

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO ANTITRUSTE E PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO MERCADO DE BEBIDAS FRIAS: o cotejo entre desenvolvimento e inovação¹

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professora Titular de Direito Societário PUCPR

Professora Associada de Direito Empresarial UFPR

Pós-doc pela FGVSP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Pesquisadora

Conv. Université de Montréal - CA (2007)

Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária

Marcelle Franco Espíndola Barros

Advogada

Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR

Bolsista da Capes

LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália

Pós-graduada em Propriedade Intelectual pela PUC-RJ

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo analisar a relação entre propriedade industrial e o direito antitruste no mercado de bebidas frias. Em especial, pretende-se analisar o desafio de incentivar a inovação – protegida pela propriedade industrial e utilizada constantemente por grandes empresas do mercado de bebidas frias –, sem obstar a entrada e manutenção de agentes econômicos de menor porte, responsáveis, em grande medida, por levar desenvolvimento a regiões distantes dos principais polos econômicos do País.

Metodologicamente, o problema que orienta esse estudo é a forma como o antitruste interfere nos direitos industriais no mercado de bebidas frias.

Inicialmente, estuda-se o setor de bebidas frias, especificamente, seu conceito, principais agentes, relevância econômica e barreiras de entrada e manutenção. Em seguida, faz-se um estudo teórico a respeito da interação entre o direito antitruste e a propriedade industrial. Após, parte-se para uma abordagem em concreto, por meio do exame de hipóteses em que o antitruste interfere em direitos industriais no mercado de bebidas frias. Ao final, conclui-se ser necessária análise casuística e cuidadosa para que não se reprima a inovação e sua respectiva proteção pelos direitos industriais, nem tampouco se permita que práticas comerciais amparadas em tais direitos leve à eliminação de pequenos agentes de mercado.

Palavras-chave:

Propriedade Industrial. Direito Antitruste. Mercado de bebidas frias. Desenvolvimento. Inovação.

¹ Pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto Concorrência e propriedade industrial no mercado de bebidas frias: inovação, desenvolvimento e eficiência - Chamada Pública nº 24/2012: Programa Universal/ Pesquisa Básica e Aplicada da Fundação Araucária.

THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION AND INDUSTRIAL PROPERTY IN THE BEVERAGE MARKET: interaction between development and innovation

Abstract:

The article analyzes the interaction between industrial property and antitrust law under the beverage market. More specifically one focus on the challenge to grant incentives to innovation, which is protected through industrial property rights and widely utilized by the key players of the market, but at the same time allowing the entrance and maintenance of smaller undertakes, for they are responsible for spreading development to unattended areas of the country.

The question that guides the study is how antitrust law interacts with industrial property rights in the beverage market.

At first, the study sets forth the beverage market, by presenting its main players, some figures and data. Secondly, it moves forward to a theoretical approach of the interaction of antitrust law and industrial property rights. Afterwards, case law in which those two tenants were faced are studied. At the end one concludes that boundaries cannot be defined aprioristically, which leads to a careful analyzes on a case-by-case approach, bearing in mind that innovation must be protected to the extent that they do not eliminate competition of the smaller undertakes.

Keywords:

Industrial property. Antitrust Law. Beverage market. Development. Innovation.

1 Introdução

O Brasil vivenciou nas últimas duas décadas um processo bastante marcado de concentração de agentes econômicos e de formação de grandes conglomerados societários em inúmeros segmentos de mercado, tais como bancário, aviação, distribuição de alimentos (supermercados) e bebidas.

O presente estudo foca sua atenção no segmento de bebidas frias – que engloba, grosso modo, águas envasadas, refrigerantes, isotônicos e cervejas – cuja relevância no Brasil é grande, seja do ponto de vista da capacidade econômica dos grandes agentes, seja em razão da extensão do mercado consumidor – potencialmente, toda a população nacional. Mais especificamente, esse mercado servirá de campo de pesquisa para a interação entre a propriedade intelectual e o direito da concorrência.

A primeira – que engloba propriedade industrial, direitos de autor e outras criações da mente – é considerada como importante parâmetro do nível de desenvolvimento de um país. Basta mencionar que há países cuja principal pauta de exportação são os bens intelectuais, cujo valor agregado é potencialmente elevado. Daí se observar como os investimentos em inovações,

tecnologias, conhecimentos e pesquisas têm aumentado nos países desenvolvidos. Nesse cenário, nota-se como a propriedade intelectual vem sendo cada vez mais debatida, estudada e incentivada como instrumento para o desenvolvimento das nações, e o Brasil tem procurado formular políticas públicas a esse respeito.

A concorrência, por sua vez, é elemento inerente a qualquer debate sobre a interação de agentes econômicos em um segmento de mercado. Desde Adam Smith, a disputa entre agentes pela conquista do mercado consumidor é vista como instrumento para se alcançar melhores preços, maior qualidade dos produtos e variedade na oferta. Porém, as lições da História demonstram que a disputa sem limites pelo mercado traz consigo alguns efeitos deletérios – como a concentração de mercado e práticas anticoncorrenciais em prejuízo da sociedade –, pelo que compete ao Estado regular as imperfeições do mercado por meio do direito antitruste.

