

Inovação predatória?

Novos horizontes para o abuso da propriedade intelectual a partir do diálogo com o Direito Antitruste

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Ex-conselheira do Cade.

É normal que pensemos na inovação como algo inerentemente positivo, agregador de benefícios não apenas para o inventor ou o titular dos direitos correspondentes, como igualmente para a sociedade. Entretanto, tal visão vem sendo questionada na atualidade, a partir de uma compreensão mais abrangente da própria propriedade intelectual, devidamente analisada à luz de questões concorrenciais.

É nesse contexto que o presente artigo buscará traçar algumas linhas de raciocínio que podem orientar a reflexão sobre o necessário diálogo entre propriedade intelectual e o Direito Antitruste, ressaltando em que medida tal abordagem tem impactos sobre a própria definição de inovação e, mais do que isso, sobre os limites da propriedade intelectual, inclusive para o fim de analisar se faz sentido falar em inovação predatória ou não.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que o diálogo entre propriedade intelectual e concorrência é de alta complexidade pois, ainda que ambas as searas busquem o estímulo da inovação, o fazem por caminhos muito diversos¹. No primeiro caso, o foco imediato é a proteção dos interesses privados dos titulares da propriedade intelectual, sob a perspectiva de exclusão dos demais, a pretexto de se promover de forma mediata a inovação e os interesses públicos a ela relacionados. Já no segundo caso, a situação se inverte: o foco imediato é a proteção dos interesses públicos relacionados à preservação de um ambiente competitivo, bem como dos benefícios sociais e difusos daí decorrentes, sob a perspectiva de inclusão, a pretexto de se alcançar de forma mediata a inovação e os interesses privados a ela relacionados.

¹ Ver: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. The relation between antitrust and intellectual property on CADE'S case law. In: SILVEIRA, Paulo Burnier. *Competition Law and Policy in Latin America: recent developments*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2017

Verdade seja dita que, partindo de premissas idealizadas, os lucros de monopólio que decorrem da propriedade intelectual, além de corresponderem à justa remuneração do titular da invenção e ao necessário estímulo para a inovação, não seriam tão preocupantes diante da pressão competitiva de produtos ou serviços similares, bem como da ameaça latente de que outras inovações tornem obsoleta a anterior. Tal processo geraria sucessivos ciclos de modificações ou destruições criativas, para nos utilizarmos de uma expressão popularizada a partir da obra de Schumpeter².

Sob essa ótica, não haveria tantas razões para preocupações quanto ao exercício abusivo da propriedade intelectual ou mesmo para a intervenção do Direito Antitruste nessa seara. Com efeito, diante de um cenário de constantes ameaças de inovações, é de se esperar que o titular da propriedade intelectual tenha freios naturais ao exercício da posição dominante, bem como mantenha os estímulos para continuar investindo em inovação, sob pena de ser superado ou mesmo liquidado por outros concorrentes com novos produtos ou serviços.

O que importa reconhecer é que, mesmo nessa visão mais otimista e idealizada, a concorrência, ainda que potencial, tem papel chave para a viabilização dos efeitos benéficos da inovação³. Todavia, a grande questão da atualidade é saber, especialmente diante dos inúmeros mercados de tecnologia com altos graus de concentração, se o referido otimismo pode ser mantido. Em outras palavras, a pergunta que desponta é se a mera ameaça de destruição criativa pode ser considerada um fator eficiente de disciplina da posição dominante decorrente da propriedade intelectual.

Com efeito, em alguns mercados, a posição dominante decorrente da propriedade intelectual propicia aos seus titulares comportamentos estratégicos que, se não forem devidamente identificados e contidos, podem ser meios de proteção de lucros por intermédio de práticas como bloqueios à eficiência, criação de escassez artificial, fechamento de mercados e discriminação abusiva de concorrentes em casos de integração vertical e mesmo de colusão. Sob essa perspectiva, a própria tecnologia pode ser uma barreira competitiva para o acesso ou à permanência nos mercados.

² SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 108.

³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

Em interessante estudo em que destaca o fenômeno no contexto das plataformas eletrônicas, Schrepel⁴ mostra como o atual ambiente tecnológico é propício à inovação predatória, que poderia ocorrer tanto por meio de alterações na plataforma, como por meio de modificações no funcionamento de sistemas de *softwares*, aplicativos, *drivers* ou mesmo de produtos físicos, a fim de eliminar a compatibilidade com outros produtos ou serviços.

Daí a necessidade de se incorporar com mais afinco as questões concorrenciais ao exame do exercício da propriedade intelectual, até para saber se há fundamentos para se falar realmente em inovações predatórias, sempre que estas tiverem o objetivo precípuo de afastar concorrentes ou justificar práticas expropriatórias perante os consumidores.

