes de seu uso quando a licença é essencial à concorrência (quando, por exemplo, a licença impede a introdução de um novo produto ou permite que o detentor monopolize um mercado secundário.

Os PEDs podem tirar lições valiosas da aplicação dos conceitos de "recusa a negociar" e "meios essenciais" aplicados nos países desenvolvidos (PDs). Porém, não há modelos rígidos e os PEDs devem elaborar suas próprias estratégias ao direito concorrencial, a fim de melhor responder a seus interesses públicos.

Patentes e política concorrencial

O respeito aos DPIs fundamenta-se na obtenção legal do título de propriedade. O direito concorrencial pode ser aplicado quando determinado DPI não foi regularmente obtido ou não foi justificado (quando o detentor da patente tenha, por exemplo, fraudado a autoridade concessora). Além disso, baixos requisitos de patenteabilidade e problemas no processo de exame da patente podem levar à concessão de patentes de baixa qualidade, que prejudicam a concorrência. A aquisição de patentes para propósitos frívolos ou por meio de pedidos amplamente genéricos também podem gerar a intervenção de defesa comercial, mesmo em jurisdições nas quais a PI é vista em total compatibilidade com a lei de concorrência.

A acumulação de direitos privados sob a forma de "pacotes de patentes" também pode gerar efeitos anti-concorrenciais. Isso pode acontecer, por exemplo, se o "pacote" for utilizado para ampliar inadequadamente o poder de mercado de patentes legítimas a patentes ilegítimas, ou para coagir um agente a licenciar patentes que deveriam ter sido negadas. A "concorrência simulada" pode, igualmente, ensejar a proteção do direito de concorrência.

Outros elementos para um regime de Propriedade Intelectual pró-concorrencial

Embora grande parte da literatura sobre propriedade intelectual e direito concorrencial seja direcionada a patentes, condutas anti-concorrenciais também podem ocorrer frente a outros DPIs. O direito de autor, por exemplo, tem sido objeto de importantes litígios de defesa comercial. Diversos estudos revelam que tais direitos criam poder de monopólio e que uma progressiva concentração pode ser verificada na maioria dos mercados de bens de informação, tanto em esfera nacional como internacional. Os efeitos anti-concorrenciais da proteção contra reprodução indevida de software – especialmente aqueles de interface –, assumiram papel central em diversos casos, notadamente aqueles envolvendo a Microsoft. As sociedades de gestão de

direitos de reprodução são outro freqüente foco de apreensão do direito concorrencial. Observa-se, ainda, fortes tensões entre os objetivos do registro de marcas e os do direito concorrencial.

Além disso, o recurso impróprio a medidas que buscam impor a proteção dos DPIs pode configurar condutas anti-concorrenciais. Liminares judiciais, por exemplo, podem ser utilizadas para prejudicar a concorrência legítima. Por este motivo, os tribunais dos EUA e da Europa têm sido bastante cautelosos na concessão de liminares nos casos envolvendo patentes. Outro exemplo são as medidas aduaneiras, que também podem ser utilizadas com objetivos anti-concorrenciais.

O recurso a tais medidas deve servir para proteger os interesses legítimos dos detentores de DPIs, mas igualmente deve impedir abusos que venham a distorcer a concorrência de modo indevido. Nos EUA, o conceito de "litígio simulado" pode ser aplicado nos casos: (i) de abuso dos procedimentos legais, notadamente quando a ação legal é baseada em DPIs adquiridos de forma fraudulenta ou em teorias jurídicas claramente equivocadas; (ii) de direitos válidos, porém inexigíveis; (iii) nos quais o demandante sabia não ter havido qualquer violação.

As disposições sobre licenças compulsórias existem tanto no DPI como no direito concorrencial. O artigo 31(k) do Acordo TRIPS prevê explicitamente a concessão dessas licenças para patentes. Nos EUA, a justificativa para a concessão de licenças compulsórias com base no direito concorrencial inclui: (i) o uso de patentes como meio para a formação de cartéis de fixação de preços ou de restrição à entrada de produtos no mercado; (ii) a finalização de fusões de concentração de mercado nas quais as patentes desempenham papel importante; e (iii) práticas que ampliam o escopo das restrições de patentes para além dos limites do assunto patenteado. Licenças compulsórias podem, ainda, ser concedidas quando o cruzamento de licenças limite indevidamente a concorrência, particularmente em casos que envolvem tecnologias substitutas, ou seja, tecnologias que de fato ou potencialmente concorrem entre si, independentemente de suas características intrínsecas.