De todo modo, dentro de um sistema capitalista como o brasileiro, a competição entre agentes econômicos é instrumento potencial para alcance do desenvolvimento econômico e do bem-estar social.

A opção pelo estudo da propriedade industrial e do antitruste no setor de bebidas frias se dá por duas razões. A primeira é que esse mercado é objeto de acirradas disputas entre seus agentes, sendo assim fonte rica de casos de condutas anticoncorrenciais e de violações de propriedade industrial. A segunda razão é o impacto desse mercado no desenvolvimento econômico nacional.

Metodologicamente, o problema que orienta esse estudo refere-se à forma como o antitruste interfere nos direitos industriais no mercado de bebidas frias.

Para o presente trabalho, a análise da propriedade intelectual ficará circunscrita à dos direitos industriais, notadamente aos institutos da patente, desenho industrial e marca, excluindo-se o direito autoral e demais criações da mente.

O estudo está dividido, além desta introdução, em quatro partes. Primeiro, traça-se um panorama a respeito do setor de bebidas frias – seu conceito, principais agentes, relevância econômica e barreiras de entrada e manutenção. Em seguida, faz-se um estudo teórico a respeito da interação entre o antitruste e a propriedade industrial. Na sequência, parte-se para uma abordagem em concreto, por meio do exame de hipóteses em que o antitruste interfere em direitos industriais no mercado de bebidas frias. Por fim, apresenta-se a conclusão do estudo.

2 Mercado de bebidas frias

A primeira aproximação a ser feita no presente estudo é, naturalmente, delimitar o segmento de mercado que será objeto de análise. O mercado de bebidas frias congrega refrigerante, água, chá, suco, isotônico, energético e cerveja (BITTENCOURT e PEREIRA NETO, 2011). Em razão da variedade de produtos, o público alvo desse mercado alcança potencialmente toda a população brasileira.

Além disso, as políticas econômica e de desenvolvimento social do Brasil na última década estão fortemente ancoradas no desenvolvimento do mercado consumidor interno (ex.: redução de juros e ampliação do crédito) e na distribuição de renda via programas sociais (ex.: Bolsa Família). O aumento de renda das famílias tem impacto direto no crescimento econômico das empresas de bebidas.

Segundo dados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas – Abir, o mercado de bebidas frias representa 3% do PIB nacional, o que equivale a aproximadamente R\$ 72 bilhões, segundo dados de 2012 (ABIR, 2012). Exemplo sintomático da força desse mercado foi o de que, no final de 2012, a Ambev alcançou o posto de maior empresa do Brasil em valor de mercado, ultrapassando a Petrobrás (ECONOMATICA, 2013).

Como se vê, esse segmento ocupa posição relevante no mercado brasileiro. No que tange aos seus agentes, verifica-se um alto índice de concentração econômica, dominado por multinacionais e grandes corporações. No setor de refrigerantes, 90% do faturamento é dividido por duas empresas, Coca-Cola e Ambev. O percentual restante é disputado entre 180 empresas regionais espalhadas pelo Brasil. Já quanto ao segmento de cervejas, quatro grupos empresariais – Ambev, Brasil Kirin, Heineken e Cervejaria Petrópolis – dominam 99% do mercado e, dividindo a pequeníssima fatia de 1% do mercado, estão outras 240 cervejarias (AFREBRAS, 2014).

Dos números mencionados, extrai-se que o setor é dominado por poucos e gigantescos conglomerados empresariais. A pequena fatia do mercado que resta é pulverizada entre empresas de pequeno porte, de administração familiar e conectadas às comunidades locais. Essa alta concentração faz com que as barreiras de entrada e manutenção no mercado de bebidas frias sejam altíssimas. A estratégia das grandes empresas envolve fortes investimentos nos canais de distribuição, em propaganda e nas embalagens dos produtos (RIBEIRO, KOBUS *et alli*, 2011). Nessa matemática ainda se somam novas tecnologias e inovações utilizadas pelos grandes conglomerados empresariais, o que torna o mercado bastante desigual.

Em outras palavras, as grandes empresas normalmente possuem maior capital para investir em tecnologia, *marketing*, sistemas eficientes de distribuição, pontos de venda e programas de fidelização. Por outro lado, as empresas pequenas têm dificuldades para entrar e se manter nos canais de consumo, em especial, nas grandes redes de supermercados, devido aos complexos acordos comerciais que incluem fornecimento em grande escala, bonificações, verbas publicitárias, prêmios etc. (BITTENCOURT e PEREIMA NETO, 2011).

Em relação ao mercado de refrigerantes, as pequenas empresas têm perdido ao longo dos anos cada vez mais participação no mercado. Na década de 1990, possuíam 33%; em 2012, essa participação caiu para 11,1% (AFREBRAS, 2014). Conforme afirmam Bittencourt e Pereima Neto (2011), trata-se de mercado oligopolista, ou seja, caracterizado por um número reduzido de produtores e vendedores, que produzem produtos substitutos entre si, e que detém fatia significativa do mercado, com franjas de concorrência monopolista, uma vez que também é composto por várias pequenas empresas, com produtos diferenciados, mas com participação acanhada no mercado.