Um primeiro ponto a ser colocado é se a inovação poderia ser pensada, ela própria, como algo negativo, a justificar a terminologia de “inovação predatória”. Afinal, se partirmos da premissa de que os benefícios sociais e difusos são inerentes ao próprio conceito de inovação, casos de inovação predatória seriam, na verdade, hipóteses de falsas inovações ou meros disfarces para encobrir propósitos anticompetitivos⁵.

A discussão não é meramente terminológica, mas diz respeito, na verdade, ao cerne do que vem a ser inovação. Não é sem razão que a definição do Manual de Oslo da OCDE⁶ exige que a novidade seja uma qualidade essencial do produto, que envolva uma melhora significativa de suas especificações técnicas, componentes, materiais ou *softwares*, facilidade para uso ou outras características funcionais. Assim, fica claro que a referida definição de inovação já incorpora a análise qualitativa do invento.

Logo, a adoção da expressão inovação predatória depende da prévia compreensão do resultado da inovação em termos funcionais e finalísticos. Caso se entenda que a melhoria significativa faz parte da definição de inovação, não se poderá falar nem mesmo em inovação predatória, mas somente de embustes ou disfarces para encobrir condutas que, na sua essência, são anticoncorrenciais. Por outro lado, caso se entenda que a melhoria significativa não faz parte da definição de inovação, será possível falar em inovação

⁴ Ver SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition, *World Economics Association (WEA) Conferences*, n. 1, jun. 2017. SCHREPEL, Op. cit.

⁵ SCHREPEL, Op. cit.

⁶ OCDE, *Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. Brasília: FINEP, 1997.

predatória, caso as repercussões concorrenciais negativas superassem consideravelmente os eventuais benefícios do invento.

O que precisa ser observado é que em ambos os casos as questões concorrenciais são analisadas, seja para afastar a inovação, seja para entender que a inovação é abusiva. Consequentemente, fica claro o necessário diálogo entre as searas da propriedade intelectual e do Direito Antitruste para a compreensão das finalidades e dos limites da inovação.

Tais observações mostram que a propriedade intelectual, como qualquer outro direito, pode ser utilizada abusivamente sempre que se configurar o enunciado do artigo 187 do Código Civil, segundo o qual “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Tal dispositivo é também um importante referencial interpretativo para o exame do abuso do poder econômico, sempre que o titular do direito exercer também posição dominante⁷.

Ainda é importante lembrar que as reflexões decorrentes da vedação ao abuso de direito nos levam necessariamente, ao lado da análise qualitativa que perquire as finalidades que justificam a tutela do direito, a juízo quantitativo, traduzido na averiguação da adequação e proporcionalidade entre os fins e os meios escolhidos pelo agente para o exercício da sua propriedade intelectual.

Em outras palavras, ao se analisar uma inovação e os direitos que se projetam sobre ela, é importante se verificar também se os danos gerados a terceiros (concorrentes, consumidores e mesmo a sociedade como um todo) são necessários, adequados e proporcionais diante dos benefícios supostamente gerados.

Embora tal análise não se restrinja a questões concorrenciais, tem nestas um importante parâmetro, caso em que devem ser considerados, dentre outros, aspectos como (i) existência de integração entre produtos ou venda casada (*technological tying*); (ii) conexões entre os mercados de pesquisa e desenvolvimento, inovação, produtos e serviços; (iii) efeitos do exercício da propriedade intelectual sobre mercados secundários ou *follow on markets*; (iv) bem como questões sobre interconexão, compatibilidade e interoperabilidade,

⁷ FRAZÃO, Op.cit., pp. 267-271.

já que a inovação pode ter como finalidade precípua impedir que o consumidor possa se utilizar de produtos acessórios ou complementares de outros concorrentes. Por essa razão, discussões relacionadas à *path dependence* e ao efeito *lock in* igualmente devem ser consideradas.

A partir do que foi dito, é fácil perceber que, gostemos ou não da expressão inovação predatória, ela nos instiga a concluir que a inovação não pode mais ser considerada, de forma apriorística e incondicional, como algo necessariamente benéfico. Isso nos provoca a encontrar soluções consistentes para diferenciar o exercício regular da propriedade intelectual do exercício abusivo, a partir de uma análise atenta sobre os efeitos positivos e negativos da inovação, exame para a qual o instrumental antitruste não apenas é útil, como indispensável.

Artigo publicado no portal jota em 06 de Setembro de 2017..

Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/inovacao-predatoria-06092017>