Os chamados "grupos de patentes" (patent pools) representam outra situação que pode ser objeto de análise sob uma perspectiva de política concorrencial. Apesar de tais grupos poderem ser utilizados com propósitos pró-concorrenciais, eles também podem facilitar um conluio tácito em diversos mercados e permitir que seus membros imponham exigências abusivas a não membros que busquem acesso às tecnologias em questão.

Por fim, os DPIs desempenham um papel importante em áreas nas quais medidas governamentais determinam decisivamente as relações concorrenciais. Esse é claramente o caso de regulamentações que determinam os requisitos para aprovação de mercado de produtos farmacêuticos e agroquímicos. O sistema sui generis de "exclusividade de informação" aplicado em alguns países – e promovido por meio de acordos de livre comércio – confere um direito temporário de uso exclusivo de tal informação para o primeiro demandante (geralmente a empresa que desenvolveu o novo produto), excluindo, dessa forma, a concorrência genérica durante o período da exclusividade.

Restrições à concorrência podem também surgir da chamada "integração do registro da patente", que ocorre quando a uma autoridade de saúde nacional fica impedida de aprovar um medicamento sem o consentimento do detentor da patente.

Recomendações a PEDs

Em conclusão, a legislação de PI pode ser formulada e aplicada de modo desvinculado de outras disciplinas legais, particularmente do direito da concorrência. O enfoque dado à política concorrencial sugere que a criação e preservação de condições para a concorrência e para a possibilidade de contestação de mercado na área dos DPIs não são competências exclusivas do direito concorrencial ou das autoridades antitruste. A definição do devido equilíbrio entre a concorrência e os DPIs é um objetivo a ser alcançado por meio de uma diversidade de políticas e regimes.

Algumas recomendações podem ser feitas a PEDs:

- Formular ou fortalecer suas legislações concorrenciais, com o objetivo de controlar, inter alia, possíveis abusos decorrentes da aquisição e do exercício de DPIs;
- Considerar as implicações concorrenciais das diversas políticas e regimes que determinam a entrada de novos produtos no mercado, tais como a liberação de produtos farmacêuticos e agroquímicos;
- Assegurar uma adequada coordenação entre a agência de direito concorrencial e as demais agências cujas decisões possam influenciar a estrutura e a operação do mercado, com o objetivo de manter um ambiente competitivo;
- Utilizar de forma completa as flexibilidades permitidas pelo Acordo TRIPS para determinar as bases para a concessão de licenças compulsórias, a fim de combater práticas anti-concorrenciais relativas a DPIs;
- Considerar, em especial, a concessão de licenças compulsórias nos casos de "recusa a negociar";
- Aplicar a doutrina dos "meios essenciais" em situações de controle de tecnologias essenciais, levando em consideração as condições de mercado relevantes e as necessidades públicas;
- Desenvolver políticas, incluindo diretrizes, para prevenir e corrigir abusos na aquisição e aplicação de DPIs;
- Tratar de situações que possam normalmente levar a condutas anti-concorrenciais, como os "pacotes" de patentes;
- Adotar diretrizes para uso dos órgãos de registro de patentes, a fim de prevenir a concessão de patentes frívolas ou de baixa qualidade, bem como patentes com pedidos extremamente genéricos, que podem ser utilizadas para restringir indevidamente a concorrência legítima e impedir a inovação; e finalmente,
- Evitar disposições "integradas" e exclusividade de informações, com o fim de promover a concorrência nos mercados de produtos regulados.

**Carlos Correa é Diretor do Centro de Estudos Interdisciplinares sobre Propriedade Intelectual e Economia da Universidade de Buenos Aires. O autor adaptou este artigo de seu estudo "Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: Explorando algumas Questões Relevantes para Países em Desenvolvimento". Programa de Direito da Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Sustentável do ICTSD. Outubro de 2007.*