Em estruturas oligopolistas, há uma interdependência muito grande entre as empresas que participam do mercado, sendo que a ação de uma influencia diretamente na outra, bem como é um mercado fácil para a formação de cartéis ou de realizações de fusões, com vistas a evitar a disputa concorrencial direta (BITTENCOURT e PEREIMA NETO, 2011).

Com o objetivo, portanto, de manter esse sistema e até aumentar sua participação, as grandes empresas investem em novas estratégias, tecnologias e inovações. Muitas das vezes, no entanto, acabam por abusar de seu poder econômico, ao utilizar mecanismos para controlar preços, dominar o mercado e eliminar a concorrência. A relação, pois, entre grandes e pequenas empresas é bastante tumultuada.

A despeito da força econômica, quando se observa o fator de geração de empregos, a situação se inverte, pois são as pequenas empresas as responsáveis por gerar mais postos de trabalhos. No setor de cervejas, as pequenas são responsáveis por 17,5% dos empregos gerados. Vale dizer, enquanto as grandes cervejarias empregam 2 trabalhadores para cada 1 milhão de litros de cerveja produzidos, as demais empregam 30 trabalhadores. No setor de refrigerantes, as pequenas empresas também são consideradas, em termos relativos, as maiores empregadoras, pois, enquanto estas geram um posto de trabalho a cada R\$ 107,9 mil em faturamento, aquelas geram um a cada R\$ 573,0 mil (AFREBRAS, 2014). Sob o ponto de vista da geração de empregos no País, os ganhos de escala decorrentes dos altos investimentos e da

mecanização inerente ao processo de produção dos grandes conglomerados acabam por reduzir o número de empregos.

Nesse sentido, a regulação concorrencial no mercado de bebidas toca em ponto sensível do equilíbrio entre os diversos objetivos constitucionais. Fruto de uma sociedade em plena ebulição, extremamente plural, plena de contrastes e cheia de desafios a vencer, a Carta Política de 1988 exige da sociedade brasileira o dever de conciliar valores e objetivos, que poderiam parecer inconciliáveis. Os artigos 1º e 3º são sintomáticos dessa gênese, pois estabelecem como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º); e como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º).

Como se vê, o cumprimento da missão constitucional exige a conciliação entre trabalho e livre iniciativa. Pretende-se o desenvolvimento nacional, mas se exige a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Em poucas palavras, a Constituição prevê o desafio do desenvolvimento econômico nacional de modo inclusivo, que beneficie a todos.

Tal proposta está verdadeiramente afinada com uma visão ética do desenvolvimento. Para além do aumento numérico do produto interno bruto (PIB) do país, é preciso, nos termos da Constituição, perquirir em que medida estão sendo alcançados os demais primados da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza, e da redução das desigualdades.

Ao trazer tal perspectiva para o mercado de bebidas frias, percebe-se que as mais de duas centenas de indústrias de bebidas de pequeno porte espalhadas pelo território nacional desempenham papel relevante em diversas regiões do país, pois geram empregos e tributos muitas vezes a partir de pequenos municípios afastados dos grandes centros. São também fonte de empregos indiretos e desenvolvimento econômico local.

A existência das pequenas indústrias também garante a preservação de aspectos culturais da comunidade local, pois os grandes agentes econômicos trabalham dentro de uma lógica de padronização de seus produtos, fator inerente à produção massificada, mas de todo indesejado quando examinado do ponto de vista do pluralismo sociocultural – o respeito aos gostos e hábitos de cada região do País (e do mundo). Como percebem Morin e Kern (2003), a sociedade tem-se tornado cada vez mais *macdonaldizada*, só existe uma única forma de

consumo, padronizada e imposta pelas grandes empresas, o que acarreta destruições culturais, homogeneiza costumes, hábitos, alimentação, viagem e turismo.

As pequenas empresas de bebidas, portanto, materializam fundamentos constitucionais, de modo que ao direito antitruste caberá o dever de preservá-las. No âmbito do Poder Público, a preservação dos pequenos agentes econômicos se dá tanto por meio de uma atuação *ex ante*, como pela formulação de políticas públicas adequadas ao setor, quanto *ex post*, por meio da atuação da entidade de controle, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, na coibição de condutas anticoncorrenciais dos agentes que dominam o mercado. Logicamente, não se trata aqui de criar qualquer reserva de mercado ou benefício ilegal, mas tão somente de analisar as possíveis condutas anticoncorrenciais dos grandes agentes econômicos com olhos atentos à função socioeconômica desempenhada pelos pequenos produtores nas localidades em que estão estabelecidas.

3 Interação entre direito antitruste e propriedade industrial

A análise dogmática da relação entre propriedade industrial e direito antitruste passa pelo estudo dos fundamentos e objetivos de ambas as searas, com vistas a revelar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A atividade intelectual é inerente ao ser humano. Enquanto pensa, estuda, se comunica, o homem produz e espalha conhecimento. A intelectualidade humana se manifesta de forma totalmente dispersa e pode ser facilmente apropriável por quaisquer outros que tomem contato com o autor intelectual. É dizer, uma ideia (invenção, criação) ao ser replicada, pode ser utilizada sem rivalidade por quaisquer outros que sejam capazes de reproduzi-la. Quanto ao aspecto econômico, essa característica de dispersão do conhecimento intelectual pode se configurar como um desincentivo à criação, pois permite constantemente o *free riding*, a carona de terceiros que replicam o bem intelectual sem terem participado de seu custo de criação. Nesse contexto, o Direito atribui tratamento específico à propriedade intelectual, ao garantir o direito de exclusividade.

A propriedade industrial, espécie do gênero propriedade intelectual, está assegurada no artigo 5º, inciso XXIX, que dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais [...], tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico no País” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O dispositivo constitucional confere ao titular direito de exclusividade – ou monopólio legal – sobre o bem imaterial. Em contrapartida a esse direito de viés privado, a Constituição vincula sua proteção à necessidade de atender ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico nacional. Como ensina Barbosa (2010a, p. 18), trata-se de “cláusula finalística, que particulariza para tais direitos o compromisso geral com o uso social da propriedade”.² Daí se afirmar que a concessão de direitos exclusivos de exploração gera um custo social significativo, a ser compensado em momento posterior – criação de novas invenções por meio da disputa concorrencial –, de forma a promover-se o aumento do bem-estar social (GRAU-KUNTZ, s.d.).

Some-se a isso que a Constituição exige que toda propriedade atenda a sua função social (art. 5º, XXIII) – e, como afirma LARA (2012, p. 357), os direitos industriais “recebem proteção com *status* de propriedade”.

A Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações da propriedade industrial, também assegura “a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, *considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País* [...]” (LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, art. 2º, grifou-se).

Assim, com base nos incisos XXIII e XXIX, do art. 5º da Constituição da República e na Lei nº 9.279/1996 (art. 2º), a propriedade industrial está condicionada ao interesse público. Dito de outra forma, esse direito não é absoluto nem irrestrito, pois sofre limitações de uso e gozo com o objetivo de atender ao interesse público.

A livre concorrência, por sua vez, está prevista no artigo 170, IV, da Constituição Federal e tem como finalidade promover políticas públicas, ou seja, servir de instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais dispostos no art. 3º e art. 170 da Constituição Federal (FORGIONI, 2013). De acordo com a ordem econômica adotada pelo Brasil, a concorrência é um meio para a consecução de objetivos plurais, tais como: constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, assegurar a existência digna e os ditames da justiça social.

Em suma, o direito antitruste visa a promover o bem-estar social, combatendo entraves e falhas na concorrência, em prol da livre iniciativa e de um ambiente competitivo salutar.

² A cláusula finalística da propriedade intelectual está presente em outras Constituições, como a norte-americana, que também vincula a proteção dos bens intelectuais aos fins de promover o progresso (BOHANNAN e HOVENKAMP, 2011).

Em âmbito infraconstitucional, a Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º). Apesar de inócuo - a coletividade é titular indireta de toda e qualquer norma jurídica – o seu parágrafo único prevê que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei” (LEI ANTITRUSTE, art. 1º, parágrafo único). Como se vê, a concorrência tem importante papel de caráter público.

A Lei Antitruste exemplifica condutas que caracterizam infrações à ordem econômica, dentre várias, há condutas ligadas ao exercício da propriedade intelectual, como por exemplo: (a) açambarcar ou impedir a exploração de direitos da propriedade intelectual; e (b) o exercício abusivo de direitos da propriedade intelectual (LEI ANTITRUSTE, art. 36, § 3º, XIV e XIX).

Como destaca Forgioni (2013, p. 319), “tanto a livre concorrência como a concessão de direito da propriedade intelectual colocam-se como elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar [...]”. Igualmente, Coco (2008) afirma que antitruste e propriedade intelectual servem ao mesmo objetivo de promover o bem-estar social.

Conclui-se, portanto, que os valores tutelados pelo ordenamento jurídico tanto para a propriedade industrial, quanto para a concorrência são os mesmos. Em outras palavras, ambas têm como objetivo comum promover o interesse social, ou seja, possuem papel público claro e expresso – não estão limitadas a interesses de cunho privado. Não são, pois, institutos antagônicos, mas convergentes ao mesmo fim.

Ultrapassado tal ponto, passa-se a analisar a efetiva relação entre a propriedade industrial e o direito antitruste com base na posição doutrinária acerca da questão.

Para Basso (2011), a propriedade intelectual concede direito de exclusiva – direito de excluir terceiros, não autorizados, a copiar, usar, reproduzir ou disponibilizar à venda o bem protegido –, e não monopólio sob qualquer aspecto. Nesse contexto, afirma que a propriedade intelectual não impede o concorrente de entrar e permanecer no mercado, ou seja, não viola regras concorrenciais, pelo que conclui que esta é excepcional e não pode sofrer interferências relacionadas ao direito antitruste, sob pena de se desestimular a criação humana. Para a referida autora, normas concorrenciais e de proteção da propriedade intelectual devem coexistir “sem sofrerem o escrutínio uma da outra” (BASSO, 2011, p. 206).

No mesmo sentido, Sobel (1984) entende que as disciplinas não colidem, uma vez que são autônomas, não existindo sobreposição de uma sobre a outra, ou seja, a propriedade intelectual seria uma exceção ao direito concorrencial.

Em posição contrária, Salomão Filho (2013), Assafim (2013), Grau-Kuntz (2012) e Brancher (2010) entendem que a propriedade intelectual concede monopólio legal ao seu titular, sem que se gere automaticamente monopólio econômico – estrutura de mercado combatida pelo antitruste, devido à sua tendência de explorar o consumidor por meio do aumento de preços, restrição da oferta e poder de escolha etc. Em regra, o titular do bem imaterial não domina o mercado, uma vez que concorrentes com soluções técnicas diversas podem explorar a mesma atividade.

Contudo, esse monopólio legal pode eliminar a concorrência e desaguar no exercício abusivo do poder de mercado, momento em que devem ser combatidas pelo direito antitruste (MONTEIRO, 2010). Em outras palavras, a exclusividade assegurada a determinado bem intelectual pode levar à diminuição da concorrência e à restrição da livre iniciativa e da livre concorrência, daí ser necessária a aplicação de medidas concorrenciais. A patente é um exemplo de bem industrial com forte potencial para assegurar poder econômico e posição dominante ao seu titular, o que pode gerar violações no campo concorrencial (SALOMÃO FILHO, 2013).

Em casos de exploração abusiva da propriedade intelectual, o Estado deve intervir, por meio de mecanismos previstos na própria Lei da Propriedade Industrial, como a concessão de licenças compulsórias, e pela aplicação de regras e sanções concorrenciais, impostas pela sua entidade judicante – CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Assim, a propriedade intelectual não está isenta à aplicação do direito antitruste. Verificados abusos e violações, medidas inclusive de natureza concorrencial devem ser impostas, com vistas a garantir a preservação do interesse social.

Não há ainda como estancar essas disciplinas, devido à própria natureza concorrencial dos direitos industriais. Como ensina Barbosa (2010b, p. 24), a propriedade industrial tem como seu principal fundamento estimular a concorrência. Afora a proteção do investimento do criador e o incentivo à inovação, o seu foco fundamental está no fomento da concorrência.

Para Brancher (2010, p. 44), a propriedade intelectual é o “motor propulsor da concorrência”. No mesmo sentido, Grau-Kuntz (2012, p. 302) afirma que:

O fato de alguém ser titular de um direito sobre um bem intelectual não o coloca em uma posição absoluta, excluída de qualquer possibilidade de intervenção limitadora do exercício desse direito. Pelo contrário, a extensão

de tal direito exclusivo encontrará seus limites em sua própria natureza dinâmica de fomentador da concorrência.

Quer dizer, “a propriedade industrial fomenta a concorrência à medida que induz as empresas a investir no desenvolvimento de produtos e processos, novos e/ou aperfeiçoados” (ASSAFIM, 2013, p. 267). Assim, o fundamento da proteção da propriedade industrial não é endógeno, mas sim exógeno, ou seja, não se dirige a estimular apenas quem cria, mas sim quem deixou de criar, para que busque novos caminhos, novas alternativas, para que, em momento posterior, se torne ele o criador. Dessa forma, a propriedade intelectual funciona como mola propulsora dos que concorrem no mercado – como um incentivo às avessas. Protege-se quem avançou para instigar os que ficaram para trás a alcançar a primeira posição e, assim, gozarem do privilégio (BARROS e BARROS, 2014).

Com isso, o direito da propriedade industrial e o direito antitruste estão ligados entre si, são complementares, não sendo, pois, conflituosos – ao menos em relação aos seus objetivos e fundamentos.

Isso não quer dizer, como já mencionado, que na prática titulares de direitos da propriedade industrial não abusem dessa condição e não possam praticar atos que prejudiquem à concorrência. Ao analisar especificamente o setor de bebidas frias, é possível perceber como esses dois ramos do direito se entrelaçam.

4 Interação entre propriedade industrial e antitruste no mercado de bebidas frias

A relação entre propriedade industrial e antitruste vem sendo bastante discutida em âmbito internacional, notadamente nos Estados Unidos e na União Europeia, em razão de alguns importantes julgados (exemplo: Microsoft, Margil etc.) (MONTEIRO, 2010). No Brasil, o tema tem ganhado maior destaque em razão da importância crescente da propriedade intelectual como instrumento de desenvolvimento e da promulgação na nova Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011, que prevê expressamente a possibilidade de o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) analisar condutas anticoncorrenciais que tenham como origem a propriedade intelectual (LEI ANTITRUSTE, art. 36, XVI e XIX).

Nesse sentido, ganhou notoriedade o caso da reposição de peças automotivas (“Caso Anfape”), em que o CADE analisou abuso de posição dominante das montadoras quanto ao uso de peças protegidas por desenho industrial³ (GRAU-KUNTZ, 2012).

³ Nos termos do art. 95 da Lei nº 9.279/1996, “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de

Igualmente, no mercado de bebidas frias, o CADE já teve oportunidade de se manifestar sobre condutas anticoncorrenciais de titulares de direitos da propriedade industrial. O setor de bebidas, como mencionado anteriormente, é campo fértil para o estudo de práticas anticoncorrenciais, em razão da existência de mercado muito concentrado, em que as grandes empresas adotam reiteradamente práticas abusivas que podem levar à eliminação dos inúmeros outros pequenos agentes de mercado.

Caso que serve para exame dessa relação é o do compartilhamento de garrafas de 600ml entre os concorrentes – a disputa ficou conhecida como a *Guerra das Garrafas*.

Historicamente, há mais de cem anos, o mercado de cervejas se estruturou a partir da utilização pelos diversos agentes de mercado do mesmo padrão de vasilhame, a garrafa de vidro âmbar de 600ml. Tais garrafas, por não possuírem quaisquer características distintivas de sua origem, eram – e são – intercambiáveis entre os agentes econômicos. Vale dizer, o mesmo casco de cerveja pode servir para envasar uma marca de cerveja e, após consumido o produto, retornar para envasamento por outro produtor, de outra marca (ROCHA JR. e GONÇALVES JUNIOR, 2011).

Essa característica de intercâmbio e constante retorno ao mercado serve como característica fundamental para reduzir barreiras de entrada. Afinal, sendo o vasilhame sempre o mesmo, o agente investe em inovação e em outras formas de diferenciação do produto. O compartilhamento de garrafas, portanto, é instrumento de promoção da concorrência e do bem-estar social, pois promove o desenvolvimento de agentes regionais por permitir-lhes o aproveitamento das garrafas colocadas no mercado por outros produtores.

Dentro dessa linha de raciocínio, as garrafas de 600ml podem ser vistas como estrutura essencial do mercado (*essential facility*) – instituto jurídico oriundo do direito antitruste, que garante acesso aos demais concorrentes à estrutura indispensável para o desenvolvimento de atividade econômica (NESTER, 2006) – de modo que a todos os agentes cabe o dever de compartilhar tal estrutura.

Ocorre, porém, que a questão pode ser examinada sob outro prisma, diretamente ligado ao da propriedade industrial, que é o da possibilidade de diferenciação de um produto a partir de sua embalagem. Tanto quanto a marca⁴, que serve para distinguir produtos e serviços

um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

⁴ De acordo com o art. 122 da Lei nº 9.279/1996, marcas são “sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

distintos, o desenho industrial também é utilizado para diferenciação do produto e fidelização da clientela.

Notadamente no mercado de bebidas, as embalagens, que podem ser protegidas por desenho industrial, ocupam relevante papel como estratégia de *marketing* e inovação. O exemplo clássico a esse respeito é o da garrafa de Coca-Cola, que é protegida no Brasil tanto como desenho industrial, quanto como marca tridimensional (MORO, 2009).

Nesse caso, a embalagem não cumpre a simples função de armazenar o produto; vai muito além, pois é utilizada pela empresa de diversas formas, tais como a reprodução em camisetas, brindes, chaveiros, itens de colecionador (como as “*mini-garrafas Coca-Cola*”) etc. Trata-se, portanto, de proteção jurídica que serve para fins mercadológicos, para a efetiva conquista por espaço no mercado.

No mercado de cervejas, a situação não é diferente. Agentes de mercado com frequência investem em medidas para diferenciar o seu produto, a partir da embalagem. Nesse ponto, exemplo marcante é a garrafa de Skol Beats, que tem formato diferenciado por ser curvada. Em consulta ao portal do INPI, verifica-se que a Ambev possui mais de vinte desenhos industriais relacionados a garrafas e embalagens (INPI, 2014).

A utilização da proteção da propriedade industrial em tais circunstâncias não importa, aprioristicamente, em formas de conduta anticoncorrencial. É no concreto, porém, que a conclusão pode ser diferente.

No caso da “Guerra das Garrafas”, a discussão girou em torno da tentativa da Ambev de introduzir no mercado garrafas de 630ml. A questão foi levada ao CADE por suposta prática de abuso de posição dominante, pois os demais agentes de mercado argumentavam que as novas garrafas representavam uma enorme barreira de entrada e permanência de novos concorrentes, bem como fidelizavam os pontos de venda de maneira indevida (CADE, 2008). Em outras palavras, o histórico intercâmbio de garrafas entre agentes econômicos ficava comprometido com a introdução de garrafa de tamanho diverso pela empresa detentora da maior fatia de mercado.

Em sua defesa, a Ambev alegou que as garrafas de 600ml não poderiam ser caracterizadas como estrutura essencial (*essential facility*) daquele mercado e que a introdução de novas embalagens expressava o legítimo exercício de suas estratégias de *marketing* e inovação, bem como estavam protegidas por direitos da propriedade industrial, notadamente por desenho industrial (CADE, 2008).

Ao analisar a matéria, o CADE deu parcial razão aos demais agentes de mercado, pois limitou o uso de garrafas de 630 ml para as marcas Bohemia, no Estado do Rio Grande do Sul, e Skol, no Estado do Rio de Janeiro. O processo administrativo em questão é o de n. 08700.002874/2008-81 (CADE, 2008), cuja ementa é a seguinte:

Recurso Voluntário. Medida preventiva imposta pela SDE. Investigação de conduta enquadrada no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV, V e VI da Lei 8884/94. Mercado relevante regional de cerveja. Introdução de garrafas de cervejas retornáveis proprietárias - Garrafas AmBev 630ml. Parecer da ProCADE pelo provimento parcial para reforma da Medida Preventiva. Preliminares de ofensa ao contraditório e à ampla defesa afastadas. Presença de *fumus boni iuris*. Aumento de custos dos rivais. Fechamento de mercado. Presença de *periculum in mora*. Presença de *periculum in mora* reverso na decisão da SDE. Custos altos de recolhimento das garrafas 630ml, estocagem de garrafas e danos à marca. Ampliação do uso da garrafa em outros Estados tornaria a conduta irreversível por impossibilidade de se recolherem as garrafas 630ml se, na decisão final do processo, esta conduta for considerada ilícita. Provimento parcial. Reforma da Medida Preventiva. Manutenção das Garrafas AmBev 630ml somente na marca Skol com distribuição no Estado do Rio de Janeiro e na marca Bohemia no Estado do Rio Grande do Sul. Imposição de mecanismo de troca de garrafas.

Como se vê, nesse caso o CADE deu preponderância à concorrência e limitou o exercício da propriedade industrial da Ambev. A inovação nas garrafas foi entendida como conduta ilícita, que limitava a entrada e permanência de agentes econômicos no mercado.

Seria prematuro, porém, afirmar que inovação em garrafa pelo agente com maior poder de mercado gera sempre problemas concorrenciais, a desaguarem em sanção pela entidade pública de controle. No passado, a inovação das garrafas PET serviu de grande impulso a todo o mercado, pois essas embalagens proporcionaram às pequenas empresas ofertar maior quantidade de produto, de forma mais rápida e com custo menor (SANTOS e AZEVEDO, 2003). É possível perceber que, nessa circunstância, a inovação tecnológica, embora passível de proteção por propriedade industrial, não importou em condutas anticoncorrenciais.

As discussões sobre garrafas e embalagens no mercado de bebidas não se encerram em casos passados, pois os investimentos em pesquisa e inovação nessa área são constantes. Nos últimos anos, a Coca-Cola introduziu no mercado brasileiro uma nova modalidade de garrafas PET, ecologicamente mais responsáveis, por reduzir em 25% a emissão de gás carbônico em sua fabricação e utilizar etanol de cana-de-açúcar como substituto de parte do petróleo no processo de produção; por fim, a chamada *garrafa-verde* retorna ao mercado pelo método convencional de reciclagem (ÚNICA, 2014; EXAME, 2014).

Diante do crescimento do interesse da sociedade por práticas empresariais cada vez mais sustentáveis, a Coca-Cola salta à frente dos concorrentes com sua inovação tecnológica – devidamente protegida por direitos da propriedade industrial. Cabe observar se, nos próximos anos, essa inovação levará à conquista natural de mercado fruto de maior eficiência desse agente, nos termos do que é autorizado pela Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 1º), ou se as condutas decorrentes da utilização dessa embalagem caracterizarão condutas anticoncorrenciais.

Ainda sobre as garrafas de plástico, sabe-se que atualmente não são utilizadas para envasamento de cervejas no Brasil – embora o sejam em outros países, como Estados Unidos e União Europeia. A razão é que as garrafas de plástico não são totalmente impermeáveis e a entrada de oxigênio através dos microporos da embalagem altera o sabor da cerveja. Além disso, o método de envasamento nos países estrangeiros é realizado a frio, ao passo em que no Brasil é quente – as garrafas PET tradicionais não resistem à temperatura. Recentemente, porém, a Unicamp desenvolveu uma garrafa de plástico para cerveja que não altera o sabor da bebida e é resistente ao calor para envasamento da bebida no Brasil (G1, 2014) – a invenção está protegida por patente.

Por enquanto, não há cervejas brasileiras comercializadas em garrafas PET. Se, no futuro, essas embalagens forem introduzidas como possíveis substitutas para as garrafas de vidro de 600ml, ter-se-á novamente de cotejar a inovação protegida por propriedade industrial com a proteção da concorrência.

Do que se observa dos casos analisados, conclui-se que não é possível traçar um parâmetro apriorístico sobre as hipóteses em que inovações tecnológicas protegidas por propriedade industrial serão consideradas abusivas do ponto de vista do direito antitruste. É necessária uma análise cuidadosa e casuística para que não se reprima a inovação e sua respectiva proteção pelos direitos industriais, nem tampouco se permita que práticas comerciais amparadas em tais direitos leve à eliminação de pequenos agentes de mercado.

5 Conclusão

Ao longo do estudo, demonstra-se que tanto a propriedade industrial quanto a concorrência possuem, por caminhos diversos, fins em comum, quais sejam a promoção do desenvolvimento nacional e do bem-estar da população.

Na interação entre ambos, a proteção da concorrência pode levar à interferência no exercício de direitos da propriedade intelectual.

No mercado de bebidas frias, essa interação pode ser examinada nas garrafas que são utilizadas para envasar o produto. Como se viu, não são todas as inovações ou modificações de embalagens que violam a concorrência e caracterizam condutas anticoncorrenciais. Ao contrário, há inovações que se circunscrevem a opções de *marketing* e posicionamento de produto perante o consumidor e que podem representar ganho legítimo de *market share*.

Na análise do tema, o CADE se vê constantemente diante do desafio de conciliar inovação e desenvolvimento regional, que nem sempre caminham juntos. Isso porque as inovações são fruto de investimentos em pesquisa e uso de alta tecnologia, acessível preponderantemente pelos grandes agentes do mercado. Já o desenvolvimento regional acaba promovido pelos pequenos produtores do mercado de bebidas frias, em processos industriais mais rudimentares, de mão-de-obra mais intensiva. No seio da comunidade em que instaladas, tais indústrias são propulsoras de emprego, arrecadação tributária e crescimento econômico.

Disso resulta a necessidade de análise casuística e sempre cuidadosa para que nem se reprima a inovação e sua respectiva proteção pelos direitos industriais, nem se abra flanco para eliminação dos pequenos agentes de mercado. É sob esse fino fio condutor que deve caminhar o CADE na análise da matéria.

Referências

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE REFRIGERANTES E BEBIDAS NÃO ALCOÓLICAS – ABIR (2012). Disponível em: <<http://abir.org.br/tags/bebidas-frias>>. Acesso em: 22 maio 2014.

ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES DE REFRIGERANTES DO BRASIL – AFREBRAS. Disponível em: <<http://afrebras.org.br/setor/o-setor/>>. Acesso em: 22 maio 2014.

BARBOSA, Denis Borges. Atividade inventiva: objetividade do exame. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco (coord.). *O Contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

_____. A proteção do mercado secundário no direito da propriedade intelectual no Brasil. *Revista Eletrônica do IBPI*, Edição Especial, p. 5-67, jan. 2010b.

BARROS, Marcelle Franco Espíndola; BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. O antitruste na recusa de licenciar direitos da propriedade intelectual: o desafio de conciliar proteção à concorrência e estímulo à inovação. In: ASSAIM, João Marcelo de Lima; BOFFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (coord.). *Propriedade intelectual, transferência de tecnologia e inovação*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual e importação paralela*. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo; PEREIRA NETO, João Basílio. Setor de bebidas frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freire (coord.). *Concorrência e tributação no setor de bebidas frias: manual de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 16-43.

BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation*. New York: Oxford University Press, 2011.

BRANCHER, Paulo. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2008). Acórdão em recurso voluntário. Processo nº 08700.002874/2008-81. Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Brasília, 23 jul. 2008. DOU 26 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t287201418441392.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CF.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Lei 9.276, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9276.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

COCO, Rita (2008). Antitrust Liability For Refusal To License Intellectual Property: a comparative analysis and the international setting. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=iplr>>. Acesso em: 03 maio 2014.

ECONOMATICA (2013). Disponível em: <http://economatrica.com/PT/anac_base-dados.html>. Acesso em: 22 maio 2014.

EXAME, 2014. *Coca-Cola lança garrafa mais ecológica*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologias-verdes/coca-cola-lanca-garrafa-mais-ecologica-29032010-35.shl>>. Acesso em 10 fev. 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

G1, 2014. *Pesquisador da Unicamp desenvolve garrafa de plástico para cerveja*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2012/04/pesquisador-da-unicamp-desenvolve-garrafa-de-plastico-para-cerveja.html>>. Acesso em 13 maio 2014.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica à recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE). In: SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU-KUNTZ, Karin. O que é propriedade intelectual? (s.d.) Disponível em: <<http://www.ibpibrasil.org/44072.html>>. Acesso em: 11 marc. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDDE INDUSTRIAL - INPI. Pesquisa de banco de dados de desenhos industriais. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pPI/servlet/DesenhoServletController?Action=nextPage&Page=1>>. Acesso em 28 maio 2014.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise Econômica da Propriedade Intelectual. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 357-381.

MONTEIRO, Luís Pinto. *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MORO, Maite Cecília Fabbri. *Marcas tridimensionais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KOBUS, Renata Carvalho; GONÇALVES, Oksandro Osdival; VIEIRA, João Leonardo. A concorrência no setor de bebidas frias. In: RIBEIRO,

Marcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freire (coord.). *Concorrência e tributação no setor de bebidas frias*: manual de bebidas frias. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 131-184.

ROCHA JR, Weimar Freire; GONÇALVES JUNIOR, Carlos Alberto. Ambiente institucional no setor de bebidas frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freire (coord.). *Concorrência e tributação no setor de bebidas frias: manual de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 46-61.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Selma Regina Simões; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Concorrência no mercado de refrigerantes: impactos das novas embalagens*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/decon/virtuais/eco02003a/ok_03.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014.

SOBEL, Gerald. The antitrust interface with patents and innovation: acquisition of patents, improvement patents and grant-backs, non-use, fraud on the patent office, development of new products and joint research. *Antitrust Law Journal*. Vol. 53, No. 3, 1984, p. 681-711.

ÚNICA, 2014. *Coca-Cola quer garrafas PET feitas 100% de resina de cana até 2020*. Disponível em: <<http://www.unica.com.br/noticia/12000474920331483908/coca-cola-brasil-quer-garrafas-pet-feitas-100-por-cento-de-resina-de-cana-ate-2020>>. Acesso em 10 fev. 2